- O autor deste livro e a editora empenharam seus melhores esforços para assegurar que as informações e os procedimentos apresentados no texto estejam em acordo com os padrões aceitos à época da publicação, e todos os dados foram atualizados pelo autor até a data de fechamento do livro. Entretanto, tendo em conta a evolução das ciências, as atualizações legislativas, as mudanças regulamentares governamentais e o constante fluxo de novas informações sobre os temas que constam do livro, recomendamos enfaticamente que os leitores consultem sempre outras fontes fidedignas, de modo a se certificarem de que as informações contidas no texto estão corretas e de que não houve alterações nas recomendações ou na legislação regulamentadora.

- Fechamento desta edição: *27.01.2021*

- O Autor e a editora se empenharam para citar adequadamente e dar o devido crédito a todos os detentores de direitos autorais de qualquer material utilizado neste livro, dispondo-se a possíveis acertos posteriores caso, inadvertida e involuntariamente, a identificação de algum deles tenha sido omitida.

- **Atendimento ao cliente: (11) 5080-0751 | faleconosco@grupogen.com.br**

- Direitos exclusivos para a língua portuguesa
Copyright © 2021 *by*
Editora Forense Ltda.
Uma editora integrante do GEN | Grupo Editorial Nacional
Travessa do Ouvidor, 11 – Térreo e 6º andar
Rio de Janeiro – RJ – 20040-040
www.grupogen.com.br

- Reservados todos os direitos. É proibida a duplicação ou reprodução deste volume, no todo ou em parte, em quaisquer formas ou por quaisquer meios (eletrônico, mecânico, gravação, fotocópia, distribuição pela Internet ou outros), sem permissão, por escrito, da Editora Forense Ltda.

- Capa: Danilo Oliveira

- **CIP – BRASIL. CATALOGAÇÃO NA FONTE.**
SINDICATO NACIONAL DOS EDITORES DE LIVROS, RJ.

C978f
Cunha, Leonardo Carneiro da

A fazenda pública em juízo / Leonardo Carneiro da Cunha. – 18. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2021.

Inclui bibliografia e índice
ISBN 978-65-596-4004-1

1. Execução contra a fazenda pública – Brasil. I. Título.

21-68859

CDU: 347.952:342.22(81)

Camila Donis Hartmann – Bibliotecária – CRB-7/6472

À minha mulher, Tatiana, por tudo.
A Pedro e Luísa, frutos do nosso amor

Digitalizada com CamScanner

Embora o dispositivo refira-se apenas a Estados e ao Distrito Federal, é possível aplicá-lo de modo a abranger também as autarquias e fundações estaduais, permitindo que uma autarquia estadual possa firmar convênio com outra autarquia estadual, a fim de manter compromisso recíproco de atuação em juízo.[34]

O mencionado convênio é um negócio jurídico processual, assunto a ser examinado no Capítulo XVI.

[34] DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*. 18. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. v. 1, p. 320-321. Nesse sentido, o Enunciado 383 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: "As autarquias e fundações de direito público estaduais e distritais também poderão ajustar compromisso recíproco para prática de ato processual por seus procuradores em favor de outro ente federado, mediante convênio firmado pelas respectivas procuradorias".

II

PRERROGATIVAS PROCESSUAIS DA FAZENDA PÚBLICA

2.1 O PRINCÍPIO DA ISONOMIA NO PROCESSO

A Constituição Federal, em seu art. 5º, enuncia que "todos são iguais perante a lei". O conteúdo de tal princípio constitucional denota que "a lei não deve ser fonte de privilégios ou perseguições, mas instrumento regulador da vida social que necessita tratar equitativamente todos os cidadãos".[1] O princípio da igualdade, longe de pretender conferir tratamento substancialmente idêntico a todas as pessoas, entes, sujeitos e organismos, leva em conta as diversidades de cada um, tomando como parâmetro a notória e antiga lição de Aristóteles, segundo quem a igualdade consiste em tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais.

O que se deve aquilatar, contudo, são os critérios eleitos para separar pessoas em grupos para fins de tratamentos jurídicos diversos. É elementar que a função dos textos normativos consiste, basicamente, em discriminar situações para, então, enquadrá-las em hipóteses específicas. O fator de discriminação está, como se vê, presente – e é até inerente – na elaboração dos textos normativos. Daí a razão pela qual se faz necessário indagar quais as discriminações juridicamente intoleráveis, pois essas não podem ser admitidas, pois atentam contra o princípio da igualdade.[2]

Na verdade, o princípio da igualdade dirige-se ao próprio legislador, que não pode incorporar na legislação discriminações intoleráveis ou, melhor dizendo, destoantes da razoabilidade. As diferenças previstas em lei devem, portanto, decorrer de razões justificáveis.

No processo civil, o princípio da igualdade contém previsão no art. 7º do CPC. A igualdade processual é assegurada na "paridade de armas" (igualdade formal) e

[1] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 10.

[2] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 11.

Digitalizada com CamScanner

no equilíbrio processual (igualdade material). O contraditório há de ser exercido pelas partes em igualdade de condições.

O art. 7º do CPC é complementado pelo texto do seu art. 139, I, segundo o qual cabe ao juiz assegurar às partes igualdade de tratamento. Ao juiz se impõe o dever de garantir a igualdade.

O juiz deve conferir às partes igualdade de oportunidades, para que, exercendo o contraditório, possam ter a chance de tentar participar do seu convencimento, trazendo os elementos necessários e suficientes a demonstrar o acerto da respectiva tese ou defesa. Com isso, a imparcialidade é reforçada. A passividade do juiz, diante de uma situação de desequilíbrio ou de desigualdade processual, pode configurar uma parcialidade. Em casos assim, é preciso que o juiz intervenha para reequilibrar a situação, em reforço à sua imparcialidade.

Ao juiz cabe garantir o equilíbrio processual, procedendo a adequações em situações excepcionais, com vistas a assegurar a igualdade. Nesse sentido, o juiz deve, com fundamento no art. 139, VI, do CPC, "dilatar os prazos processuais", reequilibrando o contraditório em casos em que a parte contrária apresenta excessiva quantidade de documentos, sendo insuficiente o prazo legalmente previsto para sobre eles a parte manifestar-se.

Há, porém, regras, no processo, que se apresentam diferenciadas, com vistas a alcançar equilíbrio e adaptar-se às peculiaridades daquela parte que detém uma nota marcante e diferenciada em relação às demais. Daí por que se confere um curador ao réu preso revel, bem como ao réu revel citado por edital ou com hora certa, enquanto não for constituído advogado (CPC, art. 72, II). De igual modo, confere-se curador ao incapaz, se não tiver representante legal ou se os interesses deste colidirem com os daquele, enquanto durar a incapacidade (CPC, art. 72, I). Quando a advogada responsável pelo processo constituir a única patrona da causa, o processo deve ser suspenso pelo parto ou pela concessão de adoção (CPC, art. 313, IX); também se suspende o processo quando o advogado responsável pelo processo constituir o único patrono da causa e tornar-se pai (CPC, art. 313, X). Algumas pessoas não podem, por sua condição, ser citadas por via postal (CPC, art. 247, II, III e IV). Havendo interesse de incapaz, confere-se tratamento diferenciado, exigindo-se a intervenção obrigatória do Ministério Público como fiscal da ordem jurídica (CPC, art. 178, II), a quem se confere ônus e poderes para requerer diligências e provas que poderão beneficiar o incapaz (CPC, art. 179, II), com prazo em dobro para suas manifestações (CPC, art. 180). Nesse mesmo sentido, há regras especiais conferidas à Fazenda Pública, entre as quais sobressaem a remessa necessária (CPC, art. 496) e a prerrogativa de prazos diferenciados, com intimação pessoal (CPC, art. 183). Há regras especiais de competência territorial que se destinam a beneficiar vulneráveis (CPC, art. 53, I, II e III, *e*) e de tramitação prioritária de processos que tenham idosos ou portadores de doença grave como parte ou interessado (CPC, art. 1.048), assim como as pessoas com deficiência (art. 9º, VII, da Lei 13.146/2015 – Estatuto da Pessoa com Deficiência).

O art. 926 do CPC estabelece o dever de os tribunais tutelarem a segurança jurídica, uniformizando sua jurisprudência e mantendo-a estável, íntegra e coerente. Além de concretizar a segurança jurídica, o dever de o tribunal uniformizar sua jurisprudência e observá-la constitui manifestação do princípio da igualdade. Em respeito à própria igualdade, o juiz ou tribunal, ao decidir caso peculiar ou que mereça solução diversa, poderá deixar de seguir o precedente, a súmula ou a jurisprudência firmada em torno do tema, desde que faça a distinção, demonstrando que o caso não se ajusta às razões determinantes que levaram à formação daquele entendimento (CPC, art. 489, § 1º, VI).

Em verdade, o que se exige do juiz é que confira às partes igualdade de oportunidades, para que, exercendo o contraditório, possam ter a chance de tentar participar do seu convencimento, trazendo os elementos necessários e suficientes a demonstrar o acerto da respectiva tese ou defesa.

Há quem questione a validade ou constitucionalidade dessas regras diferenciadas que são conferidas à Fazenda Pública no processo.[3] Não há qualquer óbice à existência de tais regras, consoante se passa a demonstrar nos tópicos seguintes.

2.2 A FAZENDA PÚBLICA E O INTERESSE PÚBLICO

É antiga a ideia de que o todo vem antes das partes, remontando a Aristóteles o primado do público, resultando na contraposição do interesse coletivo ao interesse individual e na necessária subordinação, até a eventual supressão, do segundo ao primeiro, bem como na irredutibilidade do bem comum à soma dos bens individuais.[4]

Por muito tempo, defendeu-se a existência de uma supremacia do interesse público, constituindo um dos alicerces de todo o direito público. Cada vez se consolida o entendimento segundo o qual o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular não deve ser fixado ou considerado aprioristicamente, cabendo analisá-lo em cada caso concreto. Em outras palavras, é possível que o interesse público esteja presente, exatamente, na prevalência do interesse particular.[5]

No Estado Democrático de Direito, prevalece o ambiente do consenso, do diálogo, da participação dos cidadãos na construção das decisões administrativas. Daí

---

3 Segundo Rafael Sirangelo de Abreu, as prerrogativas conferidas à Fazenda Pública são, em princípio, ilegítimas, pois desequilibram posições processuais, podendo, pontualmente, ser justificadas se, concretamente, forem necessárias para a concretização do contraditório-influência no processo (*Igualdade e processo*: posições processuais equilibradas e unidade do direito. São Paulo: RT, 2015. n. 2.1.1, p. 197).

4 BOBBIO, Norberto. *Estado, governo, sociedade*: para uma teoria geral da política. 3. ed. Trad. Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987. p. 24-25.

5 Sobre o assunto, vale a pena consultar: *Interesses públicos* versus *interesses privados*: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, composto de trabalhos reunidos, sob a organização de Daniel Sarmento.

Digitalizada com CamScanner

se dizer que, na democracia, há a *Administração Pública dialógica*.[6] A Administração Pública, em conjunto com os cidadãos, deve promover e proteger o interesse público.[7]

A expressão *interesse público* exsurge associada, não raras vezes, a outros termos similares, tais como *interesse geral, interesse difuso, interesse coletivo, utilidade pública*, ora mencionados no mesmo sentido, ora em sentidos díspares.

O *interesse público* identifica-se com a ideia de *bem comum*[8] e reveste-se de aspectos axiológicos, na medida em que se preocupa com a dignidade do ser humano.[9]

Na verdade, o interesse "social" e o "geral" estão relacionados com a "coletividade" ou com a "sociedade civil", enquanto o interesse "público" mantém ligação com o Estado. Ao Estado cabe não somente a ordenação normativa do "interesse público", mas também a soberana indicação do seu conteúdo. O interesse público constitui interesse de que *todos* compartilham. A *finalidade* dos atos administrativos deve vir informada pelo interesse público. A expressão *interesse público* evoca, imediatamente, a figura do Estado e, mediatamente, aqueles interesses que o Estado, em conjunto com os cidadãos, de modo consensual ou dialógico, diante do chamado "dissenso consentido", "escolheu" como os mais relevantes, expressados em normas jurídicas, por consultarem aos *valores* prevalecentes na sociedade. Há uma aproximação terminológica entre *interesse público* e *interesse geral*. O interesse público *não* é a *soma* de interesses particulares, sendo certo que a Administração é competente para definir, mediante os instrumentos democráticos de tomada de decisão, o interesse público naquilo que não constitui domínio reservado ao legislador. O interesse público invoca a presença do Estado-administrador ou do Estado-legislador, devendo estar presente tanto no momento da elaboração da lei como no de sua execução pelo administrador público.[10] O interesse público "inspira o legislador e vincula a autoridade administrativa em toda a sua atuação".[11]

---

6 LIMA, Raimundo Márcio Ribeiro. *Administração Pública dialógica*. Curitiba: Juruá, 2013.

7 *Interesse público* constitui um conceito jurídico vago ou indeterminando, merecendo análise no caso concreto para ser verificada sua presença. Constatada a presença do interesse público, este deve prevalecer, podendo estar presente justamente na prevalência de um interesse particular. Para Raquel Cavalcanti Ramos Machado, somente é possível referir-se à supremacia do interesse público sobre o particular "quando se tratar de conflito entre interesse público primário e interesse particular não protegido por norma de direito fundamental. E, ainda nesse caso, a Administração terá de agir proporcionalmente, ou seja, sempre visando ao atendimento do interesse público primário, restringindo o interesse particular do cidadão somente na medida do estritamente necessário" (*Interesse público e direitos do contribuinte*. São Paulo: Dialética, 2007. n. 4.2.4, p. 119).

8 CAUPERS, João. *Introdução ao direito administrativo*. 8. ed. Lisboa: Âncora, 2005. n. 14.1, p. 65.

9 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 1991. p. 157.

10 MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos*: conceitos e legitimação para agir. 4. ed. São Paulo: RT, 1997. p. 28-32.

11 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 1991. p. 160.

O interesse é *público* quando se refere aos beneficiários da atividade administrativa, e não aos entes que a exercem. No dizer de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, "a Administração Pública não é titular do interesse público, mas apenas a sua guardiã; ela tem que zelar pela sua proteção. Daí a *indisponibilidade* do interesse público".[12] Pode-se dizer, valendo-se das palavras de João Caupers, que o verdadeiro fio condutor da atividade administrativa é a prossecução do interesse público. O Estado não detém exclusividade na prossecução dos interesses públicos, muito embora a definição destes constitua monopólio da lei.[13] Sem embargo de o Estado não ser o único a buscar e alcançar o interesse público, sua atuação é marcada por tal busca, não devendo afastar-se desse objetivo.

A supremacia do interesse público "não significa que os interesses estatais devem sempre prevalecer sobre os dos administrados, mas que o interesse público, definido a partir da ponderação, deve prevalecer em certa atividade concreta sobre interesses isolados, sejam particulares, sejam estatais. Assim, sugere-se falar não em supremacia do interesse público sobre o privado, mas simplesmente em supremacia do interesse público, já que este pode representar a proteção a um interesse de um ou alguns administrados apenas".[14]

A Fazenda Pública revela-se como fautriz do interesse público, devendo atender à finalidade da ordem jurídica de consecução do bem comum. Não que a Fazenda Pública seja titular do interesse público, mas se apresenta como o ente destinado a preservá-lo. Diferentemente das pessoas jurídicas de direito privado, a Fazenda Pública não consiste num mero aglomerado de pessoas, com personalidade jurídica própria; é algo a mais do que isso, tendo a difícil incumbência de bem administrar a coisa pública. Daí ter se tornado jargão próprio a afirmativa de que o Estado são todos, e não um ente destacado com vida própria.

2.3 A NECESSIDADE DE SE CONFERIREM PRERROGATIVAS PROCESSUAIS À FAZENDA PÚBLICA

Em razão da própria atividade de tutelar o interesse público, a Fazenda Pública ostenta condição diferenciada das demais pessoas físicas ou jurídicas de direito privado. Além do mais,

> quando a Fazenda Pública está em juízo, ela está defendendo o erário. Na realidade, aquele conjunto de receitas públicas que pode fazer face às despesas não é

---

12 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 1991. p. 163.

13 CAUPERS, João. *Introdução ao direito administrativo*. 8. ed. Lisboa: Âncora, 2005. n. 14.1, p. 65-66.

14 RODRIGUES, Marco Antonio. *A Fazenda Pública no processo civil*. São Paulo: Atlas, 2016. n. 1.3.1, p. 10-11.

Digitalizada com CamScanner

> de responsabilidade, na sua formação, do governante do momento. É toda a sociedade que contribui para isso. [...] Ora, no momento em que a Fazenda Pública é condenada, sofre um revés, contesta uma ação ou recorre de uma decisão, o que se estará protegendo, em última análise, é o erário. É exatamente essa massa de recurso que foi arrecadada e que evidentemente supera, aí sim, o interesse particular. Na realidade, a autoridade pública é mera administradora.[15]

Isso já seria o suficiente para demonstrar que a Fazenda Pública apresenta-se em situação bastante diferenciada dos particulares, merecendo, portanto, um tratamento diverso daquele que lhes é conferido.

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

Para que a Fazenda Pública possa, contudo, atuar da melhor e mais ampla maneira possível, é preciso que se lhe confiram condições necessárias e suficientes a tanto. Dentre as condições oferecidas, avultam as *prerrogativas* processuais, identificadas, por alguns, como *privilégios*. Não se trata, a bem da verdade, de *privilégios*. Estes – os privilégios – consistem em vantagens sem fundamento, criando-se uma discriminação, com situações de desvantagens.[16] As "vantagens" processuais conferidas à Fazenda Pública revestem o matiz de *prerrogativas*, pois contêm fundamento razoável, atendendo, efetivamente, ao princípio da igualdade, no sentido aristotélico de tratar os iguais de forma igual e os desiguais de forma desigual.

Ora, a Fazenda Pública, que é presentada em juízo pela Advocacia Pública, defende o interesse público, não reunindo as mesmas condições de um particular para defender seus interesses em juízo.

À Fazenda Pública conferem-se várias prerrogativas, sendo algumas, a exemplo dos prazos diferenciados e da remessa necessária, justificadas pelo excessivo volume de trabalho, pelas dificuldades estruturais da Advocacia Pública e pela burocracia inerente à sua atividade, que dificulta o acesso aos fatos, elementos e dados da causa.

Há, por outro lado, prerrogativas que decorrem do direito material envolvido ou da própria natureza das pessoas jurídicas de direito público. Nesse sentido, o ônus da prova é, em regra, atribuído ao particular, em razão da presunção de legitimidade dos atos administrativos. A execução contra a Fazenda Pública é estruturada de modo

[15] MORAES, José Roberto de. Prerrogativas processuais da Fazenda Pública. In: SUNDFELD, Carlos Ari; BUENO, Cassio Scarpinella (coords.). *Direito processual público*: a Fazenda Pública em juízo. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 69.

[16] MORAES, José Roberto de. Prerrogativas processuais da Fazenda Pública. In: SUNDFELD, Carlos Ari; BUENO, Cassio Scarpinella (coords.). *Direito processual público*: a Fazenda Pública em juízo. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 68.

a não haver constrição, nem expropriação de bens, devendo ser expedido precatório ou requisição de pequeno valor para a efetivação de sentenças condenatórias.

Esses detalhes reforçam a desigualdade entre a Fazenda Pública e os particulares, justificando a existência de prerrogativas processuais em favor do Poder Público.

A jurisdição exercida nas causas da Fazenda Pública sempre foi assunto afeto ao Direito Administrativo, pois, histórica e materialmente, tais questões confinavam-se no âmbito da própria Administração Pública. O deslocamento para o Poder Judiciário, como ressalta Castro Nunes, em obra clássica,[17] constituiu um passo avançado que, "todavia, não tira às questões decorrentes de atos do Estado, sobretudo quando atue como pessoa política ou Poder Público, a sua índole de questões de direito administrativo".

Aliás, diversos ordenamentos europeus, tidos como de "primeiro mundo", e que, secularmente, põem em destaque a obediência aos princípios republicanos, do devido processo legal e da isonomia, chegam a subtrair à Justiça Comum, via de regra, as causas em que seja parte a Administração Pública, para confiá-las a outro conjunto de órgãos, que não integram necessariamente o mecanismo judicial e podem fazer parte do próprio aparelho administrativo. Típico exemplo dessa situação é o "contencioso administrativo" francês, cujos órgãos são ligados à Administração Pública, não se situando no âmbito da Justiça Comum, sendo seu órgão de cúpula o *Conseil d'État*, e não a *Cour de Cassation*. Tal diferenciação decorre exatamente da presença da Fazenda Pública no processo, na condição de parte.

Situação semelhante ocorre no Direito italiano, onde existe igualmente separação entre a Justiça ordinária e a chamada "Justiça administrativa". De igual modo, na Espanha há estrutura especial para o exercício da jurisdição, quando presente na causa a Fazenda Pública.

No Direito português, há também a jurisdição administrativa, que resulta de uma determinação constitucional. A Constituição portuguesa impõe a existência de uma categoria diferenciada de tribunais administrativos e fiscais.[18] Em Portugal, o contencioso administrativo fora criado, inicialmente, para apreciar meios de reação dos particulares contra atos supostamente ilegais da Administração Pública. Segundo Sérvulo Correia, pode-se conceituar o Contencioso Administrativo como "a instituição caracterizada pelo exercício, por uma ordem jurisdicional administrativa, de jurisdição administrativa segundo meios processuais predominantemente específicos".[19] A partir de modificações legislativas operadas desde o início de 2002, passou-se a admitir ter o contencioso administrativo português sido erigido à condição de verdadeira justiça administrativa, sendo-lhe "concedidos novos

[17] NUNES, Castro. *Da Fazenda Pública em juízo*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1950. p. 63-64.

[18] CAUPERS, João. *Introdução ao direito administrativo*. 8. ed. Lisboa: Âncora, 2005. n. 93, p. 283.

[19] CORREIA, Sérvulo. *Direito do contencioso administrativo*. Lisboa: Lex, 2005. p. 34.

Digitalizada com CamScanner

poderes que lhe permitem não só apreciar a legalidade dos actos como de condenar a Administração à prática de actos, estabelecer prazos para o efeito e até substituir à Administração, adoptando providências de execução das suas decisões".[20]

Na Alemanha, há 3 (três) sistemas distintos do comum, para o processo e julgamento de causas que envolvam a Fazenda Pública: (a) a *Verwaltungsgerichtsbarkeit* (jurisdição administrativa), (b) a *Finanzgerichtsbarkeit* (jurisdição financeira) e (c) a *Sozialgerichtsbarkeit* (jurisdição social), cada uma sendo regida por legislação própria.[21]

Como se vê, não se pode negar que, no mundo todo, a Fazenda Pública é bem diferente dos particulares, razão por que recebe tratamento diferente. Por isso mesmo, não há igualdade entre a Fazenda Pública e os particulares.

Ora, sabe-se que o princípio da isonomia traduz a ideia aristotélica (ou, antes, "pitagórica" como prefere Giorgio Del Vecchio) de "igualdade proporcional", própria da "justiça distributiva", segundo a qual se deve tratar os iguais de forma igual e os desiguais de forma desigual. Sendo a Fazenda Pública desigual frente ao

20 BRITO, Wladimir. *Lições de direito processual administrativo*. Coimbra: Coimbra Ed., 2005. n. 1.1.1, p. 10. Cumpre observar que, em Portugal, "não obstante os tribunais administrativos constituírem a jurisdição comum com competência em matéria de litígios emergentes de relações jurídico-administrativas, não constituem uma jurisdição exclusiva no que respeita aos conflitos emergentes de tais relações. Na verdade, as leis atribuem aos tribunais judiciais a resolução de diversos tipos de litígios decorrentes de relações jurídicas desta espécie, como sucede com o contencioso dos actos notariais e registrais, com o contencioso das contraordenações e com os litígios relativos aos montantes das indemnizações devidas por expropriações por utilidade pública" (CAUPERS, João. *Introdução ao direito administrativo*. 8. ed. Lisboa: Âncora, 2005. n. 93, p. 283-284).

21 Entendendo que a Fazenda Pública não deve gozar de regras diferenciadas, porque tais regras não estariam de acordo com o princípio da isonomia, Fernando Gama de Miranda Netto, em expressa referência ao quanto afirmado aqui neste trecho do presente livro, diz que, na Alemanha, há mera especialização dessas Justiças, a exemplo do que ocorre na Justiça do Trabalho brasileira; aqueles seriam meros órgãos da Justiça alemã, integrantes do Poder Judiciário, não havendo, nos diplomas que os regem, qualquer privilégio para o Poder Público (*Ônus da prova no direito processual público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 69). Logo, na opinião do referido autor, a existência de tais órgãos jurisdicionais alemães não seria indicativo da necessidade de se conferir tratamento diferenciado à Administração Pública. Ora, é exatamente por desfrutar de situação peculiar que existem órgãos específicos, integrantes do Poder Judiciário, especialmente estruturados para as demandas que envolvem a Fazenda Pública. Fosse esta igual aos particulares, não haveria razão para que se criassem órgãos jurisdicionais próprios destinados a processar e julgar as causas que a envolvem. Veja-se, aliás, que, no ordenamento jurídico brasileiro, existe especial proteção conferida ao empregado, havendo a Justiça do Trabalho, especialmente dedicada a aplicar tais regras protetivas. Se o empregado não desfrutasse de tal proteção, não haveria razão para que se instituísse e se organizasse uma Justiça especializada, dotada de estrutura própria, com tribunal superior próprio. De igual modo, a existência de órgãos especializados na Alemanha, concebidos para as causas que envolvem o Poder Público, denota que este ostenta situação diferenciada em relação aos particulares.

particular, somente estará atendido o princípio da igualdade se lhe for conferido tratamento desigual.

Considerando que o princípio da isonomia decorre dessa ideia de tratar igualmente os iguais, tratando-se os desiguais de maneira desigual, existem várias regras, no Código de Processo Civil, que contemplam tratamento desigual, e nem por isso se está a afrontar o princípio da isonomia. Muito pelo contrário. Nesses casos, atende-se ao princípio da isonomia.

Tudo isso, aliado ao fato de a Fazenda Pública ser promotora do interesse público, justifica a manutenção de prerrogativas processuais, e não privilégios, instituídas em favor das pessoas jurídicas de direito público.

2.4 REGIME JURÍDICO UNIFORME PARA AS CARREIRAS PÚBLICAS

A União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e suas respectivas autarquias e fundações gozam de prazo em dobro para todas as suas manifestações processuais (CPC, art. 183). De igual modo, o Ministério Público (CPC, art. 180) e a Defensoria Pública (CPC, art. 186) gozam de prazo em dobro para todas as suas manifestações processuais.

O membro da Advocacia Pública será civil e regressivamente responsável quando agir com dolo ou fraude no exercício de suas funções (CPC, art. 184). Da mesma forma, o membro do Ministério Público (CPC, art. 181) e o membro da Defensoria Pública (CPC, art. 187) serão civil e regressivamente responsáveis quando agirem com dolo ou fraude no exercício de suas funções.

Conforme demonstrado no item 8.3 *infra*, os arts. 181, 184 e 187 do CPC, ao estabelecerem a responsabilidade regressiva de agentes ou servidores públicos, reforçam o entendimento do STF, manifestado no RE 327.904/SP e no RE 344.133/PE, segundo o qual o art. 37, § 6º, da Constituição Federal, garante ao particular a propositura de demanda em face da Fazenda Pública, com fundamento em responsabilidade objetiva, assegurando, por outro lado, a irresponsabilidade do servidor público diante do particular; o servidor, segundo esse entendimento firmado pelo STF, responde apenas frente ao Poder Público em caso de culpa ou dolo, não devendo a demanda ser intentada contra o servidor, mas apenas em face da Fazenda Pública. O servidor, enfim, somente responde regressivamente e em casos de culpa ou dolo.

Os membros da Defensoria Pública dispõem da prerrogativa de serem intimados pessoalmente de todos os atos do processo (Lei 1.060/1950, art. 5º, § 5º; Lei Complementar 80/1994, arts. 44, I, 89, I, e 128, I). De igual modo, os membros do Ministério Público dispõem da prerrogativa de serem intimados pessoalmente de todos os atos do processo, em qualquer grau de jurisdição, mediante a entrega dos autos com vista (Lei 8.625/1993, art. 41, IV).

Os advogados públicos dispõem da prerrogativa de intimação pessoal, mediante carga dos autos, na execução fiscal (Lei 6.830/1980, art. 25).

Digitalizada com CamScanner

Antes do atual Código de Processo Civil, a intimação pessoal era prerrogativa apenas dos Advogados da União, dos Procuradores da Fazenda Nacional, dos Procuradores Federais e do Banco Central. Os procuradores dos Estados e dos Municípios não gozavam dessa prerrogativa, a não ser em execuções fiscais.

O art. 183 do CPC, conforme demonstrado no item 3.9 *infra*, estendeu a prerrogativa de intimação pessoal para toda a Advocacia Pública, incluindo as dos Estados e Municípios.

Como se percebe, a Advocacia Pública, o Ministério Público e a Defensoria Pública gozam das prerrogativas de prazo em dobro e intimação pessoal, sendo garantida a seus membros a vantagem de só responderem subjetiva e regressivamente pelos atos que praticarem.

Há, enfim, um regime único dessas prerrogativas para a Fazenda Pública, o Ministério Público e a Defensoria Pública. A essas instituições conferem-se prerrogativas comuns que contribuem para o desempenho de suas relevantes funções no processo judicial.

III

DOS PRAZOS E DA INTIMAÇÃO PESSOAL DA FAZENDA PÚBLICA

3.1 PRAZOS DIFERENCIADOS E INTIMAÇÃO PESSOAL

Entre as prerrogativas da Fazenda Pública, destacam-se os prazos diferenciados e a intimação pessoal. Tais prerrogativas são comuns à Fazenda Pública, ao Ministério Público e à Defensoria Pública.

O art. 180 do CPC dispõe que o Ministério Público goza de prazo em dobro para manifestar-se nos autos, cuja contagem tem início a partir de sua intimação pessoal.

Por sua vez, o art. 183 do CPC prevê essas duas prerrogativas para a Fazenda Pública.[1] Enquanto seu *caput* dispõe que a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e suas respectivas autarquias e fundações gozam de prazos em dobro, seu § 1º estabelece a intimação pessoal.[2]

Já o art. 186 do CPC enuncia que a Defensoria Pública goza de prazo em dobro para suas manifestações, estando, em seu § 1º, a previsão da intimação pessoal.

Há, como se viu no item 2.4, um regime único dessas prerrogativas para a Fazenda Pública, o Ministério Público e a Defensoria Pública.

---

1 "Os arts. 180 e 183 somente se aplicam aos prazos que se iniciarem na vigência do CPC de 2015, aplicando-se a regulamentação anterior aos prazos iniciados sob a vigência do CPC de 1973." (Enunciado 399 do Fórum Permanente de Processualistas Civis).

2 Em precedente específico, a 2ª Turma do STJ entendeu que não há prerrogativa de intimação pessoal para advogado público estadual, distrital e municipal, salvo em execuções fiscais (STJ, 2ª Turma, AgInt no AREsp 1.146.421/MA, Rel. Min. Herman Benjamin, *DJe* 23.11.2018). Tal precedente nega vigência ao disposto no art. 183 do CPC, que confere a prerrogativa de intimação pessoal a todos os entes públicos, sejam federais, estaduais, distritais ou municipais. Em sua *ratio decidendi*, o referido precedente invoca outros precedentes do STJ, todos fundados no CPC de 1973, o qual não continha regra similar. À época do antigo CPC, a legislação federal somente conferia à União a prerrogativa da intimação pessoal, tendo todos os entes públicos tal prerrogativa apenas no âmbito das execuções fiscais. O precedente desconsidera a previsão contida no art. 183 do CPC e merece ser revisto.

Digitalizada com CamScanner

O objeto do presente capítulo é examinar essas prerrogativas, iniciando pelos prazos diferenciados para, em seguida, tratar da intimação pessoal. Antes, porém, estuda-se a classificação dos prazos processuais, a fim de viabilizar uma melhor compreensão do tema.

3.2 CLASSIFICAÇÃO DOS PRAZOS

O processo constitui um conjunto de atos destinados a um resultado final, que é a solução integral do mérito. É intuitivo, pois, que a noção de processo está ligada à ideia de *tempo*: cada ato processual deve ser praticado num momento próprio, estando as partes sujeitas a prazos que devem ser obedecidos.

Para que o processo atinja sua finalidade de resolução integral do mérito, é preciso que se pratiquem vários atos, dentro dos prazos previamente estabelecidos.

Significa que, para a prática de cada ato processual, é fixado, via de regra, um prazo, cuja desobediência acarreta a *preclusão*. Na verdade, o prazo é

> o lapso dentro do qual devem os figurantes do processo desenvolver determinada atividade ou absterem-se de agir. É sequência temporal que se situa entre um momento (termo *a quo*) e outro (termo *ad quem*). A estes momentos denomina-se *termos: inicial*, ao que fixa o momento do início; *final*, ao que fixa o momento do término.[3]

Não é por outra razão, aliás, que os prazos são decisivos para o processo, assumindo várias classificações, a depender do aspecto que se leve em conta.

3.2.1 Prazos próprios e impróprios

O prazo pode ser classificado de acordo com seu destinatário: partes, intervenientes, juiz, serventuários e auxiliares da justiça. Conforme o destinatário do prazo, este pode gerar, ou não, a preclusão. Em razão dessa classificação, os prazos podem ser *próprios* ou *impróprios*.[4]

Próprios são os prazos fixados para as partes e para o membro do Ministério Público, pois de sua desobediência decorrem consequências de ordem processual,[5] tal como a *preclusão*.

Em todo processo, para que se lhes confira duração razoável, tracejam-se limites temporais ao exercício de atos processuais, de sorte que, desbordados

[3] DALL'AGNOL, Antônio. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2000. v. 2, p. 306-307.

[4] FERRAZ, Cristina. *Prazos no processo de conhecimento*. São Paulo: RT, 2001. p. 122.

[5] DALL'AGNOL, Antônio. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2000. v. 2, p. 308.

tais limites, não se permite a sua prática.[6] A tal fenômeno atribui-se o nome de *preclusão*.[7]

Já os prazos *impróprios* são aqueles fixados em lei como mero parâmetro a ser seguido, sem que de sua inobservância exsurja qualquer tipo de preclusão. Seus destinatários são, via de regra, os juízes e serventuários da justiça. A prática do ato além do prazo impróprio fixado não conduz à preclusão temporal, não acarretando qualquer ineficácia ou invalidade.[8]

Os prazos fixados para a *Fazenda Pública* praticar atos no processo são *próprios*, já que ela, Fazenda Pública, quando se apresenta em juízo, ostenta a condição de parte, de tal maneira que, não obedecido o prazo estabelecido, haverá *preclusão temporal*.

3.2.2 Prazos legais

Os atos processuais, nos termos do art. 218 do CPC, realizam-se nos prazos prescritos em *lei*. A regra, portanto, é a de que os prazos são estabelecidos em lei, sendo certo que os prazos legais se destinam à grande maioria dos atos no processo.

Embora o prazo, na maioria das vezes, esteja previsto expressamente no texto normativo, nada impede que a parte já o pratique, antes mesmo do seu término. É que "a parte pode renunciar ao prazo estabelecido *exclusivamente* em seu favor, desde que o faça de maneira expressa" (CPC, art. 225).

Os prazos podem ser dilatados pelo juiz (CPC, art. 139, VI), com vistas a zelar pelo efetivo contraditório (CPC, art. 7º). As partes podem ampliar prazos por convenção entre elas, celebrada antes ou durante o prazo (CPC, art. 190).[9] O juiz, com a anuência de ambas as partes, pode reduzir prazos peremptórios (CPC, art. 222, § 1º).[10]

3.2.3 Prazos judiciais

Se é certo que os atos processuais realizam-se nos prazos prescritos em lei, não menos evidente que, sendo esta omissa, o *juiz* haverá de fixar o prazo, tendo em conta a complexidade do ato (CPC, art. 218, § 1º), e não da causa. Mesmo que

[6] MARELLI, Fabio. *La Trattazione della Causa nel Regime delle Preclusioni*. Padova: Cedam, 1996. p. 5-10.

[7] CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Trad. Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 1998. v. 3, p. 183.

[8] Os prazos para juiz são impróprios, mas, se este os excede injustificadamente, pode ser aplicado o disposto no art. 235 do CPC, sendo, na persistência da inércia, designado outro juiz para julgar a causa (CPC, art. 235, § 3º). Além disso, o juiz que retém os autos e excede, sem justificativa, os prazos legais não poderá ser promovido (CF, art. 93, II, *e*, com redação dada pela EC 45/2004).

[9] Segundo o Enunciado 19 do Fórum Permanente de Processualistas Civis, é admissível, entre outros, o acordo bilateral para ampliação de prazos das partes.

[10] Nos termos do Enunciado 21 do Fórum Permanente de Processualistas Civis, é admissível, entre outros, o negócio plurilateral para redução de prazos processuais.

Digitalizada com CamScanner

a causa seja simples, mas se o ato a ser praticado apresenta alguma complexidade, o juiz há de levar isso em conta na estipulação do prazo.

Não havendo previsão legal quanto ao prazo a ser cumprido para a prática de determinado ato, cabe ao juiz estabelecê-lo. É possível, ainda, que a própria lei explicite que, no caso específico, deverá o juiz indicar um prazo a ser cumprido, a exemplo do que ocorre na hipótese do art. 76 do CPC.

Há casos em que a lei não fixa o prazo, atribuindo ao *juiz* essa tarefa, mas estabelece *limites* dentro dos quais o prazo deverá ser estabelecido. É o que ocorre, por exemplo, com o prazo do *edital*, devendo, de acordo com o art. 257, III, do CPC, o juiz determinar o prazo, que variará entre 20 (vinte) e 60 (sessenta) dias, ou no caso da *ação rescisória*, em que o art. 970 do CPC estabelece que o relator fixará o prazo entre o mínimo de 15 (quinze) e o máximo de 30 (trinta) dias.

Para esses casos, em que o prazo é fixado pelo juiz, obedecidos os limites estabelecidos em lei, Cristina Ferraz, analisando disposições equivalentes no CPC de 1973, defende ser um tipo diferente de prazo, a que atribui a denominação *prazo misto*, em virtude da conjugação de determinações legais e judiciais. Embora o prazo seja fixado pelo juiz, há um limite estabelecido em lei. De fato, "o prazo misto resulta de uma combinação entre um prazo fixado pela lei, devendo haver uma complementação com um outro prazo assinado pelo juiz".[11]

Na verdade, o prazo, nesses casos, deve ser enquadrado como espécie de *prazo judicial*, já que, em última análise, sua fixação decorre de determinação judicial, e não de disposição legal. Os prazos judiciais são "não apenas aqueles prazos não previstos pela lei, como, também, os que a lei expressamente indique o juiz como agente fixador".[12]

A fixação de prazo pelo juiz encerra conteúdo de decisão interlocutória, podendo ensejar a impugnação na apelação (CPC, art. 1.009, § 1º). Nesse caso, não cabe agravo de instrumento, pois a hipótese não se insere na previsão do art. 1.015 do CPC. Se o prazo fixado for mínimo ou, diversamente, muito extenso, havendo prejuízo para a parte, é possível haver impugnação na apelação (CPC, art. 1.009, § 1º). Com efeito, "constitui abuso de poder fixá-lo tão curto que se torne impossível praticar o ato, ou distendê-lo de tal modo que sirva de vantagem a uma parte em detrimento da outra".[13]

Sendo a lei omissa e não havendo fixação de prazo pelo juiz, o ato deve ser realizado no lapso temporal de 5 (cinco) dias, a teor do § 3º art. 218 do CPC. E, nos termos do § 2º desse mesmo artigo, "quando a lei ou o juiz não determinar prazo,

[11] FERRAZ, Cristina. *Prazos no processo de conhecimento*. São Paulo: RT, 2001. p. 120.

[12] DALL'AGNOL, Antônio. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2000. v. 2, p. 311.

[13] ARAGÃO, E. D. Moniz de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991. v. 2, n. 102, p. 128.

as intimações somente obrigarão a comparecimento após decorridas 48 (quarenta e oito) horas". Assim, a parte somente deve, por exemplo, comparecer a uma audiência se for intimada com antecedência de, pelo menos, 48 (quarenta e oito) horas.

3.2.4 Prazos convencionais

Há prazos que são fixados, de comum acordo, pelas partes, a exemplo do que sucede com a suspensão do processo por iniciativa das partes (CPC, art. 313, II), hipótese em que, ao requererem a suspensão do curso do procedimento, podem estabelecer o prazo em que irá durar dita suspensão, desde que não ultrapasse o período total de 6 (seis) meses (CPC, art. 313, § 4º).

3.3 APLICAÇÃO DO ART. 183 DO CPC

Para a Fazenda Pública, o art. 183 do CPC estabelece que ela disporá de prazo em dobro para *todas* as suas manifestações processuais. Nesse ponto, cumpre recordar o conceito de Fazenda Pública, de que se tratou no Capítulo I. Nele, como se viu, não se incluem as empresas públicas[14] nem as sociedades de economia mista.

Aliás, o dispositivo expressamente menciona a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e suas respectivas autarquias e fundações de direito público. Todos esses entes desfrutam de prazo em dobro para suas manifestações processuais.

A regra aplica-se a qualquer procedimento, seja comum, seja especial, igualmente à fase de cumprimento de sentença (com a ressalva da impugnação) e ao de execução (com a ressalva dos embargos).

Registre-se que o art. 183 do CPC aplica-se, apenas, a prazos *legais*, *não* colhendo os prazos *judiciais*. Isso porque, nesses últimos, o juiz já fixa o prazo e, ao fixá-lo, leva em conta que seu destinatário é a Fazenda Pública.[15]

A Fazenda Pública desfruta da prerrogativa dos prazos diferenciados não somente quando atua como parte, mas também quando comparece em juízo como assistente de uma das partes ou, ainda, quando figura como interveniente. Observe-se, a propósito, que o art. 183 dispõe que a Fazenda Pública goza de prazo em dobro em *todas* as suas manifestações processuais, seja a que título for: como parte ou como interveniente.

[14] Apesar de as empresas públicas não se inserirem no conceito de Fazenda Pública, o Superior Tribunal de Justiça, seguindo orientação firmada no Supremo Tribunal Federal, entende que a Empresa de Correios e Telégrafos (ECT) é pessoa jurídica equiparada à Fazenda Pública, uma vez que presta serviço público com exclusividade (serviço postal). Daí entender que a ECT goza da prerrogativa do prazo em dobro (STJ, 2ª Turma, AgRg no Ag 418.318/DF, Rel. Min. João Otávio de Noronha, *DJ* 29.3.2004, p. 188; STJ, 2ª Turma, EDcl nos EDcl no AgRg no REsp 1.416.337/SC, Rel. Min. Humberto Martins, *DJe* 6.5.2015).

[15] Em sentido contrário, o enunciado 53 do Fórum Nacional do Poder Público: "Os prazos comuns fixados pelo juiz devem ser contados em dobro para a Fazenda Pública".

Digitalizada com CamScanner

3.4 CONTAGEM DOS PRAZOS

3.4.1 Cômputo só dos dias úteis

Os prazos, para a Fazenda Pública têm sua contagem feita em dobro. Na contagem do prazo em dias, computam-se apenas os dias úteis, seja o prazo legal, seja ele judicial (CPC, art. 219).[16]

Tal regra aplica-se apenas aos prazos processuais, ou seja, àqueles prazos para prática de atos *dentro* do processo, sendo *nele* contados. Em outras palavras, o prazo que tem início, desenvolve-se e encerra-se no processo é um prazo processual, sofrendo, inclusive, a incidência do disposto no art. 313 do CPC e suspendendo-se se ocorrer uma das hipóteses ali previstas (CPC, art. 221). Daí por que o prazo para pagamento no cumprimento da sentença é processual, pois é contado no processo. Nesse sentido, o enunciado 89 da I Jornada de Direito Processual Civil, do Conselho da Justiça Federal: "Conta-se em dias úteis o prazo do *caput* do art. 523 do CPC".

A contagem do prazo em dias úteis somente se aplica aos prazos processuais, ou seja, àqueles que são praticados no processo, tendo sua contagem computada dentro do processo. Desse modo, o prazo, por exemplo, para impetração do mandado de segurança não é processual, não sendo computado apenas nos dias úteis. Os 120 (cento e vinte) dias para sua impetração devem ser corridos. Cabe, entretanto, ressalvar o mandado de segurança contra ato judicial, cujo prazo de impetração é, aí sim, processual, pois sua contagem é feita *dentro* do processo.

O Código não define o que são dias úteis, mas seu art. 216 esclarece o que se considera, para efeito forense, feriado. Além dos declarados em lei, são feriados os sábados, os domingos e os dias em que não houver expediente forense. Consequentemente, são dias úteis os demais. A definição de dia útil é obtida por exclusão. É um conceito residual: o que não for feriado é dia útil.

Computam-se, na contagem dos prazos, somente os dias úteis. Nada impede, porém, que as partes estabeleçam, por negócio processual, que o prazo seja contado em dias corridos, afastando a regra do art. 219 do CPC.[17] Como explicado no Capítulo XVI, a Fazenda Pública pode celebrar negócios processuais e esse pode ser um exemplo de um deles.[18]

---

16 O disposto no art. 219 do CPC não se aplica aos processos de falência e recuperação judicial (Lei 11.101/2005, art. 189, § 1º, I, na redação dada pela Lei 14.112/2020). Significa, então, que, na falência e na recuperação judicial, todos os prazos são contados em dias corridos, e não em dias úteis.

17 Nesse sentido, o enunciado 579 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: "Admite-se o negócio processual que estabeleça a contagem dos prazos processuais dos negociantes em dias corridos".

18 Nesse sentido, o enunciado 97 do Fórum Nacional do Poder Público: "É cabível a celebração de negócio jurídico processual pela Advocacia Pública que disponha sobre a contagem de prazos processuais".

3.4.2 Feriados

Somente são feriados aqueles assim declarados por lei. Não são feriados *pontos facultativos* ou determinações episódicas de fechamento do fórum ou do tribunal. Esses são considerados dias úteis. Embora sejam rigorosamente dias úteis, deve ser aplicado o disposto nos arts. 1º e 2º da Lei 1.408/1951:

> Art. 1º Sempre que, por motivo de ordem pública, se fizer necessário o fechamento do Foro, de edifícios anexos ou de quaisquer dependências do serviço judiciário ou o respectivo expediente tiver de ser encerrado antes da hora legal, observar-se-á o seguinte: a) os prazos serão restituídos aos interessados na medida que houverem sido atingidos pela providência tomada; b) as audiências, que ficarem prejudicadas, serão realizadas em outro dia mediante designação da autoridade competente.
>
> Art. 2º O fechamento extraordinário do Foro e dos edifícios anexos e as demais medidas, a que se refere o Art. 1º, poderão ser determinados pelo Presidente dos Tribunais de Justiça, nas Comarcas onde esses tribunais tiverem a sede e pelos juízes de Direito nas respectivas Comarcas.

São feriados os sábados, os domingos, os dias declarados por lei e os dias em que não haja expediente forense. Tradicionalmente, a legislação processual nunca considerou o sábado feriado para efeito forense. O art. 216 do CPC inova nesse ponto: o sábado passou a ser feriado.

A Lei 9.093/1995 trata dos feriados civis e religiosos, nestes termos:

> Art. 1º São feriados civis:
>
> I – os declarados em lei federal;
>
> II – a data magna do Estado fixada em lei estadual;
>
> III – os dias do início e do término do ano do centenário de fundação do Município fixados em lei municipal.
>
> Art. 2º São feriados religiosos os dias de guarda, declarados em lei municipal e em número não superior a quatro, neste incluída a Sexta-Feira da Paixão.

São feriados nacionais os dias 1º de janeiro, 21 de abril, 1º de maio, 7 de setembro, 2 de novembro, 15 de novembro e 25 de dezembro (Lei 662/1949, art. 1º, com redação dada pela Lei 10.607/2002). Também é feriado nacional o dia 12 de outubro (Lei 6.802/1980).

Nos termos do art. 5º da Lei 1.408/1951, não há expediente forense no "Dia da Justiça", que é o dia 8 de dezembro, bem como na terça-feira de Carnaval, na Sexta-feira Santa e nos dias que a lei estadual designar.

Além do recesso de 20 de dezembro a 6 de janeiro e dos feriados previstos em outras leis, também são feriados na Justiça Federal os dias da Semana Santa, compreendidos entre a quarta-feira e o Domingo de Páscoa, os dias de segunda e

Digitalizada com CamScanner

terça-feira de Carnaval, os dias 11 de agosto e 1º e 2 de novembro e 8 de dezembro (Lei 5.010/1966, art. 62, II a IV).

No tocante à quarta-feira de cinzas, o entendimento jurisprudencial do STJ considera dia útil,

> ainda que o expediente forense tenha sido limitado ao turno vespertino (EDcl no AgRg no AResp 69.665/RO, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, *DJe* 23/4/2012; EDcl no AgRg nos EREsp 741.271/SP, Rel. Ministro José Delgado, Primeira Seção, *DJ* 4/9/2006, p. 223; EDcl no AgRg no AResp 102.695/RJ, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, *DJe* 2/8/2012; entre outros).[19]

O dia em que não houver expediente forense é considerado feriado, não sendo computado na contagem dos prazos.

Não se praticam atos processuais nos feriados, excetuadas urgências e os atos previstos no art. 212, § 2º (CPC, art. 214). Na contagem de prazos em dias, não se consideram feriados; computam-se apenas os úteis (CPC, art. 219). Os atos processuais, nos termos do art. 212, realizam-se em dias úteis. As citações, intimações e penhoras podem, porém, realizar-se nos feriados, independentemente de autorização judicial específica (CPC, art. 212, § 2º).

3.4.3 Suspensão dos prazos de 20 de dezembro a 20 de janeiro

O art. 220 do CPC dispõe que se suspende o curso do prazo processual nos dias compreendidos entre 20 de dezembro e 20 de janeiro, inclusive.

Não há mais férias coletivas nas primeira e segunda instâncias, mas são suspensos os prazos durante o período de 20 de dezembro a 20 de janeiro. Nesse período, ressalvados o recesso da Justiça Federal (aplicável aos tribunais superiores), os recessos locais, os feriados e as férias individuais, os juízes, membros do Ministério Público, da Defensoria Pública e da Advocacia Pública, bem como os auxiliares da Justiça, exercem normalmente suas atribuições, praticando atos processuais.

Os atos, enfim, são realizados normalmente. Apenas não correm prazos. Os que já tiveram início antes ficam suspensos, voltando a correr pelo período sobejante a partir do primeiro dia útil após o dia 20 de janeiro. Durante esse período de suspensão do prazo, também não se realizam audiências nem sessões de julgamento.

Observe-se, porém, que o dispositivo ressalva os juízes, os membros do Ministério Público, da Defensoria Pública e da Advocacia Pública, bem como os auxiliares da Justiça. Todos exercem suas atividades normais no período compreendido entre 20 de dezembro e 20 de janeiro. Nesse período, o juiz deve emitir pronunciamentos judiciais nos prazos previstos em lei, os auxiliares da justiça também devem praticar os atos a seu cargo, bem como os membros do Ministério Público, da Defensoria Pública e da Advocacia Pública.

[19] STJ, 2ª Turma, REsp 1.410.764/MT, Rel. Min. Herman Benjamin, *DJe* 22.10.2013.

Logo, se nesse período houver algum ato a ser praticado pela Fazenda Pública, ela há de ser intimada e o prazo corre normalmente. Os advogados públicos exercem, normalmente, suas atividades nesse período, ressalvadas as férias individuais de alguns deles. Estas não repercutem no processo judicial, devendo os atos ser praticados por outros que não estejam de férias. É por isso que o art. 220 do CPC ressalva os membros da Advocacia Pública da suspensão dos prazos ali prevista.

É possível, então, que o art. 220 do CPC não se aplique em determinada demanda que envolva a Fazenda Pública, incidindo a ressalva nele contida. Tome-se como exemplo uma ação civil pública proposta pelo Ministério Público contra a União ou contra um Estado. Nesse caso, haverá a prática regular de todo e qualquer ato no período de 20 de dezembro a 20 de janeiro: os prazos correrão normalmente, sendo possível haver realização de audiências. É que o juiz, o membro do Ministério Público e o advogado público estão, todos eles, ressalvados da referida suspensão de prazos.

Enfim, a suspensão prevista no art. 220 do CPC não alcança os prazos da Fazenda Pública, que correm normalmente no período ali mencionado,[20] ressalvados o recesso da Justiça Federal e os feriados existentes dentro do período.

3.5 ALGUNS CASOS EM QUE NÃO SE APLICA O PRAZO EM DOBRO

3.5.1 Generalidades

Segundo dispõe o § 2º do art. 183 do CPC, "não se aplica o benefício da contagem em dobro quando a lei estabelecer, de forma expressa, prazo próprio para o ente público".

Significa que não se aplica o art. 183 do CPC quando há regra específica fixando prazo próprio, a exemplo das hipóteses a seguir destacadas nos próximos itens.

3.5.2 Prazo para contestar a ação popular

A ação popular é regida pela Lei 4.717, de 29 de junho de 1965. Nos termos de seu art. 7º, IV, o prazo de contestação é de 20 (vinte) dias, prorrogáveis por mais

[20] Em sentido contrário, o enunciado 32 do Fórum Nacional do Poder Público: "A suspensão dos prazos processuais do período de 20 de dezembro a 20 de janeiro aplica-se à advocacia pública, sem prejuízo das demais atribuições administrativas do órgão". Também em sentido contrário, o enunciado 21 da I Jornada de Direito Processual Civil, do Conselho da Justiça Federal: "A suspensão dos prazos processuais prevista no *caput* do art. 220 do CPC estende-se ao Ministério Público, à Defensoria Pública e à Advocacia Pública". Na mesma linha desses enunciados, a Resolução 244, de 2016, do CNJ prevê a suspensão dos prazos em todos os processos sem qualquer ressalva. O STJ tem ressalvado apenas os processos penais (STJ, 6ª Turma, AgRg no REsp 1.753.311/SC, Rel. Min. Nefi Cordeiro, *DJe* 3.5.2019; STJ, 5ª Turma, AgRg no AREsp 1.481.251/SC, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, *DJe* 10.9.2019; STJ, 5ª Turma, AgRg no REsp 1.828.089/MG, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, *DJe* 8.10.2019).

Digitalizada com CamScanner

20 (vinte), a requerimento do interessado, se particularmente difícil a produção da prova documental.

O prazo, de 20 (vinte) dias, prorrogáveis por mais 20 (vinte), é comum a todos os interessados. Sendo o prazo comum, não se aplica o prazo em dobro para a Fazenda Pública.

Como se percebe, há uma exceção que afasta a regra geral do prazo em dobro para o Poder Público.

3.5.3 Prazos nos Juizados Federais e nos Juizados da Fazenda Pública

A prerrogativa de prazos diferenciados para a Fazenda Pública não se aplica no procedimento dos Juizados Especiais Cíveis Federais. Ali os prazos para a Fazenda Pública são singelos, não havendo contagem em dobro.

Com efeito, o art. 9º da Lei 10.259/2001 assim dispõe: "Não haverá prazo diferenciado para a prática de qualquer ato processual pelas pessoas jurídicas de direito público, inclusive a interposição de recursos, devendo a citação para audiência de conciliação ser efetuada com antecedência mínima de trinta dias".

De igual modo, não há prazos diferenciados no âmbito dos Juizados da Fazenda Pública. De acordo com o art. 7º da Lei 12.153/2009, "Não haverá prazo diferenciado para a prática de qualquer ato processual pelas pessoas jurídicas de direito público, inclusive a interposição de recursos, devendo a citação para a audiência de conciliação ser efetuada com antecedência mínima de 30 (trinta) dias".

3.5.4 Depósito do rol de testemunhas

A testemunha tem o dever de comparecer e depor em juízo, quando efetivamente intimada (CPC, art. 455, § 5º).

Sua intimação, contudo, há de ser feita pelo menos 48 (quarenta e oito) horas antes da audiência, sob pena de a testemunha não estar obrigada a comparecer (CPC, art. 218, § 2º).

Para que a testemunha venha a ser intimada, deverá ser arrolada no momento oportuno. O rol de testemunhas deve ser depositado em juízo no momento estabelecido pelo § 4º do art. 357 do CPC. Tal dispositivo confere ao juiz a atribuição de fixar o prazo para o depósito do rol de testemunhas. O prazo há de ser comum, não podendo ser superior a 15 (quinze) dias. Trata-se, à evidência, de *prazo judicial*, porquanto ao magistrado caberá, de acordo com as peculiaridades do caso, estabelecer o prazo dentro do qual as partes devam apresentar o rol de testemunhas.

Tal prazo previsto *não* é contado em dobro para a Fazenda Pública, por ser um prazo comum, fixado judicialmente.[21] O juiz, ao fixar o prazo, já deve levar

[21] Em sentido contrário, o enunciado 53 do Fórum Nacional do Poder Público: "Os prazos comuns fixados pelo juiz devem ser contados em dobro para a Fazenda Pública".

em conta a presença da Fazenda Pública, não se aplicando a prerrogativa do prazo em dobro.

3.5.5 O prazo para impugnação ao cumprimento da sentença e para embargos à execução pela Fazenda Pública

A execução contra a Fazenda Pública pode fundar-se em título judicial ou em título extrajudicial. Quando o título for judicial, há cumprimento de sentença contra a Fazenda Pública (CPC, arts. 534 e 535). Sendo extrajudicial, propõe-se a execução disciplinada no art. 910. Tanto numa como noutra, é necessário observar o regime de precatórios ou de requisição de pequeno valor – RPV –, previsto no art. 100 da Constituição Federal.

No cumprimento de sentença, a Fazenda Pública defende-se por impugnação, e não por embargos. Os embargos constituem o meio de defesa que a Fazenda Pública apresenta na execução fundada em título extrajudicial. A impugnação é uma defesa, não ostentando a natureza de ação ou demanda judicial.

Nos termos do art. 535 do CPC, a Fazenda Pública é, no cumprimento de sentença, intimada para apresentar impugnação no prazo de 30 (trinta) dias.

O prazo de 30 (trinta) dias para impugnar é específico, sendo próprio para a Fazenda Pública. Logo, não deve ser computado em dobro (CPC, art. 183, § 2º).

Na execução fundada em título extrajudicial, a Fazenda Pública é citada para embargar no prazo de 30 (trinta) dias. Há, também aqui, um prazo específico para a Fazenda Pública. Seu prazo é de 30 (trinta) dias, não havendo contagem em dobro.

3.5.6 Os prazos na ação direta de inconstitucionalidade e na ação declaratória de constitucionalidade

O processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal estão disciplinados na Lei 9.868, de 10 de novembro de 1999.

Tais ações provocam o controle abstrato de constitucionalidade, por meio de um processo objetivo, instaurado por um dos legitimados constitucionalmente. Cabe agravo da decisão que indeferir a petição inicial (Lei 9.868/1999, art. 4º, parágrafo único; art. 15, parágrafo único), mas o julgamento final proferido no controle abstrato de constitucionalidade é irrecorrível, ressalvada a oposição de embargos de declaração, não podendo, igualmente, ser objeto de ação rescisória (Lei 9.868/1999, art. 26).

Não se permite à pessoa jurídica de direito público interessada interpor recurso nesses tipos de ação, estando franqueada essa possibilidade ao legitimado que figure como requerente. Ademais, *não* se aplica ao processo de controle concentrado de

Digitalizada com CamScanner

constitucionalidade o art. 183 do CPC, contando-se os prazos de forma simples. Esse, aliás, é o entendimento do Supremo Tribunal Federal.[22]

O art. 183 do CPC *não* se aplica, como se vê, ao processo de controle concentrado de constitucionalidade perante o STF.[23]

3.5.7 Os prazos para o Estado estrangeiro

As causas entre Estado estrangeiro ou organismo internacional e Município ou pessoa domiciliada ou residente no País devem ser propostas perante a primeira instância da Justiça Federal (CF/1988, art. 109, II), sendo os recursos encaminhados ao Superior Tribunal de Justiça, que exerce, nesses casos, o segundo grau de jurisdição. Significa que, em hipóteses assim, a demanda não passa pelo crivo do Tribunal Regional Federal, sendo o primeiro grau de jurisdição exercido pela primeira instância da Justiça Federal e o segundo grau, pelo STJ.

Compete ao STJ julgar, em recurso ordinário, as causas em que forem partes Estado estrangeiro ou organismo internacional, de um lado, e, de outro, Município ou pessoa residente ou domiciliada no País (CF/1988, art. 105, II, *c*; CPC, art. 1.027, II, *b*). Nessas causas, as decisões interlocutórias são desafiadas por agravos de instrumento encaminhados, diretamente, ao STJ, o qual exerce, como visto, o segundo grau de jurisdição (CPC, art. 1.027, § 1º).

O que se indaga é se o Estado estrangeiro, quando figure como parte, beneficia-se da regra contida no art. 183 do CPC, dispondo de prazo em dobro.

No entendimento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça, o art. 188 do CPC de 1973 (que equivale ao art. 183 do CPC de 2015) não se aplica em benefício do Estado estrangeiro.[24]

No caso apreciado pelo STJ no citado precedente, o Estado estrangeiro, para emprestar suporte à sua tese, defendeu que gozaria das mesmas prerrogativas previstas no art. 188 do CPC de 1973, em virtude do princípio da igualdade entre Estados, princípio esse previsto no art. 4º, V, da Constituição Federal. Além disso,

---

22 STF, Pleno, ADI 2.130-AgR/SC, Rel. Min. Celso de Mello, *DJ* 14.12.2001, p. 31; STF, ADI 5814 MC-AgR-AgR, Rel. Min. Roberto Barroso, *DJe* 7.8.2019.

23 Não se contam prazos em dobro em ações diretas de inconstitucionalidade, em ações declaratórias de constitucionalidade e em arguições de descumprimento de preceito fundamental. No julgamento do ARE 661.288/SP, o STF entendeu que se aplica o prazo em dobro "aos recursos extraordinários interpostos em ações diretas de inconstitucionalidade no âmbito dos Tribunais de Justiça". Posteriormente, tal entendimento foi revisto, de forma que não se aplica o prazo em dobro no recurso extraordinário interposto em ação direta de inconstitucionalidade estadual (STF, Pleno, ARE 830.727 AgR, Rel. Min. Dias Toffoli, Rel. p/ Acórdão Min. Cármen Lúcia, *DJe* 26.6.2019). Logo, não se aplica o prazo em dobro na ação de controle concentrado, nem mesmo para a interposição do recurso extraordinário em ação de controle de constitucionalidade estadual.

24 STJ, 3ª Turma, AG 297.723/SP, Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, *DJ* 14.8.2000, p. 172.

o Estado estrangeiro alegou que mantinha as mesmas dificuldades típicas da burocracia administrativa.

Ao apreciar as razões deduzidas pelo Estado estrangeiro, o Ministro relator, no seu voto condutor, manifestou o seguinte entendimento:

> Estou em que desassiste razão ao agravante. Com efeito, o princípio da igualdade entre Estados é acolhido na Carta Política do Brasil. Todavia a sua aplicabilidade restringe-se à vida internacional das soberanias estatais. O citado art. 4º refere-se a princípios de relações internacionais, que afetam os Estados enquanto convivem no meio que lhes é comum. É por esse regramento, por exemplo, que são regidas as decisões da Assembleia Geral das Nações Unidas. Cada país representado nas sessões detém direito ao voto paritário. É cabível o preceito apenas nas relações internacionais porque estas são regidas por um conjunto de normas jurídicas comuns a todos os Estados. De modo diverso, se uma legislação nacional, em particular, concede privilégios de ordem processual interna a entidades públicas domésticas, não se pode falar da extensão do benefício a entes externos. A igualdade entre Estados, no caso, é desinfluente porque o prazo privilegiado não é verificável nem em tratado, nem em costume internacional, apenas em ordenamento jurídico interno. E é nesse regramento que se devem pautar as relações processuais domésticas.
>
> Quanto à assertiva do agravante sobre "ter dificuldades típicas de uma máquina administrativa", não convence. Tanto mais quando se utiliza, para a sua defesa, de escritório particular de advocacia.

Portanto, que *não* se aplicam ao Estado estrangeiro as prerrogativas previstas no art. 183 do CPC, de sorte que seus prazos são singelos, *não* dispondo de prazo em dobro.

3.5.8 Os prazos na suspensão de segurança

Como se observa no item 15.8 *infra*, para o Supremo Tribunal Federal, o agravo interno da decisão do Presidente do Tribunal na suspensão de segurança deve ser interposto pela Fazenda Pública no prazo simples, sem que incida a prerrogativa do prazo diferenciado. Em outras palavras, o STF entende que o prazo em dobro não se aplica ao agravo interno em suspensão de segurança.[25]

Tal entendimento confirma o disposto no § 2º do art. 183 do CPC: o prazo para interposição de agravo interno contra a decisão do presidente do tribunal que

---

25 A 2ª Turma do STJ, Rel. Min. Herman Benjamin, no julgamento do AgRg no REsp 1.408.864/PR, seguiu o entendimento do STF e considerou não ser possível computar o prazo em dobro do agravo contra a decisão denegatória do pedido de suspensão (*DJe* 22.4.2014). Posteriormente, a Corte Especial do STJ entendeu diferente, considerando aplicável o prazo em dobro para a interposição de agravo em suspensão de segurança (AgRg no AgRg na SLS 1.955/DF, Rel. Min. Francisco Falcão, *DJe* 29.4.2015).

Digitalizada com CamScanner

indefere o pedido de suspensão é específico da Fazenda Pública, não incidindo o benefício da contagem em dobro.

3.5.9 Prazo para a Fazenda Pública responder à ação rescisória

A ação rescisória é, como se sabe, ajuizada perante um tribunal, devendo sua petição inicial atender aos requisitos dos arts. 319 e 968, ambos do CPC. Estando em ordem a petição inicial e não sendo caso de indeferimento, o relator deverá determinar a citação do réu, estabelecendo um prazo de, no mínimo, 15 (quinze) dias e de, no máximo, 30 (trinta) dias para apresentação de resposta (CPC, art. 970).

Cumpre perquirir se o art. 183 do CPC se aplica à ação rescisória, isto é, se a Fazenda Pública dispõe de prazo em dobro para responder a esse tipo de demanda.

Já se viu que o art. 183 do CPC *não* se aplica aos prazos *judiciais*. O prazo fixado para o réu responder à ação rescisória é um prazo *judicial*, já que estimado pelo relator. É bem verdade que há um limite mínimo e máximo dentro do qual o prazo haverá de ser estabelecido, circunstância que, embora gere a denominação, por alguns doutrinadores, prazo misto,[26] não o descaracteriza como prazo judicial (*vide*, a propósito, o subitem 3.2.3 *supra*). Além do mais, o art. 970 do CPC impõe como *limite máximo* para apresentação de resposta na ação rescisória o prazo de 30 (trinta) dias.

Diferente, contudo, é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, manifestado ainda sob a égide do CPC de 1973.[27]

De tal entendimento não diverge a orientação ministrada pelo Supremo Tribunal Federal.[28]

Significa que tanto o STF como o STJ firmaram entendimento, ainda sob a vigência do CPC de 1973, segundo o qual o prazo para apresentação de resposta na ação rescisória pela Fazenda Pública deve ser diferenciado, aplicando-se a prerrogativa estabelecida em seu favor. O prazo, para o STF e para o STJ, deveria ser contado em quádruplo, nos termos do art. 188 do CPC de 1973. Convém lembrar que não há mais prazo em quádruplo para a Fazenda Pública; o prazo para apresentar resposta, no CPC de 2015, é em dobro.

Seja como for, não parece correto esse entendimento do STF e do STJ.

O art. 970 do CPC encerra comando igualmente especial, não se submetendo à regra geral do art. 183 do CPC. E isso porque o prazo para a resposta do réu é *fixado* pelo relator, *não* podendo ser inferior a 15 (quinze) dias *nem* superior a 30 (trinta) dias. Em outras palavras, a dobra prevista no art. 183 do CPC apresenta-se

---

[26] FERRAZ, Cristina. *Prazos no processo de conhecimento*. São Paulo: RT, 2001. p. 120.

[27] STJ, 6ª Turma, REsp 363.780/RS, Rel. Min. Paulo Gallotti, *DJ* 2.12.2002, p. 379; STJ, 2ª Seção, AgRAR 250/MT, Rel. Min. Barros Monteiro, *DJ* 6.8.1990, p. 7.317.

[28] STF, 1ª Turma, RE 94.960/RJ, Rel. Min. Rafael Mayer, *DJ* 8.10.1982, p. 10.190.

como incompatível com a regra inscrita no art. 970 do CPC, pois o limite *máximo* para o prazo da resposta é de 30 (trinta) dias.

A bem da verdade, o art. 183 do CPC não faz distinção entre prazos legais e prazos judiciais. Todavia, o art. 970 do CPC fixa um *máximo* de 30 (trinta) dias para a contestação na ação rescisória, de sorte que o prazo *nunca* deve ser superior àquele limite. Logo, não se permite ao relator conceder ao réu, na ação rescisória, um prazo superior a 30 (trinta) dias. Daí não se computar a dobra prevista no art. 183 do CPC, porquanto, ainda que se fixasse o limite mínimo (15 dias), a dobra já alcançaria o limite máximo de 30 (trinta) dias.

Em suma, não se aplica o art. 183 do CPC à ação rescisória, cujo prazo de resposta, a teor do art. 970 do CPC, haverá de ser fixado pelo relator, entre 15 (quinze) e 30 (trinta) dias, a depender das circunstâncias da causa e da qualidade das partes. Logo, sendo ré a Fazenda Pública na ação rescisória, o relator deverá levar esse dado em conta na estimativa do prazo que vier a ser estabelecido para a resposta.

Se, contudo, o relator, no caso concreto, determinar a aplicação do art. 183 do CPC, deve exercer o dever de prevenção e fazer constar expressamente do mandado de citação a fixação de prazo em dobro para que a Fazenda Pública possa beneficiar-se da regra.

Enfim, para evitar prejuízo à defesa, é imperioso que o relator da ação rescisória, ao fixar o prazo de resposta, esclareça, no despacho inicial, se entende aplicável ou não o art. 183 do CPC.

3.6 INVIABILIDADE DA CUMULAÇÃO DO ART. 183 COM O ART. 229, AMBOS DO CPC

Proposta uma demanda em face da Fazenda Pública e, igualmente, em face de outra pessoa, tem-se um litisconsórcio passivo, estando os litisconsortes com procuradores diferentes. A Fazenda Pública beneficia-se do art. 183 do CPC. Além do benefício desse artigo, a Fazenda Pública poderia valer-se, também, da benesse conferida pelo art. 229 do CPC?

Parece que não.

E isso porque haveria uma extensão desarrazoada de prazo para a Fazenda Pública, cujo interesse já se encontra resguardado com a aplicação isolada do art. 183 do CPC, outorgando-lhe prazo em dobro para todas as suas manifestações no processo. Caso fosse possível cumular as 2 (duas) regras, a Fazenda Pública teria prazo em quádruplo para suas manifestações, desbordando da finalidade a que se visa alcançar com a regra contida no aludido art. 183 do CPC.

Assim, numa demanda proposta, por exemplo, em face da Fazenda Pública e, igualmente, em face de um particular, enquanto esse último dispõe de prazo de 30 (trinta) dias para a prática de seus atos processuais (CPC, art. 229), a Fazenda Pública

Digitalizada com CamScanner

desfruta da prerrogativa de igualmente praticar os atos nos prazos computados em dobro (CPC, art. 183).

Convém registrar que, se o processo tramitar em autos eletrônicos, o particular não terá prazo em dobro (CPC, art. 229, § 2º). Nesse caso, a Fazenda Pública mantém sua prerrogativa de ter seus prazos diferenciados, aplicando-se o disposto no art. 183 do CPC, que não é afastado no processo eletrônico.[29]

À evidência, revela-se inviável cumular a regra do art. 183 com a do art. 229, ambos do CPC, sendo certo que a Fazenda Pública dispõe de prazo dobro para suas manifestações processuais, sem acréscimo de outra dilatação ou ampliação de prazo.

3.7 APLICAÇÃO DO ART. 183 DO CPC AO PROCESSO DO MANDADO DE SEGURANÇA

No processo do mandado de segurança, a autoridade impetrada é notificada para prestar informações, no prazo de 10 (dez) dias. Esse prazo, como se percebe, é específico, não devendo ser contado em dobro.

Os recursos interpostos pela pessoa jurídica de direito público no mandado de segurança sujeitam-se, contudo, à regra do art. 183 do CPC, de forma que a Fazenda Pública dispõe de prazo em dobro para recorrer no procedimento do mandado de segurança.[30]

Consoante demonstrado no subitem 14.4.3 *infra*, no mandado de segurança o recurso é interposto pela pessoa jurídica da qual faz parte a autoridade coatora, podendo esta também interpor o recurso, caso presente seu interesse próprio. É possível, então, que a autoridade interponha recurso quando pretenda prevenir sua responsabilidade decorrente do ato coator.[31] Quando o recurso é interposto pela autoridade, e não pela pessoa jurídica da qual ela faz parte, *não* há prazo diferenciado. Quer isso dizer que a autoridade *não* dispõe de prazo em dobro para recorrer;[32] essa é uma prerrogativa da pessoa jurídica de direito público, e não da autoridade apontada como coatora no mandado de segurança.

A Lei 12.016/2009 estabelece o procedimento do mandado de segurança, prevendo, expressamente, a apelação (art. 14), sem lhe fixar, porém, o prazo, estabelecido que está no Código de Processo Civil, cujas regras aplicam-se, no particular, ao procedimento da ação constitucional. Assim, o prazo para a interposição

---

29 Nesse sentido, o enunciado 400 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: "O art. 183 se aplica aos processos que tramitam em autos eletrônicos".

30 *RTJ* 110:258.

31 STJ, Corte Especial, EREsp 180.613/SE, Rel. Min. Eliana Calmon, *DJ* 17.12.2004, p. 388; *Revista Forense* 380:298.

32 STJ, 6ª Turma, REsp 264.632/SP, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, *DJ* 19.11.2007, p. 298.

da apelação é de 15 (quinze) dias, computado em dobro quando o recorrente for a Fazenda Pública (CPC, art. 183).

Impetrado o mandado de segurança diretamente no tribunal, não há falar em sentença nem em apelação, sendo cabível o recurso ordinário para o impetrante, caso tenha sido denegada a segurança (CF, arts. 102, II, *a*, e CPC, 1.027, I, II, *a*), ou os recursos extraordinário e/ou especial, na hipótese de concessão da segurança, e desde que prequestionada a matéria correlata (CF, arts. 102, III, e 105, III).

A decisão que verse sobre a tutela provisória no mandado de segurança é impugnável por meio de agravo de instrumento, cujo prazo é igualmente computado em dobro quando figure como agravante a Fazenda Pública. Nos mandados de segurança impetrados originariamente em tribunal, cabe agravo interno da decisão do relator que conceder ou negar a liminar postulada (Lei 12.016/2009, art. 16, parágrafo único).[33] O agravo interno, quando interposto pela Fazenda Pública, também terá prazo em dobro, ainda que se trate de mandado de segurança.

Enfim, a Fazenda Pública, no processo de mandado de segurança, desfruta da prerrogativa de prazo em dobro para recorrer, aplicando-se, na espécie, o disposto no art. 183 do CPC. De todo modo, se, diante das peculiaridades do caso concreto, o prazo revelar-se insuficiente, o juiz pode, com apoio no art. 139, VI, do CPC, dilatá-lo. É exatamente por isso que o enunciado 5 do Fórum Nacional do Poder Público assim esclarece: "A dilação de prazos processuais prevista no art. 139, VI, do CPC é compatível com o mandado de segurança".

Quando impetrado mandado de segurança no âmbito do processo penal, não se aplica o disposto no art. 183 do CPC, de sorte que não há prazo em dobro. Segundo o STJ, não se aplica o disposto no art. 183 do CPC na esfera criminal, mesmo que se trate de mandado de segurança.[34]

3.8 PRAZO PARA AJUIZAMENTO DE AÇÃO RESCISÓRIA

A ação rescisória deve, nos termos do art. 975 do CPC, ser ajuizada no prazo de 2 (dois) anos, contado do trânsito em julgado da decisão. A Fazenda Pública, que goza da prerrogativa inscrita no art. 183 do CPC, *não* dispõe de prazo em dobro para propor ação rescisória.

---

33 O STF entendia não ser cabível o agravo interno da decisão do relator que, em mandado de segurança originário, deferisse ou indeferisse a liminar. Tal entendimento estava consolidado no Enunciado 622 da Súmula de sua jurisprudência. A partir da edição da Lei 12.016/2009, o agravo passou a ser legalmente previsto, tendo o STF, no julgamento do MS 28.177 AgR-MS/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, afastado expressamente a aplicação da Súmula em razão da superveniência do referido diploma legal.

34 STJ, 5ª Turma, RMS 8.021/MG, Rel. Min. Felix Fischer, *DJ* 19.5.1997, p. 20.651; STJ, 5ª Turma, EDcl no AgRg no RMS 36.050/PI, Rel. Min. Laurita Vaz, *DJe* 5.11.2013.

Digitalizada com CamScanner

A Medida Provisória 1.577, de 11 de junho de 1997, em seu art. 4º, *duplicou* o prazo para a Fazenda Pública ajuizar ação rescisória, de forma que esta passaria a dispor de 4 (quatro) anos para tanto. Em reedições posteriores, a referida Medida Provisória estabeleceu o prazo de 5 (cinco) anos para a Fazenda Pública propor ação rescisória. Tal Medida Provisória teve sua constitucionalidade questionada no Supremo Tribunal Federal, mercê do ajuizamento, pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, da Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.753, tendo sido concedida a liminar para suspender a vigência do dispositivo,[35] vindo, depois, a ser tida como prejudicada, com a consequente extinção do processo.

Novamente, a regra que conferia prazo em dobro para a Fazenda Pública ajuizar ação rescisória foi ressuscitada por superveniente Medida Provisória. O Conselho Federal da OAB ajuizou, então, a Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.910, renovando os argumentos da Ação Direta 1.753, para postular, desta feita, o reconhecimento da inconstitucionalidade da Medida Provisória 1.703-18, de 27 de outubro de 1998, vindo o STF a reconhecer, igualmente, sua inconstitucionalidade.[36]

Significa que o prazo previsto no art. 975 do CPC é *igual* para todos, inclusive para a Fazenda Pública, que, nesse particular, *não* dispõe de prazo diferenciado

[35] "Ação rescisória: MProv. 1.577-6/97, art. 4º e parág. único: a) ampliação do prazo de decadência de dois para cinco anos, quando proposta a ação rescisória pela União, os Estados, o DF ou os Municípios e suas respectivas autarquias e fundações públicas (art. 4º) e b) criação, em favor das mesmas entidades públicas, de uma nova hipótese de rescindibilidade das sentenças – indenizações expropriatórias ou similares flagrantemente superior ao preço de mercado (art. 4º, parág. único): arguição plausível de afronta aos arts. 62 e 5º, I e LIV, da Constituição: conveniência da suspensão cautelar: medida liminar deferida. Medida provisória: excepcionalidade da censura jurisdicional da ausência dos pressupostos de relevância e urgência à sua edição: raia, no entanto, pela irrisão a afirmação de urgência para as alterações questionadas à disciplina legal da ação rescisória, quando, segundo a doutrina e a jurisprudência, sua aplicação à rescisão de sentenças já transitadas em julgado, quanto a uma delas – a criação de novo caso de rescindibilidade – é pacificamente inadmissível e quanto à outra – a ampliação do prazo de decadência – é pelo menos duvidosa.

A igualdade das partes é imanente ao *procedural due process of law;* quando uma das partes é o Estado, a jurisprudência tem transigido com alguns favores legais que, além da vetustez, têm sido reputados não arbitrários por visarem a compensar dificuldades da defesa em juízo das entidades públicas; se, ao contrário, desafiam a medida da razoabilidade ou da proporcionalidade, caracterizam privilégios inconstitucionais: parece ser esse o caso das inovações discutidas, de favorecimento unilateral aparentemente não explicável por diferenças reais entre as partes e que, somadas a outras vantagens processuais da Fazenda Pública, agravam a consequência perversa de retardar sem limites a satisfação do direito do particular já reconhecido em juízo.

Razões de conveniência da suspensão cautelar até em favor do interesse público" (STF, Pleno, ADI 1.753 MC/DF, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, *DJ* 12.6.1998, p. 51; *RTJ* 172/32).

[36] Sobre o assunto, consultar, por todos: RÊGO, Bruno Noura de Moraes. *Ação rescisória e a retroatividade das decisões de controle de constitucionalidade das leis no Brasil.* Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2001. p. 51-61.

nem de prerrogativa específica. Bem se percebe que tais precedentes demonstram que a Corte Suprema não tolera aumento de prazo que culmine no retardamento da execução, no que prejudica a parte vitoriosa; há, enfim, por parte do Supremo Tribunal Federal, uma forte resistência a mudanças drásticas na ação rescisória.[37]

À evidência, o prazo para o ajuizamento da ação rescisória é de 2 (dois) anos, contado do trânsito em julgado da decisão, tal como estabelece o art. 975 do CPC.

Sem embargo desse entendimento manifestado pelo STF, a consolidar a orientação de que o prazo para ajuizamento da ação rescisória é de 2 (dois) anos, sem se admitir lapso superior que beneficie a Fazenda Pública, impende registrar que há uma hipótese especial de prazo para a ação rescisória prevista no art. 8º-C da Lei 6.739, de 5 de dezembro de 1979, de cujo teor se extrai a seguinte dicção:

> Art. 8º-C. É de oito anos, contados do trânsito em julgado da decisão, o prazo para ajuizamento de ação rescisória relativa a processos que digam respeito a transferência de terras públicas rurais.

Esse art. 8º-C da Lei 6.739/1979 foi inserido pela Lei 10.267, de 28 de agosto de 2001.

Como se vê, o prazo para ajuizamento de ação rescisória de decisão transitada em julgado que trate da transferência de terras públicas rurais é de 8 (oito) anos. A regra considera o grave problema de grilagem de terras públicas, situação reconhecidamente complicada no Brasil, desde o século XIX.

Em síntese, é possível afirmar que, nessas hipóteses de transferência de terras públicas rurais, a referida norma *quadruplicou* o prazo para ajuizamento da ação rescisória, sendo, na espécie, de 8 (oito) anos.

À primeira vista, a regra poderia ser tachada de inconstitucional, por ampliar demasiadamente o prazo da rescisória, atentando contra a coisa julgada e a segurança jurídica. Restaria ofendido, nessa situação, o devido processo legal substancial, por conter norma sem razoabilidade. Aliás, já se viu que o STF, ao julgar as Ações Diretas de Inconstitucionalidade 1.753 e 1.910, considerou abusivo e inconstitucional o aumento do prazo da ação rescisória para 4 (quatro) e 5 (cinco) anos em favor da Fazenda Pública, não tolerando aumento de prazo que culmine no retardamento da execução, do cumprimento ou da efetivação da decisão transitada em julgado.

Impõe-se acentuar, contudo, que tais precedentes consideraram inconstitucional o aumento do prazo para o ajuizamento de *qualquer* ação rescisória, por ser evidente o abuso normativo. No caso do art. 8º-C da Lei 6.739/1979, há uma peculiaridade: a regra destina-se a casos específicos de transferência de terras públicas rurais, permitindo a revisão de decisões que consolidaram grilagens ou transferências ilegais de bens públicos.

[37] RÊGO, Bruno Noura de Moraes. *Ação rescisória e a retroatividade das decisões de controle de constitucionalidade das leis no Brasil.* Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2001. p. 57.

Digitalizada com CamScanner

A regra *não* está a majorar, *indistintamente*, o prazo para ajuizamento da ação rescisória, mas somente para esses casos específicos de transferência de terras públicas rurais. Aplica-se, no particular, o *princípio da adequação*.

Para que o processo possa alcançar a máxima eficiência, seu procedimento e suas regras devem ajustar-se às peculiaridades do sujeito, do objeto e da finalidade.[38] O processo, como se costuma afirmar, é um *instrumento* que deve adaptar-se às normas de direito material aplicáveis no caso.

Daí ser forçoso concluir que o art. 8º-C da Lei 6.739/1979 *não* se revela atentatório ao princípio da razoabilidade, *não* sendo inconstitucional.

É do devido processo legal que se extrai o princípio da razoabilidade, dirigindo-se ao legislador: não deve editar normas com previsões absurdas, que destoem da razoabilidade. Em outras palavras, o princípio da razoabilidade dirige-se ao legislador, exigindo que este, ao limitar direitos individuais, verifique a legitimidade dos *fins* da medida adotada.

Segundo esclarece Humberto Ávila, a razoabilidade pode ser encarada em vários sentidos. Num desses sentidos, é empregada como diretriz que exige uma vinculação das normas jurídicas com o mundo ao qual elas fazem referência. Logo, não haverá razoabilidade quando o legislador eleger uma causa inexistente ou insuficiente para a atuação estatal. Ao fazê-lo, viola a exigência de vinculação à realidade. Em outro sentido, a razoabilidade é utilizada como diretriz que exige a relação de equivalência entre duas grandezas, ou seja, entre a medida adotada e o critério que a dimensiona.[39]

Logo, um ato não atenderá ao princípio da razoabilidade quando não for justificável no sistema, e não em virtude da ofensa a normas constitucionais explícitas. Nesse caso, haverá ofensa ao conteúdo substancial do devido processo legal.

Na hipótese do art. 8º-C da Lei 6.739/1979, desponta justificável no sistema a fixação de prazo diferenciado para ação rescisória contra decisão transitada em julgado que trate de transferência de terras públicas rurais. Há grave problema de grilagem de terras públicas no Brasil, sendo plenamente legítima a finalidade escolhida pelo legislador de salvaguardar os bens públicos, em atendimento ao princípio da adequação, a impor que o processo se ajuste às peculiaridades do direito invocado, com o alcance dos fins colimados pelo legislador.

A Fazenda Pública não dispõe, enfim, de prazo diferenciado para o ajuizamento da ação rescisória, salvo nos casos de transferência de terras públicas rurais, hipótese em que o prazo é de 8 (oito) anos.

---

38 LACERDA, Galeno. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993. t. I, v. 8, p. 18-20.

39 ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios:* da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 102-111.

3.9 INTIMAÇÃO PESSOAL

A intimação da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e de suas autarquias e fundações faz-se perante o órgão da Advocacia Pública responsável por sua representação (CPC, art. 269, § 3º).

A intimação é pessoal, fazendo-se por carga, remessa ou meio eletrônico.

A Fazenda Pública goza da prerrogativa de intimação pessoal em qualquer processo, inclusive naqueles que tramitem nos Juizados Especiais. Nesse sentido, o enunciado 29 do Fórum Nacional do Poder Público: "Aplica-se a intimação pessoal nos processos que tramitam sob o procedimento dos juizados especiais, conforme o art. 183, § 1º, do CPC". É irrelevante a posição assumida pela Fazenda Pública no processo; ela se beneficia da prerrogativa de intimação pessoal, quando participa como parte, como interessada ou como *amicus curiae*. A esse respeito, o enunciado 7 do Fórum Nacional do Poder Público está assim redigido: "A prerrogativa de intimação pessoal da Fazenda Pública aplica-se a todos os casos em que ela participe do processo, como parte, interessada ou *amicus curiae*".

Nos processos objetivos de controle de constitucionalidade, a Fazenda Pública não goza da prerrogativa de intimação pessoal.[40]

Como já se afirmou, a intimação da Fazenda Pública deve fazer-se por carga, remessa ou meio eletrônico.

O endereço eletrônico não é destinado à realização de intimações. Estas são feitas em portal próprio, no dia em que o intimando efetivar a consulta eletrônica ao teor da intimação, ou quando decorrido o prazo de dez dias corridos, contados da data de seu envio (Lei nº 11.419/2006, art. 5º, §§ 1º a 3º). Enfim, a intimação por meio eletrônico não se realiza por *e-mail*, ou seja, o endereço eletrônico não serve para a realização de intimações.

É bem verdade que o autor, em sua petição inicial, deve indicar o seu endereço eletrônico e o do réu (CPC, art. 319, II). Essa informação não serve, porém, para viabilizar intimações. Ela é necessária para viabilizar, a título informativo, alguma comunicação às partes (Lei nº 11.419/2006, art. 5º, § 4º).

A intimação pessoal não dispensa a publicação da decisão no *Diário da Justiça eletrônico*, que há de ser feita em atenção ao princípio da publicidade (CF, art. 93, IX; CPC, arts. 8º, 11, 189 e 205, § 3º). A publicação no órgão oficial é meio de intimação (CPC, art. 272), inaplicável à Advocacia Pública. Os advogados públicos são intimados pessoalmente, por carga, remessa ou meio eletrônico. Nesse sentido, aliás, o enunciado 8 do Fórum Nacional do Poder Público: "A intimação por meio eletrônico a que se refere o § 1º do art. 183 do CPC não se realiza por Diário da

---

40 STF, Pleno, ADPF 205 AgR-segundo, Rel. Min. Dias Toffoli, *DJe* 1º.8.2017; STF, Pleno, ADI 5.814 MC-AgR-AgR/RR, Rel. Min. Roberto Barroso, *DJe* 6.2.2019; STJ, 2ª Turma, AgInt no AREsp 1.676.778/SP, Rel. Min. Herman Benjamin, *DJe* 2.10.2020.

Digitalizada com CamScanner

Justiça eletrônico, nem por *e-mail*". No mesmo sentido, o enunciado 401 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: "Para fins de contagem de prazo da Fazenda Pública nos processos que tramitam em autos eletrônicos, não se considera como intimação pessoal a publicação pelo Diário da Justiça Eletrônico".

Nos processos eletrônicos, a intimação é feita por meio eletrônico, método que é o preferencial (CPC, arts. 246, §§ 1º e 2º, 270, 1.050 e 1.051),[41] a não ser que se frustre ou não seja possível.[42] A Fazenda Pública é obrigada a manter cadastro nos sistemas de processo em autos eletrônicos, para recebimento de citações e intimações, as quais serão efetuadas preferencialmente por esse meio (CPC, arts. 246, § 2º, e 1.050). Não feito o cadastro, a intimação será realizada pelo Diário da Justiça, perdendo a Fazenda o direito à intimação pessoal.

Realmente, segundo anotado em precedente da Corte Especial do STJ (obrigatório, nos termos do art. 927, V, do CPC), "uma vez descumpridas as disposições do art. 1.050 c/c art. 246, §§ 1º e 2º, ambos do CPC/2015, não aproveita ao ente público a prerrogativa processual da intimação pessoal".[43]

A retirada dos autos ou da secretaria pela Advocacia Pública implica intimação de qualquer decisão contida no processo, ainda que pendente de publicação (CPC, art. 272, § 6º).

Na contagem dos prazos, quando a intimação for feita por carga, considera-se dia do começo do prazo o dia da carga (CPC, art. 231, VIII).

Sendo a intimação feita por remessa dos autos, a contagem do prazo, segundo entendimento já firmado no âmbito da jurisprudência do STJ, "... inicia-se no dia da remessa dos autos com vistas, ou, se as datas não coincidirem, do recebimento destes por servidor do órgão, e não a partir do dia em que o representante ministerial manifesta, por escrito, sua ciência do teor da decisão".[44]

Quando a intimação realizar-se por meio eletrônico, considera-se dia do começo do prazo o dia útil seguinte à consulta ao teor da intimação ou ao término do prazo para que a consulta se dê (CPC, art. 231, V).

---

41 Há quem entenda que o meio eletrônico somente se aplica aos processos eletrônicos. No caso de processos que tramitem em autos de papel, a intimação pessoal somente poderia realizar-se por carga ou remessa dos autos. Nesse sentido, o enunciado 28 do Fórum Nacional do Poder Público: "Nos processos físicos, a intimação pessoal somente se realiza por carga ou remessa dos autos, sendo nula a intimação realizada por outros meios, inclusive por meio eletrônico".

42 Enunciado 12 do Fórum Nacional do Poder Público: "Quando a intimação, no processo eletrônico, frustrar-se ou não for possível, deve realizar-se por oficial de justiça mediante mandado que preencha os requisitos do art. 250, entre os quais se insere a cópia do despacho, da decisão ou da sentença (arts. 250, V e 269, § 2º, CPC), aplicando-se o disposto no inciso II do art. 231, CPC, quanto à contagem do prazo".

43 STJ, Corte Especial, AgInt no RE no AgInt no AREsp 1.304.601/CE, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, *DJe* 30.9.2019. No mesmo sentido: STJ, 2ª Turma, AgInt no AREsp 1.001.265/MG, Rel. Min. Herman Benjamin, *DJe* 16.10.2017.

44 STJ, 5ª Turma, EDcl no RHC 43.374/PA, Rel. Min. Laurita Vaz, *DJe* 30.4.2014.

Na contagem dos prazos em dias, exclui-se o do início e se inclui o do final. O primeiro e o último dias devem ser úteis. Caso não sejam, a contagem deve ser iniciada ou encerrada no primeiro dia útil seguinte. Os prazos têm início na data da citação ou da intimação (CPC, arts. 230 e 231) e são contados a partir do primeiro dia útil subsequente (CPC, art. 224, § 3º). Nos processos eletrônicos, considera-se como data da publicação o primeiro dia útil seguinte ao da disponibilização da informação no Diário da Justiça eletrônico (CPC, art. 224, § 2º). Nesse mesmo sentido, é o art. 4º da Lei 11.419/2006.

O art. 231 do CPC estabelece, em várias hipóteses, qual o dia do começo do prazo. O dia do começo do prazo não é o primeiro dia do prazo, pois "*os prazos serão contados excluindo o dia do começo e incluindo o dia do vencimento*", como dispõe o art. 224 do CPC. Assim, por exemplo, considera-se dia do começo do prazo a data da juntada aos autos do mandado cumprido (CPC, art. 231, II). Esse é o dia do começo, que será, então, excluído da contagem do prazo. O prazo, então, começa a partir do primeiro dia útil após a juntada aos autos do mandado de citação ou de intimação. Por sua vez, considera-se dia do começo do prazo o dia útil seguinte à consulta ao teor da citação ou da intimação ou ao término do prazo para que a consulta se dê, quando a citação ou a intimação for eletrônica (CPC, art. 231, V). O começo do prazo é o dia útil seguinte à consulta ou ao término do prazo para que a consulta se dê, mas, na contagem, exclui-se o primeiro dia. Logo, se a consulta ao teor da citação ou da intimação foi no dia 10, e o próximo dia útil é 11, este é o dia do começo, mas ele é excluído da contagem (CPC, art. 224), de sorte que o prazo só começa mesmo a partir do dia 12 (se for dia útil também). De igual modo, se o término do prazo de dez dias para a consulta ao sistema termina no dia 10, e o próximo dia útil for 11, este será o dia do começo do prazo, mas ele será excluído da contagem (CPC, art. 224). Desse modo, o prazo começará no dia 12, se este for dia útil também.

É preciso atentar para esses detalhes, a fim de evitar supressão de um dia na contagem dos prazos. O STJ, em vários julgados, não tem observado essas peculiaridades, suprimindo das partes um dia na contagem dos prazos. Veja-se, por exemplo, o quanto julgado no Agravo Interno no Recurso Especial 1.614.653/RS, segundo o qual se considerou o seguinte: "*(...) 3. Verifica-se que a intimação do agravante ocorreu em 9/5/2016, assim o prazo começou a ser contado do primeiro dia útil, portanto, a partir de 10/5/2016. 4. Como o prazo se iniciou em 10/5/2016 e terminou no dia 31/5/2016, é intempestivo o Recurso Especial interposto no dia 1º/6/2016*". Em tal caso, o dia do *começo* do prazo é, realmente, o primeiro dia útil após a intimação, mas, na sua *contagem*, exclui-se o dia do seu começo e inclui-se o do seu final (CPC, art. 224). Logo, deveria ali o prazo ter início em 11 de maio de 2016, e não em 10 de maio de 2016.

3.9.1 Intimação feita pelo próprio advogado

O § 1º do art. 269 do CPC faculta aos advogados promover a intimação do advogado da outra parte por meio do correio, juntando aos autos, em seguida, cópia

Digitalizada com CamScanner

do ofício de intimação e do aviso de recebimento. O ofício de intimação deve ser instruído com cópia da decisão.

A faculdade aplica-se a qualquer tipo de decisão, proferida em qualquer grau de jurisdição.[45]

O advogado não pode promover a intimação do advogado público por esse meio. Em outras palavras, a faculdade conferida pelo § 1º do art. 269 do CPC não pode ser exercida quando o destinatário da intimação for um advogado público. Isso porque a Fazenda Pública há de ser intimada pessoalmente, por carga, remessa ou por meio eletrônico.

Se a intimação deve ser pessoal e esta é considerada apenas aquela feita por carga dos autos, remessa ou meio eletrônico, não é possível realizar intimação da Fazenda Pública por ofício expedido pelo advogado da parte contrária. Não se aplica, enfim, o disposto no § 1º do art. 269 do CPC para intimação da Fazenda Pública.[46]

3.9.2 Negócio processual sobre forma de intimação

A intimação da Fazenda Pública deve ser pessoal, a ser feita por meio eletrônico, por carga ou por remessa, que são os meios adequados para que ela se realize.

É possível, porém, que, no caso concreto, tais meios sejam ineficientes, ou de impossível, custosa ou demorada realização. Por isso, a Fazenda Pública pode celebrar com a parte contrária um negócio jurídico processual, a fim de estabelecer outra forma de intimação pessoal, que se realize por oficial de justiça ou por via postal ou por outro meio que venha a ser acordado. O importante é que, em qualquer meio que se acerte, os autos estejam, desde logo, disponibilizados para a Fazenda Pública. Assim, se for feita a intimação por oficial de justiça, este deve levar consigo os autos e já entregá-los ao advogado público. Em todos os meios de intimação pessoal, seja o eletrônico, seja a remessa ou a carga, os autos já estão disponíveis para a Fazenda Pública.

Enfim, é possível haver negócio jurídico processual para fixar o meio de intimação pessoal da Fazenda Pública. Nesse sentido, o enunciado 30 do Fórum Nacional do Poder Público: "É cabível a celebração de negócio jurídico processual pela Fazenda Pública que disponha sobre formas de intimação pessoal".

---

45 NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Novo Código de Processo Civil* – Lei 13.105/2015. São Paulo: Método, 2015. p. 193.

46 Nesse sentido, o enunciado 578 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: "Em razão da previsão especial do § 1º do art. 183, estabelecendo a intimação pessoal da Fazenda Pública por carga, remessa ou meio eletrônico, a ela não se aplica o disposto no § 1º do art. 269".

IV

A PRESCRIÇÃO E AS PRETENSÕES FORMULADAS EM FACE DA FAZENDA PÚBLICA

4.1 A PRESCRIÇÃO COMO ENCOBRIMENTO DA PRETENSÃO

Tradicionalmente, entre os doutrinadores brasileiros estabeleceu-se o critério segundo o qual a prescrição consistiria na perda ou extinção do direito de ação.[1] Na verdade, a prescrição apenas atinge a eficácia da pretensão e da ação.

A prescrição não consiste na perda ou na extinção do direito de ação, sendo, isto sim, o encobrimento da *pretensão*, atingindo, por conseguinte, a ação. A prescrição serve à segurança e à paz pública,[2] sendo um limite temporal à eficácia das pretensões e das ações. Ela é, segundo Clóvis Beviláqua, "uma regra de ordem, de harmonia e de paz, imposta pela necessidade da certeza das relações jurídicas".[3] Nas palavras de Pontes de Miranda, prescrição é "a exceção, que alguém tem, contra o que não exerceu, durante certo tempo, que alguma regra jurídica fixa, a sua pretensão ou ação".[4]

A prescrição, segundo Menezes Cordeiro, tem por finalidade relevar o devedor da prova, pois, à medida que o tempo passa, ele irá ter crescente dificuldade em fazer prova do pagamento que tenha efetuado.[5]

---

1 LEAL, Antônio Luis da Câmara. *Da prescrição e da decadência*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978. p. 22; MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. v. 1, p. 288.

2 CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil*. Coimbra: Almedina, 2011. v. 5, § 18, n. IV, p. 161.

3 BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. 7. ed. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1944. v. 1, n. 1, p. 459.

4 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955. t. 6, § 662, n. 2, p. 100.

5 CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil*. Coimbra: Almedina, 2011. v. 5, p. 160.

Digitalizada com CamScanner

Há, na verdade, uma hipótese de demanda proposta contra o Poder Público que se revela imprescritível, podendo ser intentada a qualquer momento: são aquelas fundadas em alegação de tortura.

Segundo destacado em precedente do Superior Tribunal de Justiça, "A jurisprudência desta Corte é pacífica no sentido de que não se aplica a prescrição quinquenal do Decreto n. 20.910/1932 às ações de reparação de danos sofridos em razão de perseguição, tortura e prisão, por motivos políticos, afirmando a sua imprescritibilidade".[46]

Quer isso dizer que "As ações de indenização por danos morais em face de tortura praticadas por agentes do Estado durante o regime militar são imprescritíveis".[47] Em outras palavras, "A jurisprudência do STJ se firmou no sentido de serem imprescritíveis as ações de indenização decorrentes de perseguição, tortura e prisão, por motivos políticos, durante o regime militar".[48]

A tortura atinge diretamente a dignidade humana, sendo fundamental o direito de postular a reparação civil decorrente de atos de tortura. Por essa razão, o STJ entende que não há prescrição, afastando-se o disposto no Decreto 20.910/1932, sendo desnecessário, até mesmo, proclamar sua inconstitucionalidade e observar a cláusula de reserva de plenário.[49]

[46] STJ, 2ª Turma, EDcl no AgRg no REsp 1.417.171/SP, Rel. Min. Humberto Martins, j. 11.03.2014, *DJe* 18.03.2014.

[47] STJ, 1ª Turma, AgRg no REsp 1.301.122/RJ, Rel. Min. Ari Pargendler, j. 17.09.2013, *DJe* 25.09.2013.

[48] STJ, 2ª Turma, AgRg no AREsp 330.242/RS, Rel. Min. Herman Benjamin, j. 22.10.2013, *DJe* 05.12.2013. *No mesmo sentido:* STJ, 2ª Turma, AgRg no AREsp 266.082/RS, Rel. Min. Herman Benjamin, j. 11.06.2013, *DJe* 24.06.2013.

[49] STJ, 2ª Turma, AgRg no AREsp 188.288/MG, Rel. Min. Eliana Calmon, j. 02.05.2013, *DJe* 10.05.2013.

V

A FAZENDA PÚBLICA COMO RÉ

5.1 A CITAÇÃO DA FAZENDA PÚBLICA

A citação, nos termos do art. 238 do CPC, é o ato de comunicação processual por meio do qual se chama a juízo o réu, o executado ou o interessado, a fim de integrar a relação processual. Em outras palavras, com a citação, o réu adquire a condição de parte.

No processo de conhecimento, o réu é convocado para comparecer à audiência de mediação ou conciliação (CPC, art. 334). Nos termos do enunciado 273 do Fórum Permanente de Processualistas Civis, "Ao ser citado, o réu deverá ser advertido de que sua ausência injustificada à audiência de conciliação ou mediação configura ato atentatório à dignidade da justiça, punível com a multa do art. 334, § 8º, sob pena de sua inaplicabilidade".

A simples circunstância de a Fazenda Pública ser ré não impede nem dispensa a realização da audiência prevista no art. 334 do CPC.[1] Proposta uma demanda contra a Fazenda Pública, esta, desde que autorizada a celebrar autocomposição, há de ser citada para comparecer à audiência de mediação ou conciliação (CPC, art. 334).

É possível que a Fazenda Pública não esteja autorizada a celebrar, naquela situação ou naquele tipo de demanda, autocomposição. Em hipóteses assim, a designação da audiência consiste em perda de tempo, conspirando contra a duração razoável do processo.[2] O caso é de não designação da audiência, enquadrando-se na hipótese de impossibilidade de autocomposição (CPC, art. 334, § 4º, II).[3] Por isso,

[1] A propósito, assim esclarece o enunciado 673 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: "A presença do ente público em juízo não impede, por si, a designação da audiência do art. 334".

[2] "A audiência de conciliação do art. 334 somente é cabível para a Fazenda Pública se houver autorização específica para os advogados públicos realizarem acordos" (enunciado 33 do Fórum Nacional do Poder Público).

[3] Nesse sentido, o enunciado 54 do Fórum Nacional do Poder Público: "Quando a Fazenda Pública der publicidade às hipóteses em que está autorizada a transigir, deve o juiz dispensar

Digitalizada com CamScanner

tal como explicita o enunciado 573 do Fórum Permanente de Processualistas Civis, "As Fazendas Públicas devem dar publicidade às hipóteses em que seus órgãos de Advocacia Pública estão autorizados a aceitar autocomposição".[4]

Estando autorizada a celebrar autocomposição, a Fazenda Pública será citada para comparecer à audiência prevista no art. 334 do CPC, podendo, nela, efetuar a autocomposição ou, até mesmo, celebrar negócios jurídicos processuais.[5] Para celebrar negócios jurídicos processuais, não é necessária prévia autorização,[6] como está esclarecido no item 16.4.3 *infra*.

Não obtida a autocomposição ou não sendo esta possível (CPC, art. 334, § 4º), o réu poderá, querendo, apresentar resposta. Na execução, o executado é convocado para pagar ou apresentar embargos. Pode-se, então, dizer que, com a citação, dá-se ciência ao réu de que há uma demanda proposta em face dele, ao tempo em que se efetiva sua convocação para vir a juízo defender-se.[7]

É pela citação que se transforma um terceiro em parte. O réu somente adquire a condição de parte quando é citado, passando a integrar a relação jurídica processual. Antes da citação, o processo já existe, havendo relação jurídica processual apenas entre o autor e o juiz (CPC, art. 312). Com a citação, o réu passa a integrar a relação jurídica processual, ocorrendo sua *angulação*: passa a relação jurídica processual a se formar entre autor, juiz e réu.

Em razão da citação, o réu vincula-se ao processo e a seus efeitos, passando a integrar a relação processual.

A citação efetiva-se, consoante estabelece o art. 246 do CPC, por 5 (cinco) meios distintos:

a) pelo correio;
b) por oficial de Justiça;
c) pelo escrivão ou chefe de secretaria, se o citando comparecer em cartório;

a realização da audiência de mediação e conciliação, caso o direito discutido na ação não se enquadre em tais situações". No mesmo sentido, o enunciado 24 da I Jornada de Direito Processual Civil, do Conselho da Justiça Federal: "Havendo a Fazenda Pública publicizado ampla e previamente as hipóteses em que está autorizada a transigir, pode o juiz dispensar a realização da audiência de mediação e conciliação, com base no art. 334, § 4º, II, do CPC, quando o direito discutido na ação não se enquadrar em tais situações".

No mesmo sentido, o enunciado 16 do Fórum Nacional do Poder Público: "A Administração Pública deve publicizar as hipóteses em que está autorizada a transacionar".

Nesse sentido, o enunciado 628 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: "As partes podem celebrar negócios jurídicos processuais na audiência de conciliação ou mediação".

Assim, o enunciado 98 do Fórum Nacional do Poder Público: "Não é necessário (*sic*) autorização legislativa específica para que os advogados públicos possam celebrar negócios processuais, ficando vinculados aos parâmetros legais e aos administrativos eventualmente fixados pelos respectivos órgãos de direção".

CORREIA, André de Luizi. *A citação no direito processual civil brasileiro*. São Paulo: RT, 2001. n. 2.1, p. 31.

d) por edital;
e) por meio eletrônico, conforme regulado em lei.[8]

Tramitando o processo em autos de papel, a regra geral é a de que a citação se realize pelo correio, para qualquer comarca do país (CPC, art. 247). A citação postal, nos termos do enunciado 429 da Súmula do STJ,[9] exige o aviso de recebimento.

Tal regra comporta exceções que estão previstas no próprio art. 247 do CPC, dentre as quais se destaca, na espécie, a hipótese prevista no inciso III do referido dispositivo. Em outras palavras, quando for ré pessoa jurídica de direito público, ou seja, sendo a Fazenda Pública ré numa demanda, sua citação *não* deve ser feita pelo correio.

A citação da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e de suas respectivas autarquias e fundações de direito público será realizada perante o órgão de Advocacia Pública responsável por sua representação judicial (CPC, art. 242, § 3º).

Quando a Fazenda Pública for ré, sua citação deve ser feita por oficial de Justiça. A citação da Fazenda Pública deve ser realizada, por oficial de Justiça, perante o órgão de Advocacia Pública responsável por sua representação judicial (CPC, art. 242, § 3º), tal como já esclarecido nos itens 1.3 a 1.7 *supra*.

A necessidade de citação da Fazenda Pública por oficial de Justiça tem razão de ser. Sua justificativa resulta da burocracia interna da Administração Pública. Sendo inerente à atividade pública a formalidade dos atos administrativos, cumpre revestir o ato de comunicação processual de maiores cuidados, a fim de evitar descontroles, desvios, perdas ou extravios de documentos, aí incluída a citação como ato de comunicação processual.

Enfim, a citação da Fazenda Pública deve ser feita por meio de oficial de Justiça (CPC, art. 247, III), não devendo realizar-se por edital. As pessoas jurídicas de direito público são conhecidas, tendo endereço conhecido, certo e acessível. Não incide qualquer uma das hipóteses previstas no art. 256 do CPC, sendo evidente a impossibilidade de a Fazenda Pública ser citada por edital.

Quando o processo tramitar em autos eletrônicos, a citação da Fazenda Pública deve ser feita, preferencialmente, por meio eletrônico. Aos entes públicos cabe, aliás, manter cadastro nos sistemas de processo em autos eletrônicos, para efeito de citações e intimações, as quais serão efetuadas preferencialmente por esse meio (CPC, art. 246, §§ 1º e 2º). É por isso que a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e suas respectivas entidades da Administração indireta devem cadastrar-se,

8 A Lei 11.419, de 19 de dezembro de 2006, dispõe sobre a informatização do processo judicial, admitindo a comunicação de atos processuais por meio eletrônico, nos termos e nas condições ali previstos.

9 "429. A citação postal, quando autorizada por lei, exige o aviso de recebimento."

Digitalizada com CamScanner

no prazo de 30 (trinta) dias a contar da data da entrada em vigor do CPC, perante administração do tribunal (CPC, art. 1.050).

A citação da Fazenda Pública, feita por meio eletrônico, depende da acessibilidade da íntegra dos autos ao ente público, e caso ele tenha se cadastrado previamente no Poder Judiciário mediante procedimento no qual esteja assegurada sua adequada identificação presencial, tudo de acordo com regulamentação a ser feita pelos respectivos órgãos judiciários (Lei 11.419/2006, arts. 2º, 5º e 6º). O cadastramento há de ser feito tal como previsto no art. 1.050 do CPC.

Nos processos eletrônicos, todas as citações, inclusive da Fazenda Pública, serão feitas por meio eletrônico, na forma da citada Lei 11.419/2006. Quando, por motivo técnico, for inviável o uso do meio eletrônico para a realização da citação, esta deverá ser realizada pela forma tradicional, ou seja, por meio de oficial de justiça, digitalizando-se o documento físico, que deverá ser posteriormente destruído.

5.2 A TEORIA DA APARÊNCIA E A CITAÇÃO DA FAZENDA PÚBLICA

A citação contém a nota da *pessoalidade*, significando dizer que deve ser feita *pessoalmente* ao réu (CPC, art. 242). Daí dizer ser "ônus do autor desincumbir-se de saber quem efetivamente deve receber a citação".[10]

Diante disso, não se poderia considerar sanado o vício da citação não realizada pessoalmente, por ter sido feita em pessoa que aparentaria ser quem deveria efetivamente ter recebido a citação.

A teoria da aparência permite que se tenha por sanada a citação feita em pessoa que aparentemente pudesse ter poderes para tê-la recebido. É isso que caracteriza a teoria da aparência. De fato, "segundo esta teoria, é válido o ato citatório feito em pessoa que, estando no estabelecimento comercial (ou na sede da pessoa jurídica demandada), aparenta ter poderes para receber citação, mormente quando tal ato induz certeza de que o destinatário tomou efetivo conhecimento da demanda".[11]

Em regra, diante do princípio da pessoalidade da citação, não se deveria aceitar a teoria da aparência. Na verdade, essa teoria somente deve ser aceita nas hipóteses dos §§ 2º e 4º do art. 248 do CPC, ou seja:

a) quando, sendo o citando pessoa jurídica, a entrega da carta de citação for feita a pessoa com poderes de gerência geral ou de administração ou, ainda, a funcionário responsável pelo recebimento de correspondências;

b) quando, nos condomínios edilícios ou nos loteamentos com controle de acesso, a carta de citação for entregue a funcionário da portaria responsável pelo recebimento de correspondência, sem recusar o recebimento nem declarar a ausência do destinatário.

[10] WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do processo e da sentença*. 4. ed. São Paulo: RT, 1997. p. 279.

[11] CORREIA, André de Luizi. *A citação no direito processual civil brasileiro*. São Paulo: RT, 2001. n. 10.8, p. 348.

Essas hipóteses ajustam-se ao entendimento do STJ, segundo o qual "é de se aplicar a teoria da aparência para reconhecer a validade da citação da pessoa jurídica realizada em quem, na sua sede, se apresenta como sua representante legal e recebe a citação sem qualquer ressalva quanto a inexistência de poderes para representá-la em Juízo".[12]

Nesses casos, e somente neles, deve-se aceitar a aplicação da teoria da aparência, que constitui corolário do princípio da lealdade e boa-fé. É que, recebendo o funcionário da empresa a citação sem qualquer ressalva, dando a entender que teria poderes para tanto, ou seja, *aparentando* ter poderes para recebê-la, deve-se presumir válida a citação.

A citação, fora dessas hipóteses, deve ser feita pessoalmente, sob pena de nulidade.

Por aí já se vê que não se aplica a teoria da aparência nas citações feitas a pessoas jurídicas de direito público. É que a citação da Fazenda Pública, como se viu, não se faz pelo correio, devendo, isto sim, ser realizada por oficial de Justiça, a quem compete citar o réu pessoalmente (CPC, art. 251). Quando feita por meio eletrônico, a citação deve atender aos requisitos da legislação de regência, observado o cadastramento prévio realizado.

A teoria da aparência tem sua gênese, a bem da verdade, no antigo Direito Comercial, sendo ali aplicada com vistas a conferir validade a negócios celebrados por quem não tinha poderes de representação, mas aparentava tê-los.[13] No Direito Processual Civil, a teoria da aparência "(...) surgiu como reação à circunstância de os representantes legais das pessoas jurídicas nunca estarem no estabelecimento comercial ou colocarem à sua testa pessoas sem o devido e específico mandado para receber citações, com o nítido intuito de se beneficiarem com a nulidade do ato citatório".[14]

Ora, a Fazenda Pública, a toda evidência, não se encarta nessa situação. Os representantes legais da Fazenda Pública têm a função específica de presentá-la em juízo ou fora dele, não se furtando ao recebimento da citação, sob pena de caracterização de desvio funcional.

Além do mais, já se viu quais os casos em que se considera aceitável a aplicação da teoria da aparência. Eles podem ser assim desdobrados:[15]

[12] STJ, Corte Especial, EREsp 156.970/SP, Rel. Min. Vicente Leal, j. 02.08.2000, *DJ* 22.10.2001, p. 261. *No mesmo sentido:* STJ, 4ª Turma, AgRg no AREsp 163.210/RJ, Rel. Min. Luís Felipe Salomão, j. 18.02.2014, *DJe* 24.02.2014.

[13] Para mais detalhes sobre a teoria da aparência, *conferir:* KÜMPEL, Vitor Frederico. *Teoria da aparência no Código Civil de 2002*. São Paulo: Método, 2007.

[14] CORREIA, André de Luizi. *A citação no direito processual civil brasileiro*. São Paulo: RT, 2001. n. 10.8, p. 348.

[15] CORREIA, André de Luizi. *A citação no direito processual civil brasileiro*. São Paulo: RT, 2001. p. 348-361.

Digitalizada com CamScanner

a) quando a citação é realizada na pessoa de quem se apresenta ao oficial de Justiça, como se fosse o representante da pessoa jurídica, sem nada alegar quanto à falta de poderes para receber citação;

b) quando a pessoa que recebe a citação, além de se apresentar ao oficial como representante legal da pessoa jurídica, assina o mandado sob o carimbo da empresa;

c) quando a citação é feita pelo correio e a carta de citação é recebida pelo setor de correspondência da empresa, sendo assinado o aviso de recebimento, sem qualquer ressalva;

d) quando a citação é recebida por funcionário que exerce a gerência ou administração de fato da empresa.

Como se observa, a Fazenda Pública não se encaixa nesses exemplos em que se permite a aplicação da teoria da aparência. Impõe-se, desde logo, recordar que sua citação não é feita pelo correio. Ora, a maioria das hipóteses de aplicação da teoria da aparência ocorre em casos de citação pelo correio.

Demais disso, a citação deve ser feita na pessoa do representante legal da Fazenda Pública. A citação recebida por funcionário que não ostente a condição de representante legal da Fazenda Pública é nula, não sendo, em princípio, aplicável a teoria da aparência.

A citação da Fazenda Pública, como já se viu, é feita por oficial de Justiça, devendo, então, aplicar-se com mais vigor a regra da *pessoalidade* da citação. A citação deve ser realizada na pessoa do representante legal da Fazenda Pública, sob pena de nulidade.

Desde que haja norma expressa, é possível haver *delegação* da competência do representante legal da Fazenda Pública para receber citação. De fato, "a competência administrativa, sendo um requisito de ordem pública, é intransferível e improrrogável pela vontade dos interessados. Pode, entretanto, ser delegada e avocada, desde que o permitam as normas reguladoras da Administração".[16]

Não parece, por tudo isso, que se possa aplicar a teoria da aparência quanto à citação da Fazenda Pública. De todo modo, não custa lembrar que o comparecimento espontâneo do réu supre a falta ou nulidade da citação (CPC, art. 239, § 1º), sendo igualmente certo que a falta de prejuízo ou o atendimento à finalidade legal suprem o vício da citação feita a pessoa que não detenha poderes de representação da Fazenda Pública.

[16] MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro.* 23. ed. atual. por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 133.

5.3 AS POSSÍVEIS ATITUDES DO RÉU

Uma vez citado, o réu pode (a) reconhecer a procedência do pedido, (b) apresentar resposta ou (c) quedar-se inerte, passando a ser revel.

Tradicionalmente, não se admitia que a Fazenda Pública reconhecesse a procedência do pedido. Sendo indisponível o direito tutelado pela Fazenda Pública, parecia não ser possível haver o reconhecimento da procedência do pedido. A indisponibilidade, entretanto, comporta gradações. Em algumas situações, embora o bem jurídico seja indisponível, outras normas constitucionais podem justificar que, mediante lei, o Poder Público renuncie a determinadas consequências, decorrências ou derivações do bem indisponível. Daí ser possível, por exemplo, a autoridade fazendária, mediante lei, autorizar remissão ou anistia do crédito fiscal.[17]

Em razão do princípio da legalidade (CF, art. 37), a Administração Pública, uma vez constatando que não tem razão em determinado conflito, tem o dever de dar cumprimento ao direito da parte contrária. Se não há direito em favor do Poder Público, não se pode falar em interesse público, justamente porque atender ao interesse público é cumprir deveres e reconhecer e respeitar direitos do administrado. Para dar cumprimento ao direito da parte contrária, não é preciso que haja decisão judicial; é possível a própria Administração Pública, em atenção aos princípios da legalidade, da moralidade e da impessoalidade, desde que observado o devido processo administrativo, fazer cumprir o direito do particular.

Ainda que a questão seja posta ao crivo do Poder Judiciário, cabe à Administração Pública, ao verificar que o particular tem razão, atender ao seu pleito e reconhecer a procedência do pedido. A circunstância de ter sido a questão judicializada não impede que haja o reconhecimento do direito, justamente por estar o Poder Público submetido ao princípio da legalidade.

Nas palavras de Eduardo Talamini:

> Sustentar o contrário – sustentar que, uma vez instaurado o processo, o Estado não teria mais o dever de reconhecer que está errado – significaria imaginar que a litispendência imuniza a Administração de seu dever maior, de submeter-se à legalidade. Significaria supor que o processo, fenômeno eminentemente instrumental, teria o condão jurídico-material de mudar os parâmetros de legalidade, os critérios do correto agir público.
>
> É por isso que, mesmo com um processo em curso, permanece a possibilidade de o ente público reconhecer sua falta de razão e pôr fim ao litígio. Mais do que possibilidade, a Administração tem o dever de agir assim.[18]

[17] TALAMINI, Eduardo. A (in)disponibilidade do interesse público: consequências processuais (composições em juízo, prerrogativas processuais, arbitragem e ação monitória). *Revista de Processo,* São Paulo: RT, v. 128, out. 2005, p. 60.

[18] TALAMINI, Eduardo. A (in)disponibilidade do interesse público: consequências processuais (composições em juízo, prerrogativas processuais, arbitragem e ação monitória). *Revista de Processo,* São Paulo: RT, v. 128, out. 2005, p. 65.

Digitalizada com CamScanner

É possível, então, haver o reconhecimento da procedência do pedido. Para isso, é necessário:

a) prévio processo administrativo, por meio do qual a Administração Pública averigue e conclua objetivamente que não há razão na defesa a ser apresentada em juízo;
b) haver prévia autorização da autoridade administrativa competente para o cumprimento da obrigação exigida pelo particular (não sendo um ato autônomo do advogado público);
c) que o reconhecimento seja objeto de fiscalização pelos órgãos de controle, a exemplo do Poder Legislativo, do Tribunal de Contas, entre outros;
d) respeitar a isonomia e a impessoalidade, de sorte que, havendo demandas repetitivas ou diversos casos em idêntica situação de conflito com a Administração Pública, o reconhecimento deve ocorrer em todos os casos, não sendo possível haver escolha ou seleção arbitrária de apenas alguns dos casos. Nessa hipótese, é cabível até mesmo um ato geral regulando as condições da autocomposição.

Atendidas essas diretrizes, é possível haver o reconhecimento da procedência do pedido.[19]

[19] Nos termos do art. 19 da Lei nº 10.522/2002, com a redação que lhe foi dada pela Lei nº 13.874/2019, a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional fica dispensada de contestar, nas hipóteses ali mencionadas. Tal disposição aplica-se à Procuradoria-Geral da União, à Procuradoria-Geral Federal e à Procuradoria-Geral do Banco Central do Brasil, de acordo com o art. 19-D daquela mesma lei, sem prejuízo do disposto na Lei nº 9.469/1997. Em vários casos, não devem os advogados públicos federais contestar. A ausência de contestação e o reconhecimento da procedência do pedido são equivalentes pragmaticamente. Assim, se houver parecer, vigente e aprovado, pelo Procurador-Geral da Fazenda Nacional, pelo Advogado-Geral da União ou por um dos Procuradores-Gerais de uma das Procuradorias acima mencionadas que conclua no mesmo sentido do pleito do particular, ou se o tema objeto da pretensão estiver fundado em dispositivo que tenha tido sua inconstitucionalidade proclamada pelo STF em sede de controle difuso ou tenha sua vigência suspensa por resolução do Senado Federal, ou sobre ele exista enunciado de súmula vinculante ou tenha sido definido pelo STF em controle concentrado de constitucionalidade de modo contrário ao Poder Público, não deve ser apresentada contestação. Essas hipóteses de dispensa de contestação podem ser estendidas a tema não abrangido pelo julgado paradigma ou pelo precedente obrigatório, quando a ele forem aplicáveis os fundamentos determinantes dali extraídos, desde que inexista outro fundamento relevante que justifique a impugnação em juízo (§ 9º do art. 19 da Lei nº 10.522/2002, com a redação que lhe foi dada pela Lei nº 13.874/2019). Também se dispensa a contestação quando o tema decidido pelo STF em matéria constitucional ou pelo STJ, pelo TST, pelo TSE ou pela TNU, nos temas de suas competências, for definido em sede de repercussão geral ou de recurso repetitivo, ou, então, não houver viabilidade de reversão da tese firmada em sentido desfavorável à Fazenda Nacional, conforme critérios definidos em ato do Procurador-Geral da Fazenda Nacional, ou for desfavorável a qualquer outro ente da Administração Pública Federal, conforme critérios definidos em ato do Advogado-Geral da União ou do Procurador-Geral do Banco Central do Brasil. De acordo com o art. 18-A da Lei nº 10.522/2002, na redação que lhe foi dada pela Lei nº 13.874/2019, "Comitê formado de integrantes do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, da Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil do Ministério da Economia e da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional editará enunciados de súmula da administração tributária federal, conforme o disposto em ato do Ministro de Estado da Economia, que deverão ser observados nos atos administrativos, normativos e decisórios praticados pelos referidos órgãos". Tais enunciados, segundo dispõe o inciso VII do art. 19 da Lei nº 10.522/2002, com a redação que lhe foi dada pela Lei nº 13.874/2019, autorizam a dispensa de contestação.

[20] Nesse sentido, o enunciado 114 do Fórum Nacional do Poder Público: "A necessária submissão ao procedimento de ofício requisitório não é obstáculo para a aplicação do benefício do art. 90, § 4º, do CPC no que se refere ao reconhecimento do pedido pelo Poder Público".

Havendo reconhecimento da procedência do pedido, com atendimento imediato à pretensão do autor, a Fazenda Pública deve ser beneficiada pela regra do § 4º do art. 90 do CPC, devendo ser condenada apenas ao pagamento da *metade* do valor dos honorários de advogado da parte autora.[20] A regra contém um estímulo ao reconhecimento da procedência do pedido pela Fazenda Pública, quando cumpridas as exigências acima enunciadas.

Em vez do reconhecimento da procedência do pedido, têm-se celebrado transações, quando haja lei conferindo essa possibilidade ao Procurador-Geral ou ao Advogado-Geral da pessoa jurídica de direito público, o qual autoriza ao procurador daquele processo específico celebrar a transação, tal como se examina, com mais detalhes, no Capítulo XVI.

Não sendo caso de reconhecimento da procedência do pedido nem de autocomposição, a Fazenda Pública, quando citada, poderá, então, apresentar resposta ou quedar-se inerte. A resposta, como se sabe, compreende a contestação, os incidentes de suspeição e impedimento e a reconvenção, esta apresentada dentro da contestação. A defesa propriamente dita está contida na contestação, que contém algumas regras a serem examinadas adiante.

Cumpre, antes disso, verificar a situação em que a Fazenda Pública apresenta-se como revel no processo.

5.4 A REVELIA E A FAZENDA PÚBLICA

Os atos que as partes praticam no processo decorrem do exercício de ônus, deveres, poderes e faculdades. Na realidade, a parte tem o *ônus* de exercer os atos processuais, não estando obrigada a praticá-los. Daí por que, caso a parte não os exerça, não sofrerá sanção nem será obrigada a fazê-lo, mas passará a deter uma *posição de desvantagem* no processo.

Assim, o réu é citado para, tomando ciência da demanda proposta pelo autor, vir a juízo defender-se. Não está ele obrigado a comparecer em juízo nem a

Digitalizada com CamScanner

apresentar sua defesa. Se não o fizer, porém, será revel, assumindo uma posição de desvantagem no processo, visto que serão, via de regra, produzidos os efeitos da revelia: (a) os fatos narrados pelo autor serão reputados verdadeiros e (b) os prazos correrão contra o réu, independentemente de intimação.

Vale dizer que *o réu revel é aquele que não contesta*. Não vindo o réu a apresentar contestação, será revel. É que *a revelia significa ausência de contestação*. Havendo revelia, cumpre perquirir se ela produz seus efeitos.

Já se viu que a revelia produz 2 (dois) efeitos: um material e outro processual. O efeito material da revelia consiste em se presumirem verdadeiros os fatos alegados pelo autor (CPC, art. 344). Por sua vez, o efeito processual identifica-se com a dispensa de intimação do réu para os atos do processo, de sorte que os prazos correrão independentemente de sua intimação (CPC, art. 346).

Sendo ré a Fazenda Pública, e não apresentando contestação, é ela revel. Nesse caso, impõe-se verificar se os efeitos da revelia são produzidos normalmente.

O efeito processual da revelia, que consiste na dispensa de intimação do réu para os atos do processo (CPC, art. 346), somente se produz se o réu, além de não contestar, não comparecer nos autos. Tal efeito, em outras palavras, somente é produzido se, e enquanto, o réu não atua no processo. A partir do momento em que o réu comparece nos autos, cessa o efeito processual da revelia. Realmente, "se o réu, embora já esgotado o prazo para contestar, constituir advogado e passar a atuar regularmente no processo, não há razão para privá-lo da ciência dos atos do processo".[21]

Pode acontecer, entretanto, de o réu, quando ocorrida a revelia, já estar no processo, não chegando nem sequer a ser produzido o efeito processual previsto no art. 346 do CPC. Suponha-se a hipótese de o réu, uma vez citado, oferecer alegação de impedimento. Esta, como se sabe, suspende o processo e consequentemente, o prazo para contestação (CPC, arts. 221 e 313, III). Imagine-se que a alegação venha a ser rejeitada e, intimado o réu da decisão, não apresenta contestação, escoando-se *in albis* o prazo restante que faltava para tanto. Nesse caso, o réu será revel, mas deverá ser intimado dos atos processuais, não incidindo a regra contida no art. 346 do CPC.

Enfim, o efeito previsto no art. 346 do CPC somente se opera quando o réu, além de revel, não comparece nos autos. Vindo a comparecer ou já estando nos autos no momento em que ocorrida a revelia, tal efeito não se produz.

Aliás, o próprio art. 346 do CPC dispõe que "os prazos contra o *revel que não tenha patrono* nos autos fluirão da data de publicação do ato decisório no órgão oficial".

Essa situação, contudo, não é privativa da Fazenda Pública. Aplica-se para a situação de qualquer réu.

[21] BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Código de Processo Civil interpretado*. Antonio Carlos Marcato (coord.). São Paulo: Atlas, 2004. n. 2 ao art. 322, p. 974.

Resta verificar se o efeito material da revelia se aplica quando o revel for a Fazenda Pública.

Havendo revelia, são presumidos como verdadeiros os fatos alegados pelo autor em sua petição inicial. Esse, como visto, é o efeito material da revelia, previsto no art. 344 do CPC.

O direito da Fazenda Pública é *indisponível*, devendo o magistrado, mesmo na hipótese de revelia, determinar a instrução do feito para que a parte autora possa se desincumbir do seu *onus probandi*. Aliás, assim dispõe o art. 345, II, do CPC: "A revelia não produz o efeito mencionado no art. 344 se: II – o litígio versar sobre direitos indisponíveis".

À evidência, a revelia, sendo ré a Fazenda Pública, *não* produz seu efeito material,[22] de maneira que não haverá presunção de veracidade quanto aos fatos alegados pelo autor na petição inicial.[23]

Como se sabe, os atos públicos presumem-se legítimos. Por isso, cabe ao autor, numa demanda proposta em face da Fazenda Pública, demonstrar, e *comprovar*, as alegações contidas em sua petição inicial. Não o fazendo, mediante a produção de qualquer prova, só restará a consequência da improcedência.[24]

Em outras palavras, cabe ao autor, numa demanda proposta em face da Fazenda Pública, elidir a presunção de legitimidade dos atos administrativos, comprovando as alegações feitas na petição inicial. Segundo esclarece Chaïm Perelman, presunções como essas se justificam essencialmente por preocupações de *segurança jurídica*. No caso da presunção de legitimidade dos atos administrativos, o objetivo não é,

[22] STJ, 6ª Turma, AgRg no REsp 1.170.170/RJ, Rel. Min. Og Fernandes, j. 1º.10.2013, *DJe* 09.10.2013; STJ, 2ª Turma, REsp 1.701.959/SP, Rel. Min. Herman Benjamin, j. 08.05.2018, *DJe* 23.11.2018; STJ, 1ª Turma, AgInt no AREsp 1.171.685/PR, Rel. Min. Gurgel de Faria, j. 02.08.2018, *DJe* 21.08.2018.

[23] "Nas ações propostas contra pessoas jurídicas de direito público, de acordo com o art. 320, II, do CPC [de 1973], não opera o efeito da presunção de veracidade dos fatos alegados pelo autor se a Fazenda Pública for ré, o que não quer dizer que, necessariamente, em todas as ações que envolvam pessoa jurídica de direito público seja obrigatória a intervenção do MP" (MEDEIROS, Maria Lúcia L. C. de. *A revelia sob o aspecto da instrumentalidade*. São Paulo: RT, 2003. n. 3.1.1, p. 130). No âmbito da Justiça do Trabalho, o TST entende que a revelia produz seu efeito material contra o Poder Público. É o que se extrai da OJ-SDI1-152: "pessoa jurídica de direito público sujeita-se à revelia prevista no artigo 844 da CLT". No sentido contrário, ou seja, entendendo que não se produz o efeito material da revelia para a Fazenda Pública no processo do trabalho, o enunciado 93 do Fórum Nacional do Poder Público: "Não se operam os efeitos da revelia no caso de não comparecimento de advogado público ou preposto à audiência trabalhista". Em precedente específico, o STJ entendeu que, inserida em relação de direito privado, sem características próprias da relação administrativa, a Fazenda Pública sujeita-se, sim, aos efeitos materiais da revelia: STJ, 4ª Turma, REsp 1.084.745/MG, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 06.11.2012, *DJe* 30.11.2012.

[24] STJ, 2ª Turma, AgRg no REsp 1.137.177/SP, Rel. Min. Humberto Martins, j. 18.02.2010, *DJe* 02.03.2010.

Digitalizada com CamScanner

propriamente, a garantia da segurança jurídica, mas a facilitação do exercício da função pública. Desse modo, prevalece a legitimidade do ato administrativo enquanto prova em contrário não houver sido produzida no decorrer do processo.[25]

A revelia acarreta o julgamento antecipado do mérito (CPC, art. 355, II), justamente porque se opera a presunção de veracidade dos fatos alegados pelo autor. Significa que já há incontrovérsia, não havendo mais necessidade de prova (CPC, art. 374, III). Sendo ré a Fazenda Pública, não exsurge tal incontrovérsia, ainda que haja revelia.

Isso, contudo, não significa que estará, sempre, afastada a possibilidade de julgamento antecipado do mérito, quando for ré a Fazenda Pública. Havendo a revelia da Fazenda Pública, não estarão, somente por essa circunstância, comprovados os fatos alegados pelo autor. É possível, todavia, que os fatos alegados estejam, todos eles, suficientemente comprovados por documentos. Nesse caso, haverá julgamento antecipado do mérito, não porque houve revelia (CPC, art. 355, II), mas por não haver mais necessidade de outras provas, já que suficientes os documentos contidos nos autos (CPC, art. 355, I).

O que importa deixar assente é que, sendo ré a Fazenda Pública, não se opera, quanto aos fatos alegados pelo autor, a presunção de veracidade decorrente da revelia. Sabe-se que a presunção de veracidade gerada pela revelia é relativa, e não absoluta, admitindo prova em contrário. A revelia, por si só, não tem o condão de afastar a presunção de legitimidade dos atos administrativos. Daí a necessidade de haver prova a ser produzida pelo autor, mesmo que a Fazenda Pública ostente a condição de revel.

5.5 A CONTESTAÇÃO APRESENTADA PELA FAZENDA PÚBLICA

A contestação, que é uma modalidade de resposta do réu, submete-se a 3 (três) regras:

a) concentração;
b) eventualidade;
c) ônus da impugnação especificada dos fatos.

Cumpre ao réu concentrar, na contestação, toda matéria de defesa. O que não for alegado estará precluso, não podendo mais ser invocado no processo. Depois de apresentada a contestação, não é mais lícito ao réu deduzir novas alegações, salvo quando (a) relativas a direito superveniente; (b) competir ao juiz delas conhecer de ofício; (c) por expressa autorização legal, puderem ser formuladas em qualquer tempo e juízo (CPC, art. 342). Eis a regra da concentração, que mantém íntima ligação com o instituto da preclusão.

[25] PERELMAN, Chaïm. *Lógica jurídica*. Trad. Vergínia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 2000. n. 22, p. 44-45.

Já a regra da eventualidade resulta do disposto no art. 336 do CPC. Cabe ao réu concentrar, em sua contestação, toda matéria de defesa (CPC, art. 336), apresentando todos os argumentos que tiver, ainda que contraditórios entre si, pois, na eventualidade de ser rejeitado o primeiro, haverá um segundo; na eventualidade de ser rejeitado o segundo, haverá um terceiro e assim por diante.

As matérias que não forem alegadas na contestação não poderão mais ser invocadas pelo réu, salvo nas exceções previstas no art. 342 do CPC.

Daí se percebe que a regra da eventualidade também decorre da regra da concentração, pois o réu deve, na contestação, concentrar toda matéria de defesa, valendo-se de todos os argumentos que tiver em seu favor, ainda que contraditórios entre si, para que sempre haja um a ser apreciado, na eventualidade da rejeição do anterior.

A exemplo de qualquer pessoa que figure como réu, a Fazenda Pública sujeita-se tanto à regra da concentração como à da eventualidade, devendo concentrar, em sua contestação, toda matéria de defesa, sob pena de preclusão, não podendo mais alegar novos argumentos, salvo nas exceções do art. 342 do CPC, que incidem em qualquer caso, independentemente de quem seja o réu.

A peculiaridade da Fazenda Pública como ré está na sua não sujeição ao *ônus da impugnação especificada dos fatos*.

Cabe ao réu – nos termos do art. 341 do CPC – manifestar-se precisamente sobre os fatos narrados na petição inicial, presumindo-se verdadeiros aqueles não impugnados. Tal presunção não se opera se não for admissível, a respeito dos fatos não impugnados, a confissão (CPC, art. 341, I). Ora, já se viu que o direito da Fazenda Pública é indisponível, não sendo admissível, no tocante aos fatos que lhe dizem respeito, a confissão.

Além da indisponibilidade do direito e da inadmissibilidade da confissão, a não sujeição da Fazenda Pública ao *ônus da impugnação especificada dos fatos* decorre da presunção de legitimidade dos atos administrativos. Conforme já restou acentuado no item anterior, os atos administrativos presumem-se legítimos, cabendo ao autor, numa demanda proposta em face da Fazenda Pública, elidir tal presunção de legitimidade.[26]

Assim, mesmo que não impugnado especificamente determinado fato, deve o autor comprová-lo, pois a ausência de impugnação não fará com que se opere a

[26] Há uma corrente doutrinária que defende ser da Fazenda Pública o ônus da prova de demonstrar a legitimidade de seu ato, pois a presunção de legitimidade cessaria com o ajuizamento de uma demanda em que se questiona sua validade ou legitimidade. A partir daí, caberia à Fazenda Pública o ônus da prova quanto à legitimidade do ato, não devendo ser carreado ao particular o ônus de comprovar o contrário. Não prevalece, contudo, tal entendimento. Para maiores detalhes, consultar, por todos: GUEDES, Damian. A presunção de veracidade dos atos da Administração Pública e o processo administrativo: o dever de fiscalizar provando. *Interesse Público*, Porto Alegre: Notadez, v. 35, jan.-fev. 2006, p. 99-125.

Digitalizada com CamScanner

presunção de veracidade prevista no *caput* do art. 341 do CPC. Na verdade, sendo ré a Fazenda Pública, incide a exceção contida no inciso I do referido art. 341, não estando sujeita ao *ônus da impugnação especificada dos fatos.*

Ainda que se entenda – por hipótese – não ser vedada a confissão pelo representante da Fazenda Pública, deve-se concluir pela aplicação, na espécie, da exceção contida no inciso I do art. 341 do CPC. É que as regras de Direito Processual Civil integram um sistema: o processual. E, como todo sistema, este deve conter unidade e coerência. Ora, se a revelia, como visto no item anterior, não produz o efeito do art. 344, quando for ré a Fazenda Pública (CPC, art. 345, II), não se deve, de igual modo, sujeitá-la ao *ônus da impugnação especificada dos fatos.* O art. 341 deve compatibilizar-se com o art. 344.

5.6 DESISTÊNCIA DA AÇÃO[27] PROPOSTA EM FACE DA FAZENDA PÚBLICA

Os atos das partes, uma vez praticados, produzem efeitos *imediatos* no processo, gerando a pronta e instante modificação, constituição ou extinção de direitos processuais (CPC, art. 200). O *único* ato das partes que *não* produz efeitos imediatos é a desistência da ação, a qual deve ser requerida por advogado que detenha poderes especiais para tanto (CPC, art. 105). Sua eficácia somente se opera depois de homologada por sentença (CPC, art. 200, parágrafo único), que irá extinguir o processo sem resolução do mérito (CPC, art. 485, VIII).

Enquanto não apresentada a contestação do réu, o autor poderá, unilateralmente, desistir da ação (CPC, art. 485, § 4º). A partir de tal momento, ou seja, depois da contestação do réu, o autor somente poderá desistir da ação se contar com a concordância daquele.

Então, até que se escoe o prazo de contestação do réu, o autor poderá, livremente, de forma unilateral, desistir da ação.

Uma vez apresentada contestação, o autor somente poderá desistir da ação caso o réu com ela manifeste sua concordância. Vale dizer que, depois desse momento, o ato, que era unilateral, passa a ser bilateral, exigindo a confluência das manifestações de vontade do autor e do réu.

Apenas se exige a aquiescência do réu quanto à desistência da ação caso ele tenha efetivamente ajuizado contestação no prazo legal. É desnecessário intimar o

[27] Rigorosamente, o autor desiste do prosseguimento do processo, e não da ação (FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. Extinção do processo e mérito da causa. *Ensaios de direito processual.* Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 394). Sem embargo disso, optou-se por utilizar o termo "desistência da ação" não somente por ser a expressão utilizada em lei (CPC, art. 200, parágrafo único; art. 485, VIII, § 4º), mas também pelo vezo da tradição: consolidou-se, na doutrina e na jurisprudência, o seu uso.

réu, se ele for revel. A desistência da ação, em caso de revelia, não precisa contar com a concordância do réu.

A discordância do réu quanto à desistência da ação deve ser *fundamentada*, sob pena de não ser aceita, rendendo ensejo à sua homologação. De fato, "a recusa do réu ao pedido de desistência deve ser fundamentada e justificada, não bastando a simples alegação de discordância, sem a indicação de motivo relevante".[28]

A discordância do réu há de ser motivada, pois a não aceitação da desistência, sem qualquer justificativa plausível, constitui inaceitável abuso de direito. Assim, caberá ao réu, por exemplo, demonstrando ser razoável sua defesa ou que ela está fundada em provas robustas, sendo provável que venha a lograr êxito, fundamentar sua discordância no direito a uma sentença de mérito que julgue improcedente o pedido do autor, que será, inclusive, acobertada pela coisa julgada. A desistência da ação permitiria – em manifesto prejuízo ao réu – que o autor, precavendo-se contra os argumentos trazidos na contestação e reunindo novos elementos ou provas, renovasse a demanda, quando já havia a probabilidade de o réu restar vitorioso.

Essa, na realidade, é basicamente a motivação do réu para discordar da desistência.

O que não pode é o réu simplesmente discordar, sem que haja esse motivo ou sem demonstrar essa situação processual que lhe seja favorável.

Caso o réu discorde da desistência sem indicação de um motivo relevante, deixando de fundamentar sua oposição, cumpre, então, desprezar tal discordância, homologando-se a desistência pretendida.

De acordo com o art. 338 do CPC, se o réu alegar ilegitimidade passiva, o autor pode substituí-lo. A substituição de um réu por outro é um direito potestativo do autor, que, no caso, vai desistir da ação em relação ao réu originário e redirecionar sua demanda ao novo réu. Nesse caso, não se exige, para a homologação da desistência, a concordância do réu, pois, tendo ele alegado sua ilegitimidade passiva, não pode, depois, recusar a desistência da ação em relação a ele. Essa desistência não acarreta a extinção do processo, que prosseguirá relativamente ao novo réu.[29]

Todas essas regras guardam pertinência com as demandas propostas em face da Fazenda Pública. Quando esta for ré, essas regras relativas à desistência da ação serão aplicáveis normalmente.

O art. 3º da Lei 9.469, de 10 de julho de 1997, autoriza a Fazenda Pública a concordar com a desistência, desde que o autor renuncie expressamente ao direito sobre que se funda a ação. Em razão de tal dispositivo, a Fazenda Pública, na condição de

[28] STJ, 4ª Turma, REsp 241.780/PR, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 17.02.2000, *DJ* 03.04.2000, p. 157; *STJ*, 6ª Turma, REsp 115.642/SP, Rel. Min. Fernando Gonçalves, j. 22.09.1997, *DJ* 13.10.1997, p. 51.660.

[29] DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil.* 18. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. v. 1, p. 735-736.

Digitalizada com CamScanner

ré, somente deve concordar com a desistência caso o autor a transmude em renúncia ao direito sobre o qual se funda a ação (CPC, art. 487, III, *a*).

Não é razoável essa exigência.

A desistência da ação é um negócio jurídico processual, que permite ao autor revogar sua demanda e obter uma sentença que extinga o processo sem resolução do mérito. Ao réu se permite discordar, desde que demonstre fundamento plausível. Havendo desistência, caso o autor pretenda repropor sua demanda, deverá fazê-lo perante o mesmo juízo (CPC, art. 286, II). Não há prejuízo quanto ao juiz natural, afastando-se o risco de "escolha" do julgador.

Tal postura de concordar com a desistência, desde que a parte renuncie ao direito sobre o qual se funda a ação (CPC, art. 487, III, *a*), é excessiva e desproporcional, quando o réu já tem o direito de discordar fundamentadamente. Não soa razoável que o réu, além do direito de discordar, tenha a possibilidade de exigir que o autor renuncie ao direito material, com a consequente produção de coisa julgada que impeça a efetiva apreciação – e julgamento – de seu pedido.

Essa exigência de condicionar a concordância da desistência à renúncia ao direito sobre que se funda a ação já foi repudiada pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região, nos seguintes termos:

> O réu não pode, sem motivo legítimo, opor-se ao pedido de desistência formulado pelo autor, condicionando-o à renúncia ao direito em que se funda a ação. O receio de ter que vir, eventualmente, a Juízo responder nova demanda, com idêntico objetivo, não se configura como legítimo a ponto de impor o prosseguimento da lide contra a vontade do autor.[30]

Revela-se, portanto, ilegítimo ao réu condicionar sua concordância quanto à desistência da ação a uma transmudação em renúncia ao direito sobre o qual se funda a ação, não sendo razoável o disposto no art. 3º da Lei 9.469/1997, sendo, ademais, inadequado e desproporcional.

A regra contida no referido art. 3º da Lei 9.469/1997 atenta contra o *princípio da razoabilidade*, que constitui, na lição de Humberto Ávila, a positivação do princípio da isonomia.[31] O estabelecimento de um direito que se afaste do padrão normal de condutas deve ser razoável, contendo fundamento plausível. As peculiaridades que fazem da Fazenda Pública um ente merecedor de tratamento diferenciado não justificam a regra que lhe permite concordar com a desistência da ação somente se o autor renunciar ao direito sobre o qual se funda sua demanda. Tal regra não é razoável, sendo, portanto, inconstitucional.

---

30 TRF-1, 3ª Turma, Ag 93.01.15586-9-GO, Rel. Juiz Fernando Gonçalves, *Adocas* de 10.01.1994, n. 142.405.

31 ÁVILA, Humberto. O que é "devido processo legal"? *Revista de Processo* 163:50-59, São Paulo: RT, set. 2008, p. 53.

Não obstante a falta de razoabilidade da exigência, o Superior Tribunal de Justiça já manifestou entendimento de que "a resistência ao pedido de desistência da ação não é descabida quando fundada no art. 3º da Lei n. 9.469/97".[32] Vale dizer que o STJ entende legítima a manifestação da Fazenda Pública de somente concordar com a desistência da ação se o autor renunciar ao direito material discutido na causa.[33]

Não parece razoável impor essa condição ao autor.

Ainda que se concorde com o entendimento do STJ, cumpre observar se, no caso concreto, a Fazenda Pública alegou, em sua contestação, alguma preliminar que objetive impedir a análise do mérito (CPC, art. 337). Caso haja alguma preliminar invocada na contestação da Fazenda Pública, impõe-se desconsiderar a exigência contida no art. 3º da Lei 9.469/1997. É que, tendo a ré suscitado preliminar, demonstrou que pretende obter uma sentença sem resolução do mérito. Não há razão, a partir daí, para discordar da desistência da ação ou para condicionar sua aceitação a uma renúncia ao direito material, pois praticou um ato incompatível, caracterizando a existência de uma *preclusão lógica*.

---

32 STJ, 2ª Turma, REsp 460.748/DF, Rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 17.06.2006, *DJ* 03.08.2006, p. 244; *STJ*, 1ª Turma, REsp 651.721/RJ, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, j. 12.09.2006, *DJ* 28.09.2006, p. 194; *STJ*, 1ª Turma, REsp 1.174.137/PR, Rel. Min. Luiz Fux, j. 06.04.2010, *DJe* 26.04.2010; STJ, 2ª Turma, REsp 1.189.845/RN, Rel. Min. Castro Meira, j. 18.05.2010, *DJe* 02.06.2010; STJ, 6ª Turma, AgRg no REsp 1.237.853/PR, Rel. Min. Haroldo Rodrigues (Des. conv. do TJCE), j. 09.08.2011, *DJe* 12.09.2011.

33 Esse entendimento do STJ veio a ser reafirmado no julgamento de recurso especial representativo da controvérsia, submetido ao regime do art. 543-C do CPC. Eis a ementa do julgado: "Processual civil. Recurso representativo da controvérsia. Art. 543-C do CPC. Desistência da ação. Não consentimento do réu. Art. 3º da Lei 9.469/97. Legitimidade.

1. Segundo a dicção do art. 267, § 4º, do CPC, após o oferecimento da resposta, é defeso ao autor desistir da ação sem o consentimento do réu. Essa regra impositiva decorre da bilateralidade formada no processo, assistindo igualmente ao réu o direito de solucionar o conflito. Entretanto, a discordância da parte ré quanto à desistência postulada deverá ser fundamentada, visto que a mera oposição sem qualquer justificativa plausível importa inaceitável abuso de direito.

2. No caso em exame, o ente público recorrente condicionou sua anuência ao pedido de desistência à renúncia expressa do autor sobre o direito em que se funda a ação, com base no art. 3º da Lei 9.469/97.

3. A existência dessa imposição legal, por si só, é justificativa suficiente para o posicionamento do recorrente de concordância condicional com o pedido de desistência da parte adversária, obstando a sua homologação.

4. A orientação das Turmas que integram a Primeira Seção desta Corte firmou-se no sentido de que, após o oferecimento da contestação, não pode o autor desistir da ação, sem o consentimento do réu (art. 267, § 4º, do CPC), sendo que é legítima a oposição à desistência com fundamento no art. 3º da Lei 9.469/97, razão pela qual, nesse caso, a desistência é condicionada à renúncia expressa ao direito sobre o qual se funda a ação.

5. Recurso especial provido. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ n. 8/08" (STJ, 1ª Seção, REsp 1.267.995/PB, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. 27.06.2012, *DJe* 03.08.2012).

Digitalizada com CamScanner

Demais disso, a boa-fé objetiva impede a prática de conduta contraditória (CPC, art. 5º). Se a Fazenda Pública manifestou interesse de ver extinto o processo sem resolução do mérito, não há razão para exigir que a desistência da ação seja transmudada em renúncia ao direito material discutido na causa.

O parágrafo único do art. 3º da Lei 9.469/1997 afasta a incidência da regra contida em seu *caput*, dispondo que "[q]uando a desistência de que trata este artigo decorrer de prévio requerimento do autor dirigido à administração pública federal para apreciação de pedido administrativo com o mesmo objeto da ação, esta não poderá negar o seu deferimento exclusivamente em razão da renúncia prevista no *caput* deste artigo". Nesse caso, a Fazenda Pública federal não pode condicionar a desistência a uma renúncia ao direito sobre o qual se funda a ação. A regra tem nítida finalidade de estimular a busca pela solução extrajudicial do conflito entre o particular e o Poder Público.

É oportuno destacar que a exigência de concordância do réu com a desistência da ação, depois de haver contestação apresentada, *não* se aplica ao processo de mandado de segurança, como, aliás, está dito no item 14.2 *infra*.

Também não se exige a concordância do réu com a desistência de ação cujo objeto verse sobre tese jurídica resolvida em julgamento de casos repetitivos. Como demonstrado no item 10.7.2.5 *infra*, há um estímulo à desistência antes de proferida a sentença. Ainda que tenha sido apresentada contestação, é possível desistir da ação sem concordância do réu (CPC, art. 1.040, § 3º).

5.7 A IMPROCEDÊNCIA LIMINAR DO PEDIDO E SUA APLICAÇÃO NAS DEMANDAS PROPOSTAS EM FACE DA FAZENDA PÚBLICA

5.7.1 Generalidades

Como destacado no item 10.2 *infra*, a Fazenda Pública é um *litigante habitual*, estando presente em causas repetitivas.

O Capítulo X explica os instrumentos referentes ao processamento e julgamento de causas repetitivas. Tais instrumentos destinam-se a *gerir e decidir os casos repetitivos*.

Além de gerir os casos repetitivos, o IRDR e os recursos repetitivos também se destinam a *formar precedentes obrigatórios*, que vinculam o próprio tribunal, seus órgãos e os juízos a ele subordinados.

Formados os precedentes obrigatórios, há regras relacionadas à sua aplicação, entre as quais as que estabelecem os casos de improcedência liminar.

O art. 332 do CPC elenca os casos de improcedência liminar do pedido. Nessas situações, o juiz, antes mesmo da citação do demandado, já julga improcedente o pedido formulado pelo demandante na sua petição inicial. Trata-se de decisão de mérito, que produz coisa julgada, podendo ser desconstituída por ação rescisória.

5.7.2 Hipóteses de improcedência liminar do pedido

5.7.2.1 *Requisitos gerais*

A improcedência liminar do pedido pode ocorrer em qualquer caso, seja em ação proposta na primeira instância, seja em ação originária de tribunal. O art. 332 do CPC pode, ainda, ser aplicado à reconvenção, aos embargos à execução, à reclamação,[34] enfim, pode qualquer pedido ser julgado liminarmente improcedente, desde que presente uma das hipóteses ali previstas.

Para que se julgue liminarmente improcedente o pedido, é preciso que a causa dispense a fase instrutória. Os fatos devem estar todos comprovados por documentos, não sendo necessária a produção de qualquer outro meio de prova. A improcedência liminar é uma espécie de julgamento antecipado do mérito (CPC, art. 355, I), proferido antes mesmo da citação do demandado.

Além de dispensar a fase instrutória, a improcedência liminar do pedido exige que se verifique uma das hipóteses previstas nos incisos do art. 332 do CPC ou que se verifique a hipótese prevista no seu § 1º.

5.7.2.2 *Casos dos incisos do art. 332 do CPC e sua relação com o sistema de precedentes do CPC*

As hipóteses previstas nos incisos do art. 332 do CPC relacionam-se com o sistema de precedentes regulado no Código de Processo Civil. Estabelecido o entendimento do tribunal, o precedente firmado haverá de ser aplicado, rendendo ensejo às consequências dessa sua aplicação e atraindo a adoção de algumas regras, entre as quais se destaca a improcedência liminar do pedido.

Depois de editado enunciado de súmula ou firmada a tese jurídica pelo tribunal no julgamento de casos repetitivos ou no julgamento do incidente de assunção de competência, se for proposta alguma demanda cujo fundamento contrarie o referido enunciado ou a mencionada tese, o juiz julgará liminarmente improcedente o pedido independentemente da citação do réu, desde que não haja necessidade de produção de provas a respeito dos fatos alegados pelo autor.

Os tribunais têm o dever de uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente (CPC, art. 926). Por essas razões, juízes e tribunais devem observar os enunciados de súmula e os precedentes obrigatórios (CPC, art. 927).

O art. 332 do CPC autoriza o julgamento de improcedência liminar quando o pedido contrariar determinados precedentes, tenha ou não o entendimento sido consagrado em enunciado de súmula.

Nas hipóteses relacionadas no art. 332 do CPC, o juiz deve observar os precedentes existentes em torno do tema, só deixando de aplicá-los quando houver

[34] "O Relator poderá julgar a reclamação quando a matéria for objeto de jurisprudência consolidada do Tribunal" (RISTF, art. 161, parágrafo único).

Digitalizada com CamScanner

alguma distinção a ser feita, ou seja, se houver alguma peculiaridade que justifique o afastamento do precedente. Para isso, deve fundamentar sua decisão, nos termos do art. 489, § 1º, VI, do CPC.

Se o juiz julgar liminarmente improcedente o pedido, o autor pode interpor apelação e mostrar a necessidade de ser feita a distinção em seu caso, o que pode acarretar a retratação pelo próprio juiz ou a reforma da decisão pelo tribunal. Também é possível que, na apelação, o autor demonstre a necessidade de superação do precedente, o que deve ser feito pelo tribunal.

Nos termos do art. 332 do CPC, o juiz pode julgar liminarmente improcedente o pedido quando este contrariar enunciado de súmula do STF ou do STJ (inciso I), quando contrariar acórdão proferido pelo STF ou pelo STJ em julgamento de recursos repetitivos (inciso II), quando contrariar entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência (inciso III) ou quando contrariar enunciado de súmula de tribunal de justiça sobre direito local (inciso IV).

O art. 332 deve ser interpretado em conjunto com o art. 927, ambos do CPC. Há, no art. 927, uma lista de precedentes a serem observados pelos órgãos jurisdicionais, a saber: os precedentes do STF em controle concentrado de constitucionalidade (inciso I); os enunciados de súmula vinculante (inciso II); os acórdãos em incidente de assunção de competência ou julgamento de casos repetitivos (inciso III); os enunciados das súmulas do STF em matéria constitucional e do STJ em matéria infraconstitucional (inciso IV) e a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais os juízes e tribunais estejam vinculados (inciso V).

Comparando o texto do art. 332 com o do art. 927, observa-se que no art. 332 não há a reprodução das hipóteses previstas nos incisos I e V do art. 927.

O inciso I do art. 332 menciona súmula de tribunal superior, enquanto o inciso IV do art. 927, súmula do STF em matéria constitucional e do STJ, em matéria infraconstitucional. Aparentemente, não há restrição no inciso I do art. 332 do CPC, que dá a entender ser qualquer súmula. É preciso, porém, que se faça uma interpretação sistemática, destinada a conferir unidade e coerência ao sistema. Conjugando os dispositivos, conclui-se que a improcedência liminar apenas é admitida quando o pedido contrariar enunciado de súmula do STF em matéria constitucional e do STJ em matéria infraconstitucional. Aliás, é esse o teor do enunciado 146 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: "Na aplicação do inciso I do art. 332, o juiz observará o inciso IV do *caput* do art. 927".

Pelas mesmas razões, o juiz pode julgar liminarmente improcedente o pedido quando este contrariar enunciado de súmula vinculante (CPC, art. 927, II), pois esta é uma súmula do STF em matéria constitucional (CPC, art. 332, I).

Já os incisos II e III do art. 332 correspondem ao inciso III do art. 927 do CPC, não havendo qualquer esforço interpretativo a ser feito.

Como já adiantado, o inciso IV do art. 332 do CPC autoriza a improcedência liminar do pedido que contrariar enunciado de súmula de tribunal de justiça sobre o direito estadual ou municipal. Essa é uma hipótese de precedente obrigatório que não está prevista no art. 927 do CPC. Isso não impede, evidentemente, a improcedência liminar do pedido, pois só está a confirmar que o rol do art. 927 do CPC é exemplificativo, e não exaustivo.

5.7.2.3 *Improcedência liminar por prescrição ou decadência (CPC, art. 332, § 1º)*

Já se viu, no item 4.5 *supra*, que o juiz pode conhecer, de ofício, da prescrição (CPC, arts. 332, § 1º, e 487, II). Por isso, pode julgar liminarmente improcedente o pedido, quando já observar que a pretensão está prescrita.

Como o réu ainda não foi citado, não deve ser consultado. A improcedência liminar do pedido em caso de prescrição dispensa a prévia consulta ao réu, justamente porque se trata de improcedência *liminar*, feita antes mesmo de sua citação. Quando o réu já tiver sido citado – e aí já não será mais improcedência *liminar* do pedido – o juiz pode, como visto, conhecer de ofício da prescrição, mas deve, antes de reconhecê-la, determinar a intimação das partes para pronunciar-se a respeito do tema. Aliás, o parágrafo único do art. 487 do CPC impõe ao juiz o dever de consulta: somente poderá pronunciar a prescrição se der antes às partes oportunidade de manifestação, ressalvada a hipótese de improcedência liminar (CPC, art. 332, § 1º).

Também se viu, naquele mesmo item 4.5, que há uma distinção entre *decadência legal* e *decadência convencional*. Enquanto aquela decorre de previsão legal, esta consta de disposição contratual, estatutária ou convencional. O juiz pode conhecer, de ofício, apenas da decadência legal, não o podendo quanto à convencional. Assim, a improcedência liminar do pedido somente pode se dar no caso de decadência legal, não no caso de decadência convencional.

5.7.3 Pronunciamento que julga liminarmente improcedente o pedido

A improcedência liminar do pedido dá-se por sentença. Quando pronunciada em causa originária do tribunal, dá-se por decisão isolada do relator.

É possível que a improcedência liminar seja de parte do pedido. Nesse caso, há improcedência liminar *parcial* do pedido, consistindo numa decisão parcial de mérito, qualificada, nos termos do art. 203, § 2º, do CPC, como uma decisão interlocutória.

5.7.4 Recurso contra o pronunciamento que julga liminarmente improcedente o pedido

Se a improcedência liminar do pedido for dada por sentença, caberá apelação prevista no próprio art. 332 do CPC. Tratando-se de improcedência liminar *parcial* do pedido, o recurso cabível é o agravo de instrumento.

Digitalizada com CamScanner

O agravo de instrumento só é cabível nas hipóteses indicadas no art. 1.015 do CPC ou em disposição legal expressa. No caso da improcedência liminar parcial do pedido, o agravo de instrumento está previsto no inciso II do referido art. 1.015, pois se trata de decisão de mérito.

A improcedência liminar do pedido dada por decisão isolada do relator desafia agravo interno, regulado no art. 1.021 do CPC.

5.7.5 Apelação contra a sentença que julga liminarmente improcedente o pedido

A improcedência liminar do pedido dá-se, como visto, por sentença, por decisão interlocutória ou por decisão isolada do relator.

Quando se dá por sentença, esta é atacada por apelação. A apelação, nesse caso, está regida pelo próprio art. 332 do CPC, podendo o juiz retratar-se.[35] Havendo retratação, o juiz desfaz sua sentença e ordena o prosseguimento regular do processo, com a citação do réu. Caso não se retrate, o réu deverá ser citado para apresentar suas contrarrazões e acompanhar a causa no tribunal, ao qual compete julgar o mérito, com transferência da competência que era do juízo de primeiro grau. De observar-se que, nesse caso, a questão dispensa a fase instrutória, podendo ser aplicada a regra do art. 1.013, § 3º, do CPC, que permite ao tribunal já julgar o mérito quando o processo estiver em condições de imediato julgamento.

Se o réu não fosse citado para acompanhar o recurso, não poderia o tribunal eventualmente julgar procedente o pedido do autor, sob pena de ofender o princípio do contraditório e da ampla defesa. O art. 332 somente terá aplicação quando a causa dispensar a fase instrutória, podendo ser aplicada a regra contida no § 3º do art. 1.013 do CPC.

Se o réu não fosse citado, mas o tribunal entendesse que a sentença estaria errada e deveria haver a procedência do pedido, caberia determinar o retorno dos autos à primeira instância para que, citado o réu e desenvolvidos os atos processuais, houvesse sentença, daí se seguindo apelação etc. Objetiva-se suprimir tudo isso, com ganho de tempo: o tribunal, discordando do juiz, já pode acolher o pedido do autor, sem que haja ofensa à ampla defesa e ao contraditório, pois a matéria dispensa a fase instrutória e o réu já teve oportunidade de se defender.

---

[35] O juiz somente pode retratar-se se a apelação for tempestiva. Nesse sentido, o enunciado 293 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: "O juízo de retratação, quando permitido, somente poderá ser exercido se a apelação for tempestiva". O juiz não poderá inadmitir a apelação, nem mesmo por intempestividade, cabendo-lhe apenas remeter ao tribunal, independentemente do juízo de admissibilidade (CPC, art. 1.010, § 3º). Embora não lhe caiba exercer o juízo de admissibilidade nem deixar de remeter os autos ao tribunal, não poderá exercer a retratação se a apelação for intempestiva.

Na hipótese de o réu não ser citado para responder ao recurso, poderá o tribunal já julgar a apelação? Se o tribunal resolver manter a sentença, a falta de citação não gera qualquer nulidade ou prejuízo. Para que o tribunal possa reformar a sentença e já julgar contrariamente ao réu, deverá, contudo, ter havido a citação deste para responder ao recurso. Nesse caso, a ausência de citação pode ser suprida no próprio tribunal, devendo ser determinada, ali mesmo, a citação do réu. Cumprida a diligência e dada oportunidade ao réu para defender-se, a apelação já pode ser julgada, aplicando-se os §§ 1º e 2º do art. 938 do CPC, que assim dispõem:

> § 1º Constatada a ocorrência de vício sanável, inclusive aquele que possa ser conhecido de ofício, o relator determinará a realização ou renovação do ato processual, no próprio tribunal ou em primeiro grau de jurisdição, intimadas as partes.
>
> § 2º Cumprida a exigência de que trata o § 1º, o relator, sempre que possível, prosseguirá no julgamento do recurso.

Interposta a apelação e citado o réu para apresentar resposta, os autos seguirão ao tribunal. Distribuída a apelação ao relator, este poderá negar-lhe provimento, quando já houver súmula ou entendimento firmado no mesmo sentido da sentença apelada (CPC, art. 932, IV).

Não sendo caso de aplicar o art. 932, IV, do CPC, o relator dará seguimento regular à apelação, levando-a a julgamento do órgão competente no tribunal.

Se o apelante, em suas razões, alega que a causa não dispensa, por exemplo, instrução probatória, estará demonstrando que o juiz aplicou o procedimento errado: não era caso de improcedência liminar do pedido. Nessa hipótese, o apelante demonstra um *error in procedendo*. Ao dar provimento à apelação, o tribunal deverá determinar que os autos sejam devolvidos ao juiz de primeira instância para prosseguimento regular do processo. Se, diversamente, o apelante alega que o conteúdo da sentença está errado, não se aplicando ao caso aquele entendimento consagrado em enunciado de súmula ou em precedente obrigatório, há, aí, a demonstração de um *error in iudicando*. Nesse caso, o tribunal, ao dar provimento à apelação, já julga o mérito, acolhendo o pedido do autor formulado na petição inicial.

O art. 332 do CPC não ofende o princípio do contraditório, pois a decisão é favorável ao réu e contrária ao autor. Em todos os casos de indeferimento da petição inicial, a sentença é favorável ao réu e contrária ao autor. Haveria ofensa ao contraditório se o pedido já fosse, liminarmente, acolhido ou julgado procedente, sem a mínima possibilidade de defesa.

Transitada em julgado a sentença sem que haja apelação do autor, o réu haverá de ser cientificado de sua vitória (CPC, art. 332, § 2º). Essa comunicação é indispensável para que o réu tenha *ciência* de sua vitória, podendo alegar coisa julgada material, numa eventual hipótese de repropositura da demanda.

Digitalizada com CamScanner

> Segundo a jurisprudência desta Corte, não é obrigatória a denunciação da lide do agente público supostamente responsável pelo ato lesivo nas ações de indenização fundadas na responsabilidade civil objetiva do Estado. Precedentes: AgRg no AREsp 63.018/RJ, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, *DJe* 03/04/2013; AgRg no REsp 1.355.717/CE, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, Primeira Turma, *DJe* 21/02/2013; REsp 1.177.136/RS, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, *DJe* 27/06/2012.[11]

Efetivamente, "O STJ firmou entendimento de que a denunciação da lide ao agente público causador não é obrigatória".[12]

[11] STJ, 1ª Turma, AgRg no REsp 1.182.097/PE, Rel. Min. Benedito Gonçalves, j. 15.10.2013, *DJe* 22.10.2013.

[12] STJ, 1ª Turma, AgRg no AREsp 574.301/PE, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. 15.09.2015, *DJe* 25.09.2015.

IX

DA REMESSA NECESSÁRIA

9.1 TERMINOLOGIA

O CPC de 2015 adotou o termo *remessa necessária*, que também pode ser chamada de reexame necessário, remessa obrigatória ou duplo grau de jurisdição obrigatório. O termo *remessa necessária* é adotado de modo uniforme: além de nomear a Seção III do Capítulo XIII do Título I do Livro I da Parte Especial do Código, é referido nos seus arts. 496, § 2º, 936, 942, § 4º, II, 947, 978, parágrafo único, e 1.040, II.

Houve, então, uma mudança terminológica. O reexame necessário ou o duplo grau de jurisdição obrigatório passa a ser denominado, no CPC de 2015, remessa necessária.

9.2 NOÇÕES HISTÓRICAS

O estudo histórico do reexame necessário – originariamente denominado *recurso de ofício* – denota seu surgimento no Direito Medieval[1] ostentando matizes mais fortes e acentuados em Portugal, mais especificamente no processo penal, como uma proteção ao réu, condenado à pena de morte.[2] Nas Ordenações Afonsinas, o *recurso de ofício* era interposto, pelo próprio juiz, contra as sentenças que julgavam crimes de natureza pública ou cuja apuração se iniciasse por devassa, tendo como finalidade "corrigir o rigor do princípio dominante e os exageros introduzidos no processo inquisitório".[3]

[1] Segundo anota Cleide Previtalli Cais, o reexame necessário deita raízes na Roma antiga, ocasião em que as funções jurisdicionais eram divididas entre o povo e o poder, desenvolvendo-se durante a época de cristianização do direito pagão, com a preocupação de evitar possíveis erros ou injustiças. Aperfeiçoou-se com o advento da Revolução Francesa, vindo a ser considerado fundamental para o exercício da democracia (*O processo tributário*. 2. ed. São Paulo: RT, 1996. p. 71).

[2] BARROS, Ennio Bastos de. Os embargos infringentes e o reexame necessário. *Revista Forense*, 254:60, abr.-jun. 1976.

[3] BUZAID, Alfredo. *Da apelação "ex officio" no sistema do Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 1951. p. 23-24.

Digitalizada com CamScanner

O chamado *recurso de ofício* manteve-se nas Ordenações Manuelinas.[4] Naquela época, caso o juiz não interpusesse, contra sua própria sentença, o *recurso de ofício*, estaria sujeito a graves sanções, podendo, inclusive, perder o cargo.[5] Com a superveniência das Ordenações Filipinas, surgiram várias exceções aos casos em que o juiz deveria apelar da própria sentença, independentemente de ser oficial ou particular a acusação.[6]

Já se vê que, historicamente, o então chamado *recurso de ofício* originou-se do Direito Processual Penal português, com o objetivo de servir como um contrapeso, a fim de minimizar eventuais desvios do processo inquisitório, cujas regras não se estenderam ao processo civil, sempre fincado no princípio dispositivo.

Posteriormente, surgiram disposições de leis esparsas, impondo ao juiz a obrigação de apelar de sua própria sentença em diversas causas civis.[7] A partir daí, o *recurso de ofício* foi, paulatinamente, sendo incorporado ao processo civil brasileiro, cabendo ao juiz proceder à sua interposição contra as sentenças proferidas em desfavor da Fazenda Nacional.[8] Em seguida, o *recurso de ofício* estendeu-se à proteção da família, sendo cabível no processo de anulação de casamento, quando julgado procedente o pedido.[9]

O Código de Processo Civil de 1939 previu a apelação, cabível das "decisões definitivas de primeira instância" (art. 820), ou seja, das sentenças que extinguissem o processo *com* resolução do mérito. Já as sentenças "terminativas" (que extinguem o processo sem resolução do mérito) eram desafiadas por um recurso chamado *agravo de petição*. Das sentenças definitivas cabia, como visto, apelação (art. 820), que poderia ser "voluntária" (art. 821) ou "necessária ou *ex officio*" (art. 822).

As hipóteses de cabimento da apelação necessária ou *ex officio* eram definidas no parágrafo único do art. 822 do CPC/1939, quais sejam: *(a)* das sentenças de nulidade do casamento; *(b)* das sentenças homologatórias de desquite amigável; e *(c)* proferidas contra a União, o Estado e o Município.

O Código de Processo Civil de 1973 manteve o *recurso de ofício*, retirando-lhe, contudo, a feição recursal, para alojá-lo no capítulo referente à coisa julgada.

4 BUZAID, Alfredo. *Da apelação "ex officio" no sistema do Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 1951. p. 20.

5 BUZAID, Alfredo. *Da apelação "ex officio" no sistema do Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 1951. p. 30.

6 BUZAID, Alfredo. *Da apelação "ex officio" no sistema do Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 1951. p. 29.

7 GOUVÊA PINTO, Antonio Joaquim de. *Manual de apelações e agravos*. 2. ed. Lisboa: Imprensa Régia, 1820. p. 55-56.

8 LIMA, Alcides de Mendonça. *Sistema de normas gerais dos recursos cíveis*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1963. p. 165.

9 Sobre a evolução histórica do reexame necessário e, igualmente, sobre a existência de institutos semelhantes do Direito estrangeiro, conferir, com proveito: TOSTA, Jorge. *Do reexame necessário*. São Paulo: RT, 2005. p. 104-123.

Atendeu-se, com isso, aos reclamos de significativa parcela da doutrina, para quem não se afigurava "possível o juiz impugnar suas próprias sentenças, manifestando-se inconformado com elas e postulando dos Tribunais a sua substituição por outra que afirma ser melhor (tais são as características e objetivos dos recursos, conforme entendimento geral)".[10]

Diante disso, no CPC/1973, algumas sentenças estavam sujeitas ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeitos senão depois de confirmadas pelo tribunal (art. 475). Significa que certas sentenças haveriam de ser, obrigatoriamente, reexaminadas pelo tribunal ao qual está vinculado o juiz, sob pena de jamais transitarem em julgado.[11]

O art. 475 do CPC, em sua redação originária, dispunha que estaria sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal, a sentença (I) que anulasse o casamento; (II) proferida contra a União, o Estado e o Município; (III) que julgasse improcedente a execução de dívida ativa da Fazenda Pública.

No intuito de proteger a família e supostamente resguardar o interesse público, a disposição determinava, em seu inciso I, a necessidade de ser reexaminada pelo tribunal a sentença que anulasse o casamento. O reexame não ocorria quando a sentença decretasse o desquite, mas apenas quando anulasse o casamento, retomando os cônjuges o estado de solteiros.

A segunda hipótese, bem se percebe, resulta igualmente da suposta necessidade de resguardar o interesse público, no caso de prolação de sentença contrária à União, ao Estado e ao Município, não se incluindo na previsão legal o Distrito Federal, nem as autarquias, as fundações públicas, tampouco as sociedades de economia mista e as empresas públicas. O art. 10 da Lei 9.469, de 10 de julho de 1997, estendeu às autarquias e fundações públicas o benefício do reexame necessário.

E, finalmente, o reexame necessário deveria operar-se em relação à sentença que julgasse "improcedente a execução de dívida ativa da Fazenda Pública".

Com o advento da Lei 10.352, de 26 de dezembro de 2001, foi revogada a primeira hipótese, deixando de haver reexame necessário em relação à sentença que anulasse o casamento. A disposição que submetia a sentença anulatória do casamento ao duplo grau obrigatório vinha, a bem da verdade, revelando-se inútil, porquanto, com o advento da Lei 6.515/1977 – que passou a permitir o divórcio no Brasil –, esvaziaram-se, para não dizer que acabaram, as ações anulatórias de casamento. Além do mais, a sentença que decreta o divórcio produz, praticamente, os efeitos da anulação de casamento. Assim, em termos de resguardo do interesse

10 DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do processo civil moderno*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. t. 1, n. 93, p. 211.

11 Nesse sentido, assim enuncia a Súmula 423 do STF: "Não transita em julgado a sentença por haver omitido o recurso *ex officio*, que se considera interposto *ex lege*".

Digitalizada com CamScanner

público e de proteção à família, se a sentença que anula o casamento deve ser re-
examinada, a do divórcio também deveria ser, exatamente porque as duas põem
termo ao laço matrimonial.[12]

Deixou de haver, portanto, o reexame necessário da sentença anulatória do casa-
mento. Restaram mantidas, contudo, as outras 2 (duas) hipóteses, aperfeiçoando-se,
apenas, sua redação, passando o inciso I do art. 475 do CPC a referir-se à sentença
proferida contra a União, o Estado, *o Distrito Federal,* o Município *e as respectivas*
autarquias e fundações de direito público. Corrigiu-se, com isso, um equívoco, fazendo
incluir o *Distrito Federal* como mais um dos beneficiários do reexame necessário.
A disposição legal passou a incluir, de igual modo, as *autarquias* e as *fundações de*
direito público. Na realidade, como se viu, tais pessoas jurídicas já eram beneficiárias
do reexame necessário, ante a previsão do art. 10 da Lei 9.469/1997. A inclusão das
autarquias e das *fundações públicas* é válida por "inserir a regra no âmbito do Código
de Processo Civil, o que já deveria ter sido feito anteriormente".[13]

Mantiveram-se *excluídas* do reexame necessário as sentenças proferidas
contra as *sociedades de economia mista* e as *empresas públicas.* Estas, por osten-
tarem natureza de pessoas jurídicas de direito privado, *não* se submetem à regra
do art. 475 do CPC/1973, *não* dispondo, ademais, de prerrogativas conferidas à
Fazenda Pública.

O CPC de 2015, em seu art. 496, manteve o reexame necessário, passando a
denominá-lo remessa necessária, estabelecendo estar sujeita ao duplo grau de jurisdi-
ção, não produzindo efeitos senão depois de confirmada pelo tribunal a sentença (I)
proferida contra a União, o Estado, o Distrito Federal, o Município e as respectivas
autarquias e fundações de direito público; (II) que julgar procedentes, no todo ou
em parte, os embargos à execução fiscal da Fazenda Pública.

A mudança nas hipóteses de dispensa da remessa necessária feitas pelo
CPC/2015 suscita interessante questão a respeito do direito intertemporal. Há de
prevalecer a regra em vigor no momento da prolação da sentença. Nesse sentido,
assim está redigido o enunciado 311 do Fórum Permanente de Processualistas Civis:
"A regra sobre remessa necessária é aquela vigente ao tempo da prolação da sentença

12 Essa é a mesma opinião de Luiz Manoel Gomes Júnior (Anotações sobre a nova fase da re-
forma do CPC – âmbito recursal. In: NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim
(coords.). São Paulo: RT, 2001. p. 647).
Realmente, esclarecem Athos Gusmão Carneiro e Sálvio de Figueiredo Teixeira que essa
alteração feita no art. 475 do CPC visa "*eliminar* sua incidência nas ações anulatórias de
casamento, aliás muito raras, pois nelas o reexame necessário não mais apresenta sentido
em sistema jurídico que passou a admitir o divórcio a vínculo" (12º Anteprojeto. *Revista de*
Processo 90:36-45, São Paulo: RT, 1998, p. 40).

13 GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel. Anotações sobre a nova fase da reforma do CPC – âmbito
recursal. In: NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coords.). São Paulo: RT,
2001. p. 647.

de modo que a limitação de seu cabimento no CPC não prejudica os reexames es-
tabelecidos no regime do art. 475 CPC/1973".[14]

9.3 NATUREZA JURÍDICA[15]

Consoante restou acentuado, o reexame necessário, historicamente, era tido
como um recurso interposto, obrigatoriamente, pelo próprio juiz prolator da sentença.
Parcela da doutrina sempre se insurgiu contra essa natureza *recursal* atribuída ao
reexame necessário.[16] Daí a razão pela qual o CPC/1973 passou a tratar do instituto
em capítulo separado da parte concernente aos recursos, inserindo-o no setor rela-
tivo à coisa julgada. De igual modo, o CPC/2015 manteve-o no capítulo destinado
à sentença e à coisa julgada.

Além do posicionamento topográfico do instituto no interior do diploma legal,
a doutrina costuma afastar a natureza recursal da remessa necessária, por entender
que ela não ostenta as características próprias dos recursos.

Uma análise feita na doutrina que comentava o CPC de 1939 e da doutrina
que se formou logo após a aprovação do CPC de 1973 conduz à constatação de que
houve uma disputa doutrinária e ideológica. Quem sempre defendeu que a remessa
necessária não era recurso conseguiu emplacar o entendimento com a mudança
topográfica: o CPC de 1973 retirou o reexame necessário da parte de recursos,
inserindo-o no capítulo relativo à coisa julgada. Foi o suficiente para a doutrina que
defendia não ser recurso afirmar-se vitoriosa. E, a partir daí, a doutrina sucessiva
passou a repetir acriticamente o argumento, afirmando que o reexame necessário
não seria recurso, por não estar previsto como tal, por ter sido suprimido do capítulo
concernente aos recursos e por não ter voluntariedade, dialeticidade e características
que eram atribuídas aos recursos.

14 Esse é o entendimento do STJ. Dentre vários precedentes, destacam-se os seguintes: STJ,
Corte Especial, EREsp 600.874/SP, Rel. Min. José Delgado, *DJ* 4.9.2006, p. 201; STJ, 1ª Turma,
REsp 1.023.163/SP, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, *DJ* 15.5.2008, p. 1. Em sentido contrário,
entendendo que a superveniência de lei que exclua determinada hipótese de remessa neces-
sária produz efeitos imediatos, inclusive quanto às sentenças anteriormente proferidas, ainda
que os autos já estejam no tribunal para que este examine a remessa necessária, LACERDA,
Galeno. *O novo direito processual civil e os feitos pendentes.* 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
p. 62; DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma da reforma.* São Paulo: Malheiros, 2002.
p. 135; NASSER, Paulo Magalhães. Considerações sobre o direito intertemporal e o reexame
necessário: a supressão de hipótese de reexame necessário exclui a sujeição ao duplo grau de
jurisdição de sentenças proferidas antes da vigência da lei nova, mas que ainda aguardam o
reexame? *Revista de Processo*, São Paulo: RT, n. 166, 2008, p. 147-152.

15 O presente item desenvolveu-se a partir de conversas eletrônicas travadas entre o autor e os
professores Eduardo José da Fonseca Costa e Roberto Campos Gouveia Filho, em grupo de
e-mail da Associação Norte e Nordeste de Professores de Processo – ANNEP.

16 Assim, entre outros, COSTA, Alfredo de Araújo Lopes da. *Direito processual civil brasileiro.*
2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959. v. 3, n. 306, p. 320; CRUZ, João Claudino de Oliveira e.
Do recurso de apelação (cível). Rio de Janeiro: Forense, 1949. p. 77-78.

Digitalizada com CamScanner

Há, contudo, quem defenda ser a remessa necessária realmente um recurso interposto, obrigatoriamente, pelo juiz. Na verdade, de acordo com esse segundo entendimento, embora não haja impugnação nem voluntariedade na sua interposição, existe o ato de impulso de determinar a remessa dos autos ao órgão hierarquicamente superior, a partir de quando se opera a *devolutividade*, no sentido de transferir ao tribunal o conhecimento da matéria versada na sentença. A provocação seria indispensável apenas para a propositura da demanda, podendo o recurso decorrer de ato de impulso do juiz. Demais disso, ao julgar o reexame necessário, o tribunal irá proferir um acórdão que poderá substituir ou rescindir a sentença proferida, mantendo-a, modificando-a ou anulando-a. Tais circunstâncias já seriam suficientes para conferir ao reexame necessário a natureza de recurso, sendo irrelevante a ausência de voluntariedade e de outros requisitos de admissibilidade recursal.[17] A remessa necessária seria, enfim, um recurso de ofício, uma apelação interposta pelo próprio juiz.[18]

O entendimento contrário, já destacado, identifica a remessa necessária como uma *condição de eficácia da sentença*, pois, não atendidas várias normas e requisitos recursais, não haveria como enquadrá-la como mais um tipo de recurso.[19]

A remessa necessária relaciona-se com as decisões de mérito. Somente haverá coisa julgada se houver a reapreciação da decisão pelo tribunal ao qual está vinculado o juiz que a proferiu. Enquanto não for procedida a reanálise da sentença, esta não transita em julgado, não produzindo coisa julgada. Desse modo, não havendo o reexame e, consequentemente, não transitando em julgado a sentença, será incabível

17 ASSIS, Araken de. Admissibilidade dos embargos infringentes em reexame necessário. In: NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coords.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outras formas de impugnação às decisões judiciais.* São Paulo: RT, 2001. p. 122-129. Em tal texto, o Professor Araken de Assis defende a natureza recursal do reexame necessário. Em outro texto, passa, entretanto, a considerá-lo um *sucedâneo recursal*, afastando-se um pouco da ideia de que o reexame necessário seria um recurso. Aliás, para ele, *sucedâneo recursal* é um gênero que agrupa institutos discrepantes, que não são recursos por faltar algum elemento essencial de seu conceito: a falta de previsão legal (não atendendo à taxatividade), a ausência de voluntariedade na interposição e desdobramento no processo pendente. Conferir, a propósito, ASSIS, Araken de. Introdução aos sucedâneos recursais. In: NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coords.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outras formas de impugnação.* São Paulo: RT, 2002. v. 6, p. 27-32.

18 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil.* Rio de Janeiro: Forense, 1974. t. 5, p. 215-218; ASSIS, Araken de. *Manual dos recursos.* 2. ed. São Paulo: RT, 2008. n. 107.3, p. 870-875.

19 Rodrigo Mazzei questiona a natureza jurídica do reexame necessário, afirmando ser preciso um maior aprofundamento sobre o tema. Refuta todas as teorias existentes em torno do assunto, ressaltando que o reexame mais se aproxima de um recurso. Vale a leitura de seu texto: MAZZEI, Rodrigo. A remessa "necessária" (reexame por remessa) e sua natureza jurídica. In: NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coords.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins.* São Paulo: RT, 2011. v. 12, p. 405-432.

a ação rescisória. Caso o juiz não determine a remessa necessária para que seja revista pelo tribunal a sentença de mérito, esta não irá transitar em julgado, sendo despropositado o manejo de ação rescisória, à míngua de pressuposto específico.

Dizer que a remessa necessária é *condição de eficácia da sentença* contém o equívoco de definir algo pelos seus efeitos, e não pelo que é. Além do mais, há sentenças proferidas contra o Poder Público, a exemplo do que ocorre no mandado de segurança, que produzem efeitos imediatos, muito embora estejam sujeitas à remessa necessária. Também não faz sentido dizer que a remessa necessária é condição de eficácia da sentença nos casos previstos no art. 19 da Lei 4.717/1965[20] e no art. 28, § 1º, do Decreto-lei 3.365/1941.[21] No primeiro, a sentença de improcedência ou de inadmissibilidade do processo na ação popular está sujeita à remessa necessária, não sendo adequado afirmar que existe aí uma condição de eficácia para uma decisão judicial que confirma o ato administrativo impugnado, que já gozava de presunção de legitimidade. No segundo, a sentença não deixa de acolher o pedido do Poder Público e não está sujeita a qualquer condição de eficácia: em verdade, apenas fixa a indenização no dobro do valor inicialmente previsto.

A assertiva segundo a qual a sentença, sujeita à remessa necessária, não produz efeitos enquanto não reexaminada pelo tribunal tem significado específico: não produz o efeito de transitar em julgado. Não transita em julgado, não formando coisa julgada. Somente poderá haver tal efeito depois que o tribunal a reexaminar, seja para confirmá-la, seja para modificá-la. A remessa necessária obsta, portanto, o trânsito em julgado. Só não haverá esse óbice, se o juiz expressamente dispensar a remessa; se, porém, simplesmente silenciar ou se determinar a expressa remessa dos autos ao tribunal, a sentença somente poderá transitar em julgado depois de reexaminada pelo órgão jurisdicional competente para o julgamento do recurso que poderia ser interposto no caso. A remessa necessária impede a produção do efeito de se formar a coisa julgada. Isso, porém, não autoriza a afirmação segundo a qual o reexame necessário seria condição de eficácia ou condição para a formação da coisa julgada.

Afirmar que a remessa necessária constitui *condição para a formação de coisa julgada* também incorre no equívoco de definir algo por seus efeitos, e não pelo que é. Acresce que, nesse ponto, não haveria como distinguir a remessa necessária dos recursos, pois estes também obstam a formação da coisa julgada. Por isso que a remessa necessária é, na verdade, um recurso; um recurso de ofício. "Quem recorre (a) pratica ato de provocação do impulso oficial e (b) articula (postula recursalmente)

20 "Art. 19. A sentença que concluir pela carência ou pela improcedência da ação está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal; da que julgar a ação procedente caberá apelação, com efeito suspensivo."

21 "Art. 28. Da sentença que fixar o preço da indenização caberá apelação com efeito simplesmente devolutivo, quando interposta pelo expropriado, e com ambos os efeitos, quando o for pelo expropriante. § 1º A sentença que condenar a Fazenda Pública em quantia superior ao dobro da oferecida fica sujeita ao duplo grau de jurisdição."

Digitalizada com CamScanner

contra a sentença. No recurso de ofício, há *a)*, porém não *b)*. Há o suscitamento, sem a impugnação. Não é tácito, nem silente; é ato, e expressivo, como os outros recursos. Falta-lhe a impugnação; de modo que, na instância superior, a cognição se abre, como se tivesse havido recurso voluntário".[22]

A remessa necessária é interposta por simples declaração de vontade, com a provocação do juiz, que deve verificar se o caso é mesmo de remessa necessária ou se incide alguma hipótese de dispensa. É, enfim, um recurso de ofício,[23] interposto, geralmente, na própria sentença. É possível, todavia, que sua interposição ocorra posteriormente. O juiz determina que os autos sejam remetidos ao tribunal; há, como o próprio nome indica, uma *remessa* necessária. Não há razões do juiz, nem das partes ou de terceiros. O juiz provoca a *remessa*, a fim de que o tribunal promova o *reexame*. Tanto a *remessa* como o *reexame* são necessários.

Na maioria dos países, os recursos caracterizam-se por conter (a) provocação ao reexame da matéria e (b) impugnação da decisão recorrida. Pode-se dizer que, no Brasil, a definição de recurso também tem esses dois elementos, mas é possível haver impugnação não voluntária. Numa apelação, por exemplo, há provocação e há impugnação, sendo essa última voluntária, ou seja, depende da vontade de um legitimado a recorrer. No reexame necessário, a impugnação é, por sua vez, compulsória, por força de lei, e não voluntária. A voluntariedade é só do impulso, realizado pelo juiz de primeira instância. Há, no reexame necessário, provocação e impugnação, assim como existe em qualquer recurso. O impulso, feito pelo juiz, ocasiona a incidência da norma que impõe a impugnação.

Ao praticar o ato de impulso oficial, o juiz provoca a impugnação compulsória, sem que haja vontade de qualquer das partes.[24]

Não existe um conceito universal de recurso. Este é construído a partir das particularidades de cada sistema positivo. No sistema brasileiro, há recursos voluntários e recurso compulsório. Em ambos, há provocação e impugnação.

Nos casos em que há remessa necessária, os efeitos que seriam atribuídos a uma apelação são igualmente produzidos. Dizendo de outro modo: nos casos em que a apelação tem duplo efeito, mas não é interposta, e a hipótese é de remessa necessária, esses dois efeitos serão produzidos com a remessa. Nos casos em que a apelação só tem efeito devolutivo, não sendo esta interposta e sendo hipótese de remessa necessária, também só se produzirá o efeito devolutivo. Ou

22 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1960. t. 11, p. 147.

23 Também considerando a natureza recursal da remessa necessária, CASTELO BRANCO, Janaína Soares Noleto. *Advocacia Pública e solução consensual dos conflitos*. Salvador: JusPodivm, 2018, n. 4.2.5.1, p. 134-140.

24 Essas ideias foram apresentadas por Eduardo José da Fonseca Costa e Roberto Campos Gouveia Filho em mensagens eletrônicas e são aqui encampadas.

seja: a remessa necessária carrega consigo os mesmos efeitos da apelação não interposta.[25] Veja que o § 1º do art. 496 dispõe que só haverá remessa necessária se não houver apelação. Havendo apelação interposta pela Fazenda Pública, não haverá remessa necessária. Haveria aí aplicação da regra da singularidade: não são possíveis a remessa necessária e a apelação ao mesmo tempo. Se não há apelação, há remessa necessária. Essa não é a explicação nem a causa para afirmar que a remessa necessária ostenta natureza recursal. Esse não é um detalhe que componha o conceito de recurso. Na verdade, essa é uma consequência da natureza recursal da remessa necessária, que se pode confirmar pelas normas do direito positivo brasileiro.

9.4 HIPÓTESES DE CABIMENTO

9.4.1 Sentença (*rectius*, decisão de mérito) proferida contra a Fazenda Pública

A remessa necessária está prevista no art. 496 do CPC. Ela se aplica às decisões de mérito proferidas contra o Poder Público, ou seja, contra a União, os Estados, os Municípios, o Distrito Federal, bem como contra as autarquias e fundações públicas. As agências têm natureza autárquica. São autarquias especiais. Logo, estão abrangidas na previsão legal. Desse modo, proferida sentença contra uma agência, haverá remessa necessária.

Estão excluídas da previsão da remessa necessária as empresas públicas e as sociedades de economia mista, pois são pessoas jurídicas de direito privado, e não de direito público, não se inserindo no conceito de Fazenda Pública.

Só há, em regra, remessa necessária de sentença. Logo, conclui-se que não será cabível a remessa necessária da decisão concessiva de tutela antecipada, bem como de acórdão ou julgado originário.

É possível que o juiz decida o mérito contra a Fazenda Pública por meio de uma decisão interlocutória. Com efeito, o juiz pode decidir parcialmente o mérito, numa das hipóteses previstas no art. 356. Tal pronunciamento, por não extinguir o processo, é uma decisão interlocutória, que pode já acarretar uma execução imediata, independentemente de caução (CPC, art. 356, § 2º). Conquanto seja uma decisão interlocutória, há resolução parcial do mérito, apta a formar coisa julgada material.

25 "Os efeitos da apelação necessária são os mesmos atribuídos em lei ao recurso voluntário. Essa é a única conclusão compatível com a regra de interpretação segundo a qual o privilégio é *strictissimi iuris*. Se a lei não atribui ao privilégio do recurso necessário efeitos diversos dos atribuídos ao voluntário, seria incurial reivindicar para as pessoas jurídicas de direito público outros favores ou vantagens processuais que a lei lhes não outorga" (MARTINS, Pedro Batista. *Recursos e processos da competência originária dos tribunais*. Atual. por Alfredo Buzaid. Rio de Janeiro: Forense, 1957. n. 153, p. 205).

Digitalizada com CamScanner

Mesmo não sendo sentença, estará sujeita à remessa necessária.[26] Como visto, a remessa necessária deve ser realizada relativamente às decisões de mérito proferidas contra a Fazenda Pública; a coisa julgada material somente pode ser produzida se houver remessa necessária. Se houve decisão de mérito contra o Poder Público, é preciso que haja seu reexame pelo tribunal respectivo; é preciso, enfim, que haja remessa necessária. Significa, então, que há remessa necessária de sentença, bem como da decisão interlocutória que resolve parcialmente o mérito.[27]

A *remessa necessária* somente se opera em relação às sentenças ou aos capítulos de sentença *contra* a Fazenda Pública, ou seja, contra União, Estados, Municípios, Distrito Federal e suas autarquias e fundações públicas. Se a reconvenção for julgada contrariamente à Fazenda Pública, o correspondente capítulo decisório estará igualmente sujeito à remessa necessária. Ressalvadas as hipóteses dos §§ 3º e 4º do art. 496 do CPC, qualquer condenação imposta à Fazenda Pública deve sujeitar-se à remessa necessária, ainda que seja apenas relativa a honorários de sucumbência.

À evidência, excepcionadas as ressalvas contidas no próprio art. 496 do CPC, toda e qualquer condenação imposta contra a Fazenda Pública deve sujeitar-se à remessa necessária, ainda que seja apenas relativa a honorários de sucumbência.

O Superior Tribunal de Justiça corrobora esse entendimento, tendo, aliás, editado o enunciado 325 da Súmula de sua Jurisprudência Predominante, cujo teor tem a seguinte redação: "A remessa oficial devolve ao Tribunal o reexame de todas as parcelas da condenação suportadas pela Fazenda Pública, inclusive dos honorários de advogado". Significa, então, que há remessa necessária no tocante a qualquer condenação imposta contra a Fazenda Pública, ainda que se restrinja aos honorários de sucumbência. Cumpre, todavia, consignar que somente há remessa necessária, mesmo no caso a que se refere o referido enunciado sumular, se o valor da condenação for superior aos limites previstos no § 3º do art. 496 do CPC. Assim, se a Fazenda Pública for condenada ao pagamento de honorários nos limites ali previstos, não haverá remessa necessária.

Qualquer decisão de mérito proferida contra a Fazenda Pública, tenha ou não conteúdo econômico, há de se submeter à remessa necessária, ressalvadas as hipóteses de dispensa que constam dos §§ 3º e 4º do art. 496 do CPC.

[26] Assim também entende CASTELO BRANCO, Janaína Soares Noleto. *Advocacia Pública e solução consensual dos conflitos*. Salvador: JusPodivm, 2018, n. 4.2.5.4, p. 145-146.

[27] Nesse sentido, o enunciado 17 do Fórum Nacional do Poder Público: "A decisão parcial de mérito proferida contra a Fazenda Pública está sujeita ao regime da remessa necessária". Mesmo no processo coletivo, a decisão parcial de mérito pode sujeitar-se à remessa necessária. Nesse mesmo sentido, o enunciado 119 do Fórum Nacional do Poder Público: "Admite-se a resolução parcial de mérito nas ações coletivas propostas contra a Fazenda Pública, sujeitando-se à remessa necessária, quando esta for cabível".

9.4.2 Remessa necessária e decisões que não resolvem o mérito

Muito já se discutiu sobre a exigência de remessa necessária quando a decisão proferida contra a Fazenda Pública não resolve o mérito. O texto legal dispõe que deve haver remessa necessária quando a sentença for proferida *contra* a Fazenda Pública.

A jurisprudência do STJ entende que não se admite a remessa necessária relativamente às sentenças que não resolvam o mérito.[28]

Se a Fazenda Pública for autora da demanda, e for extinto o processo sem resolução do mérito, não há, segundo esse mesmo entendimento, uma sentença proferida *contra* o ente público.[29] Para o STJ, só há remessa necessária se a sentença contrária ao Poder Público for de mérito.

Há remessa necessária quanto ao capítulo da sentença que condena a Fazenda Pública no pagamento de honorários de advogado. Se, porém, tal sentença não resolve o mérito, não há remessa necessária, nem mesmo quanto à parte relativa aos honorários de advogado.[30]

9.4.3 Remessa necessária na ação popular

Na ação popular, há remessa necessária não em relação à sentença que julga procedente o pedido, mas à sentença que extingue o processo sem resolução do mérito ou da que julga improcedente o pedido.

Em outras palavras, está sujeita à remessa necessária, na ação popular, a sentença contrária ao autor, seja ou não de mérito. Com efeito, assim dispõe o art. 19 da Lei 4.717/1965: "A sentença que concluir pela carência ou pela improcedência da ação está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal; (...)".

Segundo já decidiu o Superior Tribunal de Justiça, "Do cotejo dos arts. 9º e 19 da Lei n. 4.717/1965 extrai-se que a única hipótese de extinção da ação popular sem resolução do mérito que enseja o reexame necessário é aquela fulcrada na carência de ação, não havendo o duplo grau de jurisdição obrigatório de sentença que, após o transcurso, *in albis*, do prazo nonagesimal durante o qual qualquer cidadão ou o Ministério Público pode promover o prosseguimento do feito (art. 9º), julga extinta tal ação em razão de desistência da parte autora".[31] Assim, se o autor popular desistir da ação, abre-se prazo para que qualquer outro cidadão ou o Ministério Público possa assumir a condição de autor e, então, o processo prosseguir. Não havendo a assunção da

[28] Nesse sentido: STJ, 2ª Turma, AgRg no AREsp 335.868/CE, Rel. Min. Herman Benjamin, *DJe* 9.12.2013.

[29] STJ, 2ª Turma, AgInt no AREsp 906.674/SP, Rel. Min. Francisco Falcão, *DJe* 26.2.2018.

[30] STJ, 2ª Turma, AgRg no AREsp 335.868/CE, Rel. Min. Herman Benjamin, *DJe* 9.12.2013; STJ, 2ª Turma, AgInt no REsp 1.813.749/CE, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, *DJe* 19.9.2019.

[31] STJ, 1ª Turma, REsp 1.115.586/DF, Rel. Min. Gurgel de Faria, *DJe* 22.8.2016.

Digitalizada com CamScanner

condição de autor por quem quer que seja, o juiz vai extinguir o processo sem resolução do mérito em razão da desistência, não havendo, em tal hipótese, remessa necessária.

Enfim, a expressão "a sentença que concluir pela carência da ação" é interpretada de forma bem restritiva pelo STJ, que entende somente haver remessa necessária da sentença de carência; qualquer outra sentença que extinga sem resolução do mérito o processo da ação popular não está, segundo entendimento do STJ, sujeita à remessa necessária.[32] Carência é termo não mais utilizado pelo atual CPC; deve, atualmente, ser compreendido em acepção restrita, abrangendo a extinção por ilegitimidade ou pela falta de interesse de agir.

9.4.4 Remessa necessária na ação de improbidade administrativa e na ação civil pública. Aplicação analógica da Lei 4.717/1965

A jurisprudência entende que a disposição relativa à ação popular aplica-se igualmente à ação de improbidade administrativa e à ação civil pública. Assim, "Por aplicação analógica da primeira parte do art. 19 da Lei nº 4.717/65, as sentenças de improcedência de ação civil pública sujeitam-se indistintamente ao reexame necessário".[33]

Esse entendimento foi reafirmado no julgamento dos Embargos de Divergência no Recurso Especial 1.220.667/MG, Rel. Min. Herman Benjamin.[34] Logo, as sentenças de improcedência, em ação de improbidade administrativa, estão sujeitas à remessa necessária.[35]

O STJ, como tribunal que fixa a interpretação do direito infraconstitucional garantindo a sua unidade, ao julgar os referidos embargos de divergência, formou um precedente que afasta a controvérsia ali instaurada entre suas 1ª e 2ª Turmas.

Decidida a questão pela Seção, que, por ser exclusiva nesta matéria, faz as vezes de tribunal pleno ou corte especial, formou-se precedente obrigatório, nos termos do art. 927, V, do CPC, aplicado aqui por analogia, consideradas a disciplina e a função dos embargos de divergência (CPC, arts. 1.043 e 1.044).

Em virtude da existência do microssistema das ações coletivas, a regra da remessa necessária da ação popular também deve aplicar-se à ação de improbidade administrativa.

---

32 STJ, 2ª Turma, AC 47/RS, Rel. Min. Herman Benjamin, *DJe* 14.11.2018.

33 STJ, 2ª Turma, REsp 1.108.542/SC, Rel. Min. Castro Meira, *DJe* 29.5.2009. No mesmo sentido: STJ, 2ª Turma, AgRg no REsp 1.219.033/RJ, Rel. Min. Herman Benjamin, *DJe* 25.4.2011; STJ, 1ª Turma, REsp 1.257.587/MG, Rel. Min. Benedito Gonçalves, *DJe* 16.11.2011; STJ, 2ª Turma, REsp 1.218.063/MG, Rel. Min. Humberto Martins, *DJe* 26.4.2011; STJ, 2ª Turma, REsp 1.299.232/AC, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, *DJe* 14.12.2012; STJ, 2ª Turma, REsp 1.556.576/PE, Rel. Min. Herman Benjamin, *DJe* 31.5.2016.

34 STJ, 1ª Seção, EREsp 1.220.667/MG, Rel. Min. Herman Benjamin, *DJe* 30.6.2017.

35 Em sentido contrário, STJ, 1ª Turma, REsp 1.385.398/SE, Rel. Min. Olindo Menezes (Des. Conv. do TRF da 1ª Região), *DJe* 4.12.2015.

Em relação à ação civil pública, há 5 (cinco) possibilidades hermenêuticas: *a)* não há remessa necessária em ação civil pública; *b)* aplica-se a regra geral do CPC (art. 496);[36] *c)* aplica-se, por analogia, a regra da lei de ação popular;[37] *d)* aplica-se, por analogia, o regime da ação popular, para os casos de ação civil pública que possa ter conteúdo de ação popular; *e)* aplicam-se ambos os regimes (com as variações "c" ou "d", conforme o caso), porque não são incompatíveis.

Opta-se pela última solução, com a aplicação da hipótese "d".

Assim, condenada a Fazenda Pública em ação civil pública, há remessa necessária, nos casos previstos no art. 496 do CPC; julgada improcedente ação civil pública ou extinto o processo por ausência de interesse processual ou legitimidade (CPC, art. 485, VI), quando a ação civil pública tiver conteúdo de ação popular, envolva ou não ente público, há, também, remessa necessária.[38] Assim, por exemplo, sentença de improcedência em ação civil pública para a tutela de direitos individuais homogêneos não se sujeita à remessa necessária.[39]

9.4.5 Remessa necessária em mandado de segurança

A sentença que conceder a segurança está sujeita à remessa necessária, somente transitando em julgado depois de reexaminada pelo tribunal.

Nos termos do CPC, haverá remessa necessária se a sentença for proferida contra a União, o Estado, o Distrito Federal, o Município e suas respectivas autarquias e fundações.

O § 1º do art. 14 da Lei 12.016/2009 estabelece que, concedida a segurança, haverá remessa necessária. No mandado de segurança, *não* importa a condição da parte que ocupa o polo passivo da demanda; haverá remessa necessária se houver a *concessão* da segurança.

O mandado de segurança pode ser impetrado contra agente integrante de entidade particular ou de pessoa jurídica de direito privado que exerça atividade

---

36 MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 388.

37 SAAD NETTO, Patrícia Mara dos Santos; GOMES JR., Luiz Manoel. O art. 475, inciso II, do CPC e o sistema recursal nas ações civis públicas. *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outras formas de impugnação das decisões judiciais*. São Paulo: RT, 2003, p. 445-446; STJ, 2ª Turma, AgRg no REsp 1.219.033/RJ, Rel. Min. Herman Benjamin, *DJe* 25.4.2011.

38 STJ, 1ª Turma, AgInt no REsp 1.547.569/RJ, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, *DJe* 27.6.2019.

39 "Nos termos da jurisprudência desta Corte Superior, é aplicável o reexame necessário nas hipóteses de ação civil pública, independentemente da presença de pessoa de direito público no polo passivo, porém não se aplica aos litígios que versem exclusivamente sobre direitos individuais homogêneos" (STJ, 3ª Turma, AgInt no REsp 1.690.987/MG, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, *DJe* 30.8.2018); STJ, 3ª Turma, REsp 1.374.232/ES, Rel. Min. Nancy Andrighi, *DJe* 2.10.2017.

Digitalizada com CamScanner

pública por delegação. Também cabe, em algumas situações, mandado de segurança contra ato de agente ou funcionário de empresa pública ou sociedade de economia mista (Súmula 333 do STJ).

No mandado de segurança, haverá remessa necessária não porque a sentença foi proferida contra a União, o Estado, o Município, o Distrito Federal ou qualquer outro ente público, mas porque se trata de sentença concessiva da segurança. Concedida a segurança, ainda que se trate de sentença contra empresa pública ou sociedade de economia mista, haverá a remessa necessária. Numa demanda de procedimento comum, não há remessa necessária de sentença proferida contra um ente privado, mas, no mandado de segurança, proferida sentença de procedência, *independentemente* da condição da parte demandada, haverá remessa necessária.

9.4.6 Sentença que acolhe embargos à execução fiscal

A sentença que julga procedentes, no todo ou em parte, os embargos à execução fiscal está sujeita à remessa necessária. Mesmo que o acolhimento aos embargos seja parcial, há remessa necessária.

A remessa necessária ocorre relativamente à sentença proferida contra a Fazenda Pública. Enquanto o inciso I do art. 496 refere-se ao *processo* ou à *fase de conhecimento*, seu inciso II diz respeito aos embargos acolhidos em *execução fiscal*. Em todos os casos, a sentença é contrária à Fazenda Pública.

Então, por que não estabelecer, numa regra única, sem destaques, que haveria remessa necessária em relação a qualquer sentença proferida contra a Fazenda Pública? Havendo a ressalva no inciso II, questiona-se: há remessa necessária de sentença proferida em embargos à execução não fiscal?

O inciso I abrange realmente apenas as sentenças proferidas no processo ou na fase de conhecimento ou apanha, também, aquelas exaradas em embargos à execução que não seja fiscal? Sendo os embargos à execução um processo cognitivo, despontou o entendimento de que a remessa estendia-se a todo e qualquer processo de conhecimento, alcançando, inclusive, as sentenças proferidas em embargos à execução *não* fiscal. Assim, por exemplo, vencida a Fazenda Pública em ação de conhecimento e, depois da remessa necessária, sobrevindo o trânsito em julgado, daí se seguindo cumprimento da sentença, impugnada pela Fazenda, o julgamento que lhe seja desfavorável estaria sujeito à remessa? Não, porque a decisão que rejeitar a impugnação é interlocutória, não havendo remessa necessária. Ainda quando se tratar de embargos à execução não fiscal, também não há remessa necessária; esta só existe em embargos à execução fiscal.[40]

[40] Nesse sentido, o enunciado 158 das II Jornadas de Direito Processual Civil, do Conselho da Justiça Federal: "A sentença de rejeição dos embargos à execução opostos pela Fazenda Pública não está sujeita à remessa necessária".

Se a execução fiscal for extinta, por razões de mérito, em virtude do acolhimento de exceção de pré-executividade, a sentença sujeita-se à remessa necessária, "uma vez que a situação assemelha-se ao julgamento de procedência de Embargos do Devedor".[41] Caso a Fazenda Pública, com fundamento no art. 26 da Lei 6.830/1980, cancele a Certidão de Dívida Ativa e requeira a extinção da execução fiscal, não haverá remessa necessária, ainda que tenha sido ajuizada exceção de pré-executividade.[42]

9.4.7 Sentença proferida em processo no qual a Fazenda Pública figura como assistente simples do réu

Se a Fazenda Pública for assistente do réu, vindo este a restar sucumbente, deve ou não haver a remessa necessária? Em outras palavras, se a Fazenda Pública não for ré, mas for assistente simples do réu, havendo procedência, haverá reexame necessário? Numa ação proposta, por exemplo, contra a Caixa Econômica Federal, a União figura como assistente sua; condenada a Caixa, deve haver remessa necessária?

A remessa necessária aplica-se às decisões de mérito proferidas contra a Fazenda Pública. Para que haja coisa julgada material, é preciso que haja a remessa necessária.

O assistente simples não se sujeita à coisa julgada material. No caso de a Fazenda Pública ser assistente simples, não haverá sentença *contra* ela proferida, não sendo hipótese, portanto, de remessa necessária. Na hipótese de o assistido ser também uma pessoa jurídica de direito público, haverá remessa necessária não porque há um ente público como assistente, mas sim por haver outro que figura como a parte que restou vencida.

Diante disso, é forçoso concluir que, sendo a Fazenda Pública assistente simples do réu, *não* há remessa necessária, caso este venha a ser derrotado, a não ser que ele, réu, também ostente a condição de pessoa jurídica de direito público. Nesse caso, haverá a remessa necessária não porque há um ente público como assistente, mas sim por haver outro que figura como réu.

9.4.8 Remessa necessária e sentença arbitral

O Poder Público pode submeter-se à arbitragem, conforme reconhece o § 1º do art. 1º da Lei 9.307/1996, acrescido pela Lei 13.129/2015 e explicado no Capítulo XVI do presente livro.

Por se tratar de um processo convencional, e não haver a divisão entre instâncias, a sentença arbitral proferida contra a Fazenda Pública não se submete à remessa necessária – até porque nem haveria para onde ser remetida. Nesse sentido, assim está redigido o enunciado 164 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: "A sentença arbitral contra a Fazenda Pública não está sujeita à remessa necessária".

[41] STJ, 2ª Turma, REsp 1.385.172/SP, Rel. Min. Eliana Calmon, *DJe* 24.10.2013.

[42] STJ, 2ª Turma, REsp 1.415.603/CE, Rel. Min. Herman Benjamin, *DJe* 20.6.2014.

Digitalizada com CamScanner

9.4.9 Requisito negativo de admissibilidade da remessa necessária

Já se viu que a remessa necessária está prevista no art. 496 do CPC. Ali estão os casos em que ela é admitida e deve ocorrer.

No CPC de 1973, havia remessa necessária independentemente de apelação. O § 1º de seu art. 475 dispunha que, "nos casos previstos neste artigo, o juiz ordenará a remessa dos autos ao tribunal, *haja ou não apelação*; não o fazendo, deverá o presidente do tribunal avocá-los".

Não é essa a dicção do § 1º do art. 496 do atual CPC. Eis sua redação: "Nos casos previstos neste artigo, *não interposta a apelação no prazo legal*, o juiz ordenará a remessa dos autos ao tribunal, e, se não o fizer, o presidente do respectivo tribunal avocá-los-á".

Há, no § 1º do referido art. 496, um requisito a ser observado.

O dispositivo contém uma novidade que merece ser destacada. Até antes do atual CPC, havia remessa necessária, independentemente da interposição de apelação pelo Poder Público. Interposta ou não a apelação havia a remessa necessária da sentença contrária à Fazenda Pública. Em razão do disposto no § 1º do art. 496 do CPC, só haverá remessa necessária, se não houver apelação. Interposta que seja a apelação, não se terá, no caso, remessa necessária.[43]

Se a apelação for parcial, haverá a remessa necessária quanto à parte não recorrida. Aliás, eis o enunciado 432 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: "A interposição de apelação parcial não impede a remessa necessária". Nesse caso, haverá remessa necessária quanto à parte não atacada por apelação.

Enfim, havendo apelação, não haverá remessa necessária. Sendo a apelação parcial, haverá remessa necessária quanto à parte não apelada.

Isso acarreta uma repercussão prática muito relevante. Se a apelação for interposta pela Fazenda Pública, mas não for admissível, pois não atacou, por exemplo, o fundamento da sentença apelada, deixando de atender ao requisito da regularidade formal (nesse ponto, identificado pela doutrina como dialeticidade), a apelação não será conhecida e também não haverá remessa necessária.

Tudo está a demonstrar, portanto, que não há remessa necessária se houver apelação interposta pela Fazenda Pública, independentemente de esta ser ou não admitida no caso. Apenas quando a apelação for intempestiva é que haverá remessa, pois recurso intempestivo equivale, como se sabe, a recurso não interposto. Ressalvada essa hipótese, a interposição da apelação afasta a remessa necessária.

Há, em suma, um requisito negativo de admissibilidade para remessa necessária no § 1º do art. 496 do CPC: se houver apelação interposta pela Fazenda Pública, não haverá remessa necessária.

---

[43] *Nesse mesmo sentido,* CASTELO BRANCO, Janaína Soares Noleto. *Advocacia Pública e solução consensual dos conflitos.* Salvador: JusPodivm, 2018, n. 4.2.5.1, p. 136-137.

9.4.10 Remessa necessária e as decisões interlocutórias não agraváveis. Aplicação do § 1º do art. 1.009 do CPC à remessa necessária[44]

Só deve haver remessa necessária se não houver apelação e não incidir qualquer das hipóteses previstas nos §§ 3º e 4º do art. 496 do CPC. Em outras palavras, havendo apelação, não haverá remessa necessária. Se houver apelação, o recorrente poderá nela impugnar a sentença e as interlocutórias não agraváveis (CPC, art. 1.009, § 1º).

A remessa necessária há de abranger não apenas a sentença não apelada, mas também todas as interlocutórias não agraváveis relacionadas ao capítulo objeto da remessa. Não havendo apelação, a remessa necessária devolve ao tribunal tudo o que a apelação poderia. A remessa necessária, ademais, serve para que se opere efetivamente o trânsito em julgado da decisão. As interlocutórias não agraváveis não precluem imediatamente; só precluem se não houver apelação. Não sendo interposta apelação, a remessa necessária devolve todas as decisões interlocutórias que poderiam ter sido impugnadas na apelação, mas não o foram.

Se a apelação for parcial, a remessa necessária devolve ao tribunal o capítulo da sentença não impugnado na apelação e as interlocutórias não agraváveis a esse capítulo relacionadas; na apelação parcial, as decisões interlocutórias que sejam comuns a todos os capítulos e aquelas relacionadas ao capítulo apelado terão de ser expressamente atacadas na apelação, sob pena de preclusão.

9.5 REMESSA NECESSÁRIA E A EXTENSÃO DA COISA JULGADA À QUESTÃO PREJUDICIAL INCIDENTAL

O CPC de 2015 instituiu dois regimes jurídicos de coisa julgada: (a) o comum, aplicável à coisa julgada relativa às questões principais; (b) o especial, aplicável à coisa julgada das questões prejudiciais incidentais.

Em regra, não há coisa julgada sobre as questões prejudiciais. O § 1º do art. 503 do CPC estabelece pressupostos para que a questão prejudicial, decidida incidentalmente, torne-se indiscutível pela coisa julgada material. Preenchidos os pressupostos dos §§ 1º e 2º do art. 503 do CPC, a resolução da questão prejudicial incidental fica imunizada pela coisa julgada material. Entre os pressupostos, está a decisão *expressa*. É preciso, enfim, que haja *expressa* decisão sobre a questão prejudicial para que haja coisa julgada material sobre ela.

Sendo caso de remessa necessária, a questão prejudicial decidida incidentemente no processo deve, para que se sujeite à coisa julgada, preencher os pressupostos dos

---

[44] O presente item foi inserido a partir de discussões travadas no II Colóquio Luso-Brasileiro de Direito Processual, realizado em Coimbra, por iniciativa da Instituto Jurídico de Coimbra, da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra e da Associação Norte e Nordeste de Professores de Processo – ANNEP, nos dias 21 e 22 de novembro de 2017. As discussões surgiram em razão de pergunta feita por uma aluna do curso de mestrado em Direito da Universidade de Coimbra, que estava na audiência.

Digitalizada com CamScanner

§§ 1º e 2º do art. 503 do CPC, além de ser *expressamente* decidida pelo juiz, bem como pelo tribunal. Em outras palavras, deve haver *expressa* decisão pelo juiz de primeira instância e, igualmente, pelo tribunal, ao julgar a remessa necessária.[45]

9.6 PROCEDIMENTO

Cabe ao juiz, ao proferir a sentença que se encaixe numa das hipóteses do art. 496, determinar, expressamente, a remessa dos autos ao tribunal que lhe seja hierarquicamente superior e ao qual esteja vinculado funcionalmente.

Não havendo apelação,[46] os autos devem ser enviados ao tribunal para que seja a sentença reexaminada. A ausência de tal determinação impede o trânsito em julgado, podendo o juiz corrigir a omissão a qualquer momento, não havendo preclusão quanto à matéria.

Em vista de provocação de qualquer das partes ou até mesmo de ofício, poderá, de igual modo, o presidente do tribunal avocar os autos. Caso haja apelação, não haverá remessa. Não havendo apelação, deve-se determinar o envio dos autos ao tribunal, que deverá apreciar a remessa necessária. Nela, o tribunal irá analisar toda a matéria discutida na causa. Se for *parcial* o recurso da Fazenda Pública, a remessa obrigatória dirá respeito à parte não apelada.

Determinada a remessa dos autos ou avocados que sejam estes, o procedimento para que o tribunal efetive o reexame da sentença será estabelecido no seu regimento interno. Na verdade, o procedimento da remessa necessária é igual ao da apelação.

A vedação à *reformatio in pejus* também se aplica à remessa necessária. Não é possível o tribunal, ao julgar a remessa necessária, agravar a situação da Fazenda Pública. Nesse sentido, assim está redigido o enunciado 45 da Súmula do STJ: "No reexame necessário, é defeso, ao tribunal, agravar a condenação imposta à Fazenda Pública".

O tribunal não pode nem mesmo alterar o capítulo da sentença relativo a juros e a correção monetária se a mudança agravar a condenação imposta à Fazenda Pública. Nesse sentido, o enunciado 34 do Fórum Nacional do Poder Público: "Viola a proibição da *reformatio in pejus* o agravamento, em remessa necessária, dos juros e correção monetária estabelecidos em sentenças condenatórias contra a Fazenda Pública".

A decisão que julgar a remessa necessária substitui a decisão reexaminada. Em outras palavras, aplica-se à remessa necessária o disposto no art. 1.008 do CPC, valendo dizer que a decisão que a julga substitui a sentença reexaminada.

---

[45] Nesse sentido, o enunciado 439 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: "Nas causas contra a Fazenda Pública, além do preenchimento dos pressupostos previstos no art. 503, §§ 1º e 2º, a coisa julgada sobre a questão prejudicial incidental depende de remessa necessária, quando for o caso".

[46] Ou agravo de instrumento, no caso da decisão interlocutória de mérito.

À remessa necessária aplica-se o art. 935 do CPC, devendo seu julgamento ser *incluído em pauta*, com a antecedência de, pelo menos, cinco dias, sob pena de nulidade (Súmula 117 do STJ). O enunciado 117 da Súmula do STJ refere-se ao prazo de 48 horas, pois era este o previsto no CPC/1973. No CPC/2015, o prazo foi ampliado para cinco dias. Aliás, convém lembrar que tal prazo deve ser contado apenas em dias úteis (CPC, art. 219).

Se a remessa necessária não for julgada na sessão designada, deverá ser novamente incluída em pauta, a não ser que o julgamento tenha sido adiado para a primeira sessão seguinte (CPC, art. 935).

No julgamento da remessa necessária, admite-se sustentação oral pelos advogados de ambas as partes. A propósito, há preferência no julgamento da remessa necessária com sustentação oral, observada a ordem dos requerimentos (CPC, art. 936, I).

O julgamento da remessa necessária terá preferência se assim for solicitado (CPC, art. 936, II), mas terá mais preferência aquele em que houver sustentação oral (CPC, art. 936, I).

A remessa necessária pode ser julgada apenas pelo relator, se configurada uma das hipóteses relacionadas no art. 932, IV e V (Súmula 253 do STJ). O enunciado 253 da Súmula do STJ menciona o art. 557, pois este era o dispositivo equivalente ao atual art. 932. Mantém-se o enunciado sumular, com a ressalva do número do dispositivo.

A remessa necessária será julgada, no órgão colegiado, pelo voto de três juízes (CPC, art. 941, § 2º, aplicável por analogia). No procedimento da remessa necessária, não se aplica a técnica de ampliação do colegiado prevista no art. 942 (CPC, art. 942, § 4º, II). Assim, a existência de um voto divergente não impede a proclamação imediata do resultado do julgamento.

Em caso de remessa necessária, nenhuma das partes pode valer-se da apelação adesiva, pois, nesse caso, as partes já sabem, de antemão, que haverá o encaminhamento dos autos ao tribunal, não estando presente um dos requisitos do recurso adesivo, qual seja, a conformação inicial com o julgado, destinada a obter o imediato trânsito em julgado.

9.7 TUTELA PROVISÓRIA NA REMESSA NECESSÁRIA

A remessa necessária carrega consigo os mesmos efeitos da apelação não interposta. Nos casos em que a apelação tem duplo efeito, mas não é interposta, e a hipótese for de remessa necessária, os dois efeitos serão produzidos com a remessa.

Nos casos em que a apelação só tem efeito devolutivo, não sendo interposta e sendo hipótese de remessa necessária, também só se produzirá o efeito devolutivo.

Nessa última hipótese, a sentença produz efeitos imediatos, a exemplo do que ocorre normalmente no mandado de segurança. Mesmo sujeita à remessa necessária, a sentença produz efeitos imediatos. É possível, porém, que haja uma urgência que

Digitalizada com CamScanner

imponha uma medida destinada a conferir efeito suspensivo à remessa necessária e obstar a produção de efeitos da sentença. Para tanto, o Poder Público dispõe do pedido de suspensão de segurança, examinado no Capítulo XV deste livro.

Além da suspensão de segurança, é possível pedir ao relator da remessa necessária a concessão do pretendido efeito suspensivo. Aqui há de se aplicar, por analogia, o disposto no § 3º do art. 1.012 do CPC. A remessa necessária, que é um recurso de ofício, rege-se, por analogia, pelas normas aplicáveis à apelação. Na remessa necessária, o pedido de concessão de efeito suspensivo poderá ser formulado por requerimento dirigido ao tribunal, no período compreendido entre a prolação da sentença e a distribuição da remessa, ficando o relator designado para seu exame prevento para julgá-la. Se a remessa necessária já tiver sido distribuída, o pedido de concessão de efeito suspensivo poderá ser formulado por requerimento dirigido ao relator.

O pedido de concessão de efeito suspensivo na remessa necessária não inibe nem impede a suspensão de segurança, postulada ao presidente do tribunal. De igual modo, a suspensão de segurança requerida ao presidente do tribunal não impede o pedido de concessão de efeito suspensivo ao relator da remessa necessária. São medidas concorrentes, que podem ser requeridas paralelamente.

9.8 HIPÓTESES DE DISPENSA DA REMESSA NECESSÁRIA

9.8.1. Valor da condenação ou do direito controvertido

Os §§ 3º e 4º do art. 496 do CPC preveem casos em que a remessa necessária haverá de ser dispensada pelo juiz. Para que haja a dispensa, é preciso que o juiz a ela faça expressa menção na sentença. Nesse sentido, o enunciado 18 do I Fórum Nacional do Poder Público – Brasília/DF: "A dispensa da remessa necessária prevista no art. 496, §§ 3º e 4º, CPC, depende de expressa referência na sentença".

A primeira hipótese de dispensa ocorre nos casos em que a condenação, ou o direito controvertido, for de *valor certo e líquido* inferior a 1.000 (mil) salários mínimos para a União e suas autarquias e fundações, a 500 (quinhentos) salários mínimos para os Estados, o Distrito Federal, os Municípios que constituam capitais dos Estados e suas respectivas autarquias e fundações e a 100 (cem) salários mínimos para todos os demais Municípios e suas autarquias e fundações.

O montante não excedente a tais limites deve ser considerado no momento em que a sentença for proferida.[47] Ainda que o valor atribuído à causa, quando de sua propositura, seja superior aos seus respectivos limites, o que deve ser levado em conta é o quanto representa a condenação no momento do julgamento. E se o

[47] Nesse sentido, o enunciado 35 do Fórum Nacional do Poder Público: "Para fins de remessa necessária, deve ser utilizado como referência o valor do salário mínimo vigente na data da publicação da sentença".

valor envolvido ou a condenação corresponder, exatamente, a 1.000 (mil) salários mínimos (no caso da União e suas autarquias e fundações), a 500 (quinhentos) salários mínimos (no caso do Estado, do Distrito Federal, dos Municípios-capitais e de suas respectivas autarquias e fundações) e a 100 (cem) salários mínimos (no caso dos demais Municípios e de suas autarquias e fundações)? Nesses casos, haverá ou não o reexame?

Nos termos do § 3º do art. 496, não se aplica a remessa necessária se a condenação ou o proveito econômico for de valor certo e líquido *inferior a* cada um daqueles limites. Significa que somente haverá remessa se o valor for *superior* aos limites legais. Logo, ostentando a condenação ou o proveito econômico a cifra exata a um daqueles limites, *deve haver* a remessa necessária, pois já se terá ultrapassado a faixa prevista em lei para a sua dispensa. A interpretação, no caso, há de ser literal, pois se trata de norma restritiva, devendo sua exegese ser estrita, sem qualquer largueza.

Estão, de igual modo, excluídas da remessa necessária as sentenças de procedência proferidas nos embargos à execução fiscal, cujo valor, à época da sentença, atualizado monetariamente e acrescido de juros e demais encargos, seja inferior aos limites previstos no § 3º do art. 496 do CPC. Caso haja a reunião de várias execuções por conexão, há de se considerar o valor de cada dívida individualmente.

A remessa necessária somente pode ser dispensada se a sentença for certa e líquida. Aliás, o § 3º do art. 496 do CPC vale-se expressamente da expressão "valor certo e líquido". Sendo ilíquida a sentença, não é possível dispensar a remessa necessária (Súmula 490 do STJ). O enunciado 490 da Súmula do STJ refere-se ao valor de sessenta salários mínimos, que era o previsto no CPC/1973. O entendimento mantém-se; alteraram-se apenas os limites legais.

9.8.2. Súmulas (judiciais e administrativas). Precedentes obrigatórios. Entendimentos vinculantes

A remessa necessária também há de ser dispensada quando a sentença estiver fundada em súmula de tribunal superior ou em entendimento firmado em casos repetitivos. Nos termos do art. 928 do CPC, consideram-se casos repetitivos a decisão proferida em (a) incidente de resolução de demandas repetitivas e em (b) recursos especial e extraordinário repetitivos.

Logo, os incisos II e III do § 4º do art. 496 do CPC poderiam ser resumidos num único inciso, a dizer que se dispensa a remessa necessária quando a sentença estiver fundada em entendimento firmado em casos repetitivos. Há, no CPC, um microssistema de formação de precedentes obrigatórios em julgamento de casos repetitivos. Ainda se dispensa a remessa necessária quando a sentença estiver fundada em entendimento firmado em assunção de competência.

Para além dessas hipóteses, se, no âmbito interno da Administração Pública, houver recomendação de não se interpor recurso, tal recomendação vincula os

Digitalizada com CamScanner

advogados públicos, não devendo haver remessa necessária, que deverá ser dispensada pelo juiz.

Em razão do princípio da lealdade e boa-fé processual, cabe ao advogado público informar ao juiz para que haja expressa dispensa da remessa necessária, evitando o encaminhamento desnecessário dos autos ao respectivo tribunal. Não só ao advogado público no processo judicial, mas à Administração Pública em geral cabe divulgar, informar, comunicar, dar ampla publicidade à existência de parecer, súmula, manifestação ou orientação interna para que todos possam saber de sua existência e ter acesso a seu conteúdo.[48] Segundo a previsão legal, a remessa necessária deve ser dispensada quando a sentença estiver fundada em entendimento coincidente com orientação vinculante firmada no âmbito administrativo do próprio ente público, consolidada em manifestação, parecer ou súmula administrativa. É preciso que haja manifestação expressa, ou parecer, ou súmula administrativa para que seja dispensada a remessa necessária.

Nos termos do art. 19 da Lei 10.522/2002, com a redação que lhe foi dada pela Lei 13.874/2019, "Fica a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional dispensada de contestar, de oferecer contrarrazões e de interpor recursos, e fica autorizada a desistir de recursos já interpostos, desde que inexista outro fundamento relevante", nas hipóteses ali mencionadas. Tal disposição aplica-se à Procuradoria-Geral da União, à Procuradoria-Geral Federal e à Procuradoria-Geral do Banco Central do Brasil, de acordo com o art. 19-D daquela mesma lei, sem prejuízo do disposto na Lei 9.469/1997.

Em vários casos, não devem os advogados públicos federais interpor recursos. Em todos esses casos, também não deve haver remessa necessária. Assim, se houver parecer, vigente e aprovado, pelo Procurador-Geral da Fazenda Nacional, pelo Advogado-Geral da União ou por um dos Procuradores-Gerais de uma das Procuradorias acima mencionadas que conclua no mesmo sentido do pleito do particular, ou se o tema objeto da decisão judicial estiver fundado em dispositivo que tenha tido sua inconstitucionalidade proclamada pelo STF em sede de controle difuso ou tenha sua vigência suspensa por resolução do Senado Federal, ou sobre ele exista enunciado de súmula vinculante ou tenha sido definido pelo STF em controle concentrado de constitucionalidade de modo contrário ao Poder Público, não deve ser interposto recurso nem, de igual modo, deve haver remessa necessária.

Essas hipóteses de dispensa de recurso (e, de resto, da remessa necessária) podem ser estendidas a tema não abrangido pelo julgado paradigma ou pelo precedente obrigatório, quando a ele forem aplicáveis os fundamentos determinantes dali extraídos, desde que inexista outro fundamento relevante que justifique a impugnação em juízo (§ 9º do art. 19 da Lei 10.522/2002, incluído pela Lei 13.874/2019).

[48] A propósito, confira-se o enunciado 433 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: "Cabe à Administração Pública dar publicidade às suas orientações vinculantes, preferencialmente pela rede mundial de computadores".

Também se dispensa a interposição de recurso (e, consequentemente, a remessa necessária) quando o tema decidido pelo STF em matéria constitucional ou pelo STJ, pelo TST, pelo TSE ou pela TNU, nos temas de suas competências, for definido em sede de repercussão geral ou de recurso repetitivo, ou, então, não houver viabilidade de reversão da tese firmada em sentido desfavorável à Fazenda Nacional, conforme critérios definidos em ato do Procurador-Geral da Fazenda Nacional, ou for desfavorável a qualquer outro ente da Administração Pública Federal, conforme critérios definidos em ato do Advogado-Geral da União ou do Procurador-Geral do Banco Central do Brasil.

De acordo com o art. 18-A da Lei 10.522/2002, na redação que lhe foi dada pela Lei 13.874/2019, "Comitê formado de integrantes do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, da Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil do Ministério da Economia e da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional editará enunciados de súmula da administração tributária federal, conforme o disposto em ato do Ministro de Estado da Economia, que deverão ser observados nos atos administrativos, normativos e decisórios praticados pelos referidos órgãos". Tais enunciados, segundo dispõe o inciso VII do art. 19 da Lei 10.522/2002, com a redação que lhe foi dada pela Lei 13.874/2019, autorizam a dispensa de recurso contra decisão judicial (e, consequentemente, a dispensa da remessa necessária).

Como visto, cabe ao advogado público, em razão do princípio da boa-fé processual e da cooperação, informar ao juiz para que haja expressa dispensa da remessa necessária, evitando-se o encaminhamento desnecessário dos autos ao respectivo tribunal. Até porque o § 10 do art. 19 da Lei 10.522/2002, com a redação que lhe foi dada pela Lei 13.874/2019, determina que as hipóteses ali previstas de dispensa de recurso estendem-se "aos demais meios de impugnação às decisões judiciais".

Se não deve haver recurso, não deve, de igual modo, haver remessa necessária. Em outras palavras, sendo dispensável o recurso, é igualmente dispensável a remessa – quer seja considerada recurso ou não.

Nos termos do art. 12 da Medida Provisória 2.180-35/2001, "Não estão sujeitas ao duplo grau de jurisdição obrigatório as sentenças proferidas contra a União, suas autarquias e fundações públicas, quando a respeito da controvérsia o Advogado-Geral da União ou outro órgão administrativo competente houver editado súmula ou instrução normativa determinando a não interposição de recurso voluntário". Tal dispositivo foi revogado tacitamente pelo inciso IV do § 4º do art. 496 do CPC. Isso porque esse dispositivo regula inteiramente a matéria de que tratava aquele, havendo revogação tácita, nos termos do § 1º do art. 2º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.

9.8.3 Hipóteses de dispensa da remessa necessária no mandado de segurança

Segundo entende o STJ, as hipóteses de dispensa da remessa necessária não se aplicam ao mandado de segurança, ao argumento de que há de prevalecer a norma especial em detrimento da geral.

Digitalizada com CamScanner

Como a lei do mandado de segurança não prevê qualquer hipótese de dispensa, deve haver sempre remessa necessária da sentença que concede a ordem, não se aplicando o CPC.[49]

Muito embora prevaleça no STJ o entendimento contrário, parece mais adequado entender que as hipóteses de dispensa da remessa necessária também se aplicam ao mandado de segurança, com a ressalva das situações previstas no § 3º do art. 496 do CPC para os casos em que não há sentença líquida ou não se tem como aferir o valor do direito discutido. Se, numa demanda submetida ao procedimento comum, não há remessa necessária naquelas hipóteses, por que haveria num mandado de segurança?

Ora, sabe-se que a única diferença entre uma demanda de rito comum e o mandado de segurança está na restrição probatória desse último, que se revela cabível apenas quando os fatos estiverem provados por documentos, de forma pré-constituída. Para que se mantenha unidade no sistema, é preciso, então, que se entenda que aquelas hipóteses de dispensa do reexame necessário alcançam também a sentença proferida no mandado de segurança.

Não atende ao princípio da razoabilidade deixar de estender as hipóteses de dispensa do reexame necessário ao mandado de segurança. Demais disso, a previsão constitucional do mandado de segurança, ao fixar como requisito de sua admissibilidade o direito líquido e certo, pressupõe e exige um procedimento célere e expedito para o controle dos atos públicos. Daí por que se afina com a envergadura constitucional do mandado de segurança entender que os §§ 3º e 4º do art. 496 do CPC a ele se aplicam, de sorte que, naqueles casos, não há remessa necessária.

9.8.4 Dispensa da remessa por negócio processual?

É possível haver negócios processuais *atípicos*. Em razão da cláusula geral prevista no art. 190 do CPC, as partes podem negociar regras processuais, convencionando sobre ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, além de poderem, juntamente com o juiz, fixar o calendário processual. O tema está examinado no Capítulo XVI deste livro.

Os negócios jurídicos processuais devem situar-se no espaço de disponibilidade outorgado pelo legislador, não podendo autorregular situações alcançadas por normas cogentes.

Logo, não parece possível negócio processual que imponha remessa necessária. Esta depende de previsão em lei, pois se trata de matéria sujeita à reserva legal, estando afastada do âmbito de disponibilidade das partes.

De igual modo, não parece possível negócio processual que dispense reexame necessário, nas hipóteses em que não há dispensa legal.[50]

---

[49] STJ, 2ª Turma, REsp 1.274.066/PR, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, *DJe* 9.12.2011; STJ, 2ª Turma, AgRg no REsp 1.373.905/RJ, Rel. Min. Herman Benjamin, *DJe* 12.6.2013.

[50] Com bons argumentos, Janaína Soares Noleto Castelo Branco defende a possibilidade de a remessa necessária ser dispensada por negócio jurídico processual. Ela entende não ser possível criar novos casos de remessa necessária por negócio processual, mas é possível, segundo defende, dispensá-la consensualmente (CASTELO BRANCO, Janaína Soares Noleto. *Advocacia Pública e solução consensual dos conflitos*. Salvador: JusPodivm, 2018, n. 5.2.1.7, p. 178-182).

Significa que as hipóteses de dispensa da remessa necessária são apenas aquelas previstas em lei, não podendo as partes, por negócio processual, criar outras hipóteses de remessa, muito menos afastá-la naquelas em que a lei expressamente a impõe.

9.9 A NECESSIDADE DE DETERMINAÇÃO DA REMESSA NECESSÁRIA PELO JUIZ; MEIOS DE IMPUGNAÇÃO CONTRA A DISPENSA DA DETERMINAÇÃO

Para que haja efetivamente a remessa necessária, deve o juiz determiná-la, de maneira expressa, na própria sentença. Não havendo tal determinação, ou seja, omitindo-se o juiz em determinar a remessa obrigatória, jamais irá operar-se o trânsito em julgado da sentença.

Nesse caso, o juiz, de ofício ou a requerimento de qualquer uma das partes, poderá corrigir a omissão, determinando, a qualquer momento, a remessa dos autos ao tribunal para o reexame da sentença. Alternativamente, o presidente do tribunal, igualmente de ofício ou a requerimento de qualquer das partes, poderá avocar os autos, determinando a distribuição a um relator para que seja processado e julgado o reexame necessário.

No caso de haver a incidência de uma das hipóteses dos §§ 3º e 4º do art. 496 do CPC, não basta que o juiz simplesmente omita na sentença a determinação de reexame necessário. Isso porque a simples omissão fará com que não transite em julgado a sentença, podendo, a qualquer momento, ser determinada a remessa necessária ou avocados os autos pelo presidente do tribunal.[51]

Realmente, para que se faça valer o comando encartado nos §§ 3º e 4º do art. 496 do CPC, deve o juiz, fundamentadamente, dispensar a remessa necessária, esclarecendo o motivo pelo qual não a determinou. Aliás, a necessidade de fundamentar é exigência constitucional, reforçada pelo disposto no § 1º do art. 489 do CPC. Caso não haja a dispensa fundamentada, haverá simples omissão, impedindo o trânsito em julgado da sentença, cujo reexame necessário se considera determinado *ex lege*, consoante se extrai dos termos do enunciado 423 da Súmula do STF.

Aplicando o § 3º ou o § 4º do art. 496 do CPC, o juiz poderá, então, dispensar a remessa necessária, em decisão fundamentada inserida na própria sentença. Caberá à Fazenda Pública, nesse caso, interpor apelação, requerendo nas próprias razões recursais, caso não concorde com a dispensa, que o tribunal proceda ao reexame necessário, demonstrando a inaplicabilidade do § 3º ou do § 4º do art. 496 do CPC, conforme o caso.

---

[51] "Não transita em julgado a sentença por haver omitido o recurso *ex officio*, que se considera interposto *ex lege*" (Súmula 423 do STF).

Digitalizada com CamScanner

Não interposta a apelação, haverá preclusão quanto à dispensa fundamentada da remessa necessária, passando a sentença a revestir foros de definitividade e perenidade, dado o trânsito em julgado. Dispensada a remessa necessária e não havendo recurso contra tal dispensa, exsurgirá a coisa julgada material, somente podendo o mérito ser reapreciado em sede de ação rescisória, caso se configure uma das hipóteses arroladas no art. 966 do CPC.

Já se viu que, omitindo-se o juiz quanto à determinação da remessa necessária, a sentença *não* irá transitar em julgado, podendo, a qualquer momento, ser determinada a remessa dos autos ao tribunal, cujo presidente poderá, alternativamente, avocá-los, independentemente de requerimento da parte.

Caso o juiz se omita na determinação da remessa necessária e seja provocado para fazê-lo, vindo, porém, a recusar indevidamente, o que poderá a parte fazer, se já não houver mais prazo para apelação? Nesse caso ora imaginado, o requerimento foi feito depois de não haver mais prazo para a apelação. É possível, como visto, requerer ao presidente do tribunal a avocação dos autos. A existência de recusa expressa do juiz não impede que o presidente do tribunal avoque os autos. A avocação, prevista no § 1º do art. 496 do CPC, deve ocorrer quando simplesmente não houver determinação de remessa pelo juiz, que pode ocorrer de duas formas: quando ele meramente se omite ou quando expressamente diz que não é caso de remessa.

Em qualquer das hipóteses, cabe requerer ao presidente do tribunal a avocação dos autos, nos termos do § 1º do art. 496 do CPC. Da decisão do juiz que rejeita expressamente a remessa não cabe agravo de instrumento, por não haver previsão no art. 1.015 do CPC. O que cabe – não custa repetir – é um pedido ao presidente do tribunal para que avoque os autos. Se ele indeferir, caberá agravo interno para o plenário ou para o órgão especial, a depender da previsão regimental. Se o plenário ou o órgão especial confirmar o indeferimento da avocação, é possível a interposição de recurso especial para o STJ.

9.10 APLICAÇÃO DO § 3º DO ART. 1.013 DO CPC AO JULGAMENTO DA REMESSA NECESSÁRIA

À remessa necessária aplica-se o § 3º do art. 1.013, de modo que é possível haver julgamento direto do mérito pelo tribunal.

Para melhor compreensão dessa afirmação, é preciso observar dois aspectos.

Em primeiro lugar, cumpre relembrar que várias regras relativas à apelação são aplicadas à remessa necessária por extensão. Em segundo lugar, impõe-se esclarecer quais das hipóteses do § 3º do art. 1.013 do CPC são pertinentes com a remessa necessária.

O inciso I do § 3º do art. 1.013 cuida das decisões que não são de mérito. Já se viu que esse tipo de sentença *contra* o Poder Público não se sujeita ao reexame necessário. Mas não se pode ignorar que a sentença terminativa em ação popular (art. 19 da Lei 4.717/1965) e em ação civil pública submete-se à remessa necessária.

Nesses casos, não há qualquer obstáculo à aplicação analógica do § 3º do art. 1.013 do CPC, permitindo que o tribunal, reformando a sentença no julgamento da remessa necessária, avance e julgue o mérito da causa, se houver condições para isso.

Os demais incisos do § 3º do art. 1.013 são perfeitamente cabíveis na remessa necessária: a) decisão incongruente (inciso II); b) decisão omissa (inciso III); c) decisão nula por falta de fundamentação (inciso IV). Em todos esses casos, pode o tribunal, invalidando a sentença, estando a causa em condições de imediato julgamento, decidir desde logo o mérito da causa.

9.11 RECURSO ESPECIAL EM REMESSA NECESSÁRIA

O Superior Tribunal de Justiça vinha entendendo ser incabível o recurso especial contra acórdão proferido em remessa necessária. Não havendo apelação do ente público, mas tendo o caso sido rejulgado pelo tribunal em razão do reexame necessário, não seria cabível o recurso especial, pois haveria, nessa hipótese, preclusão lógica.[52]

Ao enfrentar o REsp 904.885/SP, a 2ª Turma do STJ, verificando haver precedentes em sentido divergente da 1ª Turma, resolveu afetar o julgamento à 1ª Seção, vindo a ser firmado o entendimento de que não cabe o recurso especial em reexame necessário, quando não interposta apelação pela Fazenda Pública, dada a existência de preclusão lógica.

O STJ entendeu não caber o recurso especial em reexame necessário, por haver preclusão lógica: seria incompatível o recurso especial com a ausência do recurso de apelação. Instada a manifestar-se sobre tal orientação, a Corte Especial do STJ chegou a conclusão diversa, entendendo ser cabível o recurso especial em reexame necessário.[53]

Este é, então, o atual entendimento do STJ: cabe o recurso especial em remessa necessária. Não há qualquer tipo de preclusão na ausência de apelação, não existindo óbice à interposição de recurso especial contra o acórdão que julga o reexame necessário. É possível, ainda, que o erro de procedimento ou de julgamento surja no acórdão que apreciou o reexame necessário, não havendo, portanto, óbice à interposição do recurso especial.

A falta de interposição do recurso é um *ato-fato*,[54] ou seja, *independe da vontade*. Não se avalia a vontade. A parte pode deixar de recorrer por diversos motivos, não importando qual foi a vontade. Não há nenhum ato incompatível com a possibilidade futura de interpor recurso especial. Nem se pode saber qual foi a vontade da Fazenda Pública.

Se, havendo remessa necessária, mas não existindo apelação, não couber o recurso especial, então o *revel* também não pode recorrer. A situação é a mesma.

---

52 STJ, 5ª Turma, REsp 478.908/PE, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, *DJ* 25.8.2003, p. 360.

53 STJ, Corte Especial, REsp 905.771/CE, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, *DJe* 19.8.2010.

54 Sobre o ato-fato e o ato-fato processual, vejam-se os itens 16.5.1 e 16.5.3 do presente livro.

Digitalizada com CamScanner

Quando o réu não apresenta contestação, não importa qual foi sua vontade. A ele se permite, a qualquer momento, participar da causa, podendo, até mesmo, interpor recursos, sem que haja qualquer contradição ou preclusão lógica.

A revelia também se caracteriza por ser um *ato-fato*, de sorte que é irrelevante a vontade da parte; não se investiga sua vontade. Não há, portanto, preclusão lógica no ato de o revel recorrer, pois não há vontade manifestada que possa contrariar ou ser logicamente impeditiva de um recurso posterior. Não há condutas contraditórias. Não há vontade manifestada; a vontade, aliás, é irrelevante quando não se recorre, não sendo possível se referir à preclusão lógica, justamente porque não há vontades ou condutas contraditórias.

Não há nenhuma conduta contraditória ou desleal da Fazenda Pública em não recorrer. Como existe o reexame necessário, é legítimo que deixe de haver recurso, pois o caso já será revisto pelo tribunal. Ao deixar de recorrer, a Fazenda está valendo-se de uma regra (antiga, diga-se de passagem) que lhe garante o reexame da sentença pelo tribunal. Não houve ato em sentido contrário, nem há qualquer contradição.

Também não há um abuso de direito por parte da Fazenda. Há exercício legítimo de um direito garantido em lei. É a própria lei que impõe a revisão obrigatória pelo tribunal. Não há ilicitude, pois o reexame necessário é determinado por lei, contendo expressa previsão no art. 496 do CPC.

O STJ entendia, antes de alterada sua jurisprudência, que não cabia recurso especial em reexame necessário, pois seria contraditório com a ausência de vontade da Fazenda Pública de recorrer. Bastaria, para que se obviasse a restrição imposta pelo STJ, que a Fazenda Pública interpusesse apelação intempestiva. Ainda que intempestiva a apelação, estaria manifestada a vontade de recorrer, afastando-se o óbice concebido pelo STJ. Isso confirma que *não* se investiga a vontade ou que a vontade é *irrelevante* quando não se interpõe recurso. Não recorrer ou recorrer intempestivamente caracteriza a mesma situação. Se fosse relevante a vontade, tais situações não seriam equivalentes, pois o recurso intempestivo revela que houve uma vontade de recorrer. Uma vontade manifestada a destempo, é verdade. Mas houve, inegavelmente, uma vontade, o que tornaria injustificável, para os fins vislumbrados pelo STJ, equiparar a ausência de recurso a um recurso intempestivo. Na verdade, as situações equivalem-se, exatamente porque é irrelevante a vontade. E, sendo irrelevante a vontade, não há qualquer conduta contraditória na interposição de um recurso especial contra acórdão que julga reexame necessário de uma sentença que não foi atacada por apelação.

Havendo a remessa necessária, o tribunal julga a causa em última instância, cabendo, pelo art. 105, III, da CF/1988, o recurso especial. Realizado o reexame necessário, haverá julgamento final, não se caracterizando qualquer preclusão lógica. A causa foi julgada e, se violado dispositivo de lei federal ou se houver divergência jurisprudencial, cabe o recurso especial.

A remessa necessária existe exatamente para que haja o rejulgamento, independentemente da manifestação de vontade.

X

JULGAMENTO DE CASOS REPETITIVOS E A FAZENDA PÚBLICA[1]

10.1 A LITIGIOSIDADE EM MASSA E AS QUESTÕES DE DIREITO REPETITIVAS

O estudo do direito processual desenvolveu-se, tradicionalmente, a partir da análise de litígios individuais. De igual modo, a legislação processual disciplina, tradicionalmente, o processo individual: as normas que disciplinam o processo civil foram estruturadas de modo a considerar *única* cada demanda, veiculando um litígio específico entre duas pessoas.

Embora as ações coletivas não sejam uma novidade, havendo registro de ação popular no Direito Romano e no período medieval, o desenvolvimento do sistema de produção e distribuição em série de bens acentuou a necessidade mais recente de disciplinar o processo para as demandas coletivas.

A partir da experiência norte-americana com as *class actions*, desenvolveram-se estudos que revelaram a necessidade de tutelar direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos. Paralelamente, a produção e distribuição em série de bens, a prestação de serviços em massa, a identificação de situações jurídicas homogêneas,

[1] Vários itens do presente capítulo foram extraídos, com atualização e adaptação, dos seguintes textos: CUNHA, Leonardo Carneiro da. As causas repetitivas e a necessidade de um regime que lhes seja próprio. *Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas*, Pouso Alegre, v. 25, n. 2, jul.-dez. 2009; CUNHA, Leonardo Carneiro da. O regime processual das causas repetitivas. *Revista de Processo*, São Paulo: RT, v. 179, jan. 2010; CUNHA, Leonardo Carneiro da. Anotações sobre o incidente de resolução de demandas repetitivas previsto no projeto do novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*, São Paulo: RT, v. 193, mar. 2011; CUNHA, Leonardo Carneiro da. Recursos repetitivos. In: MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (org.). *O processo em perspectiva:* jornadas brasileiras de direito processual. São Paulo: RT, 2103. A sistematização e organização final foram extraídos, com algumas adaptações, de DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de direito processual civil*. 13. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. v. 3.

Digitalizada com CamScanner

XI

DA TUTELA PROVISÓRIA CONTRA A FAZENDA PÚBLICA

11.1 TUTELA JURISDICIONAL DE URGÊNCIA NO CPC/1973

O CPC/1973 foi estruturado de forma a que cada tipo de tutela jurisdicional fosse prestada num tipo próprio de processo. A atividade cognitiva era exercida no processo de conhecimento, enquanto o de execução destinava-se à efetivação ou satisfação de um direito previamente reconhecido. Para assegurar as situações de urgência, havia o processo cautelar.

O Livro I do CPC/1973 era dedicado ao processo de conhecimento, enquanto o processo de execução estava disciplinado no seu Livro II. O CPC/1973, em seu Livro III, tratava da cautelar como um processo autônomo. Nos termos da exposição de motivos de tal Código:

> Na tradição de nosso direito processual era a função cautelar distribuída, por três espécies de processos, designados por preparatórios, preventivos e incidentes. O projeto, reconhecendo-lhe caráter autônomo, reuniu os vários procedimentos preparatórios, preventivos e incidentes sob fórmula geral, não tendo encontrado melhor vocábulo que o adjetivo cautelar para designar a função que exercem. A expressão processo cautelar tem a virtude de abranger todas as medidas preventivas, conservatórias e incidentes que o projeto ordena no Livro III, e, pelo vigor e amplitude do seu significado, traduz melhor que qualquer outra palavra a tutela legal.

O processo cautelar, no CPC/1973, podia ser antecedente ou incidental, a depender de ser instaurado antes ou depois do processo principal. A autonomia procedimental era uma marca do processo cautelar naquele Código, com autuação em apartado. Consolidou-se a figura do *poder geral de cautela*, além da previsão de diversos procedimentos cautelares típicos, nominados ou específicos. Daí se estabeleceu a distinção entre cautelar inominada e cautelar nominada. As cautelares nominadas estavam destacadas e disciplinadas com requisitos próprios. Quando

Digitalizada com CamScanner

o caso submetido à análise judicial não encontrava enquadramento em qualquer hipótese de cautelar nominada ou específica, havia de se encartar no caso geral da cautelar inominada, cujos requisitos de mérito consistiam no *fumus boni juris* e no *periculum in mora*.

Efetivamente, o Livro III do CPC/1973, relativo ao processo cautelar, dividia-se em dois capítulos. O primeiro continha disposições gerais sobre cautelares inominadas e o procedimento que deveria ser observado tanto em relação a estas quanto aos procedimentos cautelares específicos, regulados no segundo capítulo. Os procedimentos cautelares específicos eram o *arresto*, o *sequestro*, a *caução*, a *busca e apreensão*, a *produção antecipada de provas*, os *alimentos provisionais*, o *arrolamento de bens*, o *atentado*, a *posse em nome do nascituro*, *protestos*, *notificações e interpelações*, *justificação*, *nunciação de obra nova* e outras medidas, como *obras e conservação em coisa litigiosa*, *entrega de objeto e bens de uso pessoal da mulher e dos filhos*, a *posse provisória*, a *guarda e a educação dos filhos*, o *depósito de menor* e o *afastamento temporário* de um dos cônjuges da morada do casal.

Como já acentuado, as cautelares podiam, de acordo com o CPC/1973, ser antecedentes ou incidentais. Eram antecedentes quando ajuizadas antes do processo dito principal. E, se este estivesse em curso, a cautelar só então proposta seria incidental. Intentada a cautelar antecedente e uma vez deferida a providência postulada, o autor deveria propor a demanda principal dentro de trinta dias, a contar da efetivação da medida. Se a demanda principal não fosse intentada nesse prazo, a cautelar perdia sua eficácia.

As medidas cautelares conservavam sua eficácia nesse prazo de trinta dias e na pendência do processo principal, podendo ser revogadas ou modificadas, se alteradas as circunstâncias que ensejaram sua concessão.

Era possível que o juiz concedesse a providência cautelar antecipadamente no próprio processo cautelar ou até mesmo antes da citação do réu. Se a medida cautelar perdesse sua eficácia, o autor respondia objetivamente pelos prejuízos suportados pelo réu com sua efetivação. A responsabilidade era objetiva, de sorte que não era necessária a presença de culpa ou dolo, sendo suficientes, para que se configurasse o dever de indenizar, o dano e o nexo de causalidade entre este e a efetivação da medida cautelar. O valor da indenização deveria ser liquidado nos próprios autos da ação cautelar.

A medida cautelar podia ser substituída, de ofício ou a requerimento de qualquer das partes, pela prestação de caução ou outra garantia menos gravosa para o requerido, sempre que adequada e suficiente para evitar lesão ou repará-la integralmente.

A medida cautelar tinha sua eficácia cessada se a parte, como já se disse, não intentasse a ação principal no prazo de 30 (trinta) dias, contado da sua efetivação. Também cessava a eficácia da medida cautelar se não fosse executada dentro de 30 (trinta) dias ou se o juiz declarasse extinto o processo principal.

O CPC/1973 adotou a ideia de que o processo cautelar servia para proteção do resultado a ser obtido em outro processo. Na verdade, consagrou-se a ideia de Francesco Carnelutti de que haveria uma "lide única", destinando-se a cautelar a servir de apoio ou de resguardo a outro processo. Na terminologia adotada, as partes na demanda cautelar não seriam propriamente partes, tanto que não se utilizavam os termos *autor* e *réu*, mas *requerente* e *requerido*. Ademais, o inciso III do art. 801 do CPC/1973 aludia à "lide e seu fundamento", fazendo a opção clara da chamada "lide única", não tendo a cautelar como "outra lide".

O CPC/1973 foi, em 1994, alterado para, entre outras mudanças, ter nele introduzida a figura da *tutela antecipada*. Seu art. 273 passou a permitir que o juiz, a requerimento da parte, pudesse antecipar, no todo ou em parte, os efeitos da tutela jurisdicional, desde que houvesse verossimilhança nas alegações, fundada em prova inequívoca e, ainda, houvesse risco de grave lesão ou de difícil reparação ou se verificasse ser abusiva ou protelatória a defesa do réu. Além disso tudo, era preciso, para que se antecipassem os efeitos da tutela jurisdicional, que não houvesse risco de irreversibilidade do provimento final.[1]

A tutela antecipada veio a ser alterada, com a introdução de novas regras, em 2002, mediante modificação legislativa.

Em razão da necessidade de se pensar o processo na perspectiva do direito material, criou-se também a tutela antecipada específica, destinada ao cumprimento de obrigação de fazer, não fazer e de entregar coisa (CPC/1973, arts. 461 e 461-A).[2] Nesses casos, a tutela antecipada tinha fundamento no § 3º do art. 461 do CPC, de maneira que, para sua concessão, se exigia, apenas, a coexistência da *relevância do argumento* e do *justificado receio de ineficácia do provimento final*, requisitos, segundo alguns, que se equiparavam ao *fumus boni juris* e ao *periculum in mora*.[3]

O art. 461 do CPC/1973 servia, ainda, como suporte para a concessão da chamada *tutela inibitória*, cujo objetivo era *inibir*, *vedar*, *proibir* a prática de um ilícito. Desse modo, a tutela inibitória, para ser concedida, dependia da demonstração de um ilícito a ser perpetrado pelo réu ou que já se tivesse consumado, não sendo necessária a demonstração, nem a comprovação, de dano, culpa ou dolo; bastava

---

1 Sobre a irreversibilidade dos efeitos do provimento, consultar, SILVA NETO, Francisco Antônio de Barros. *A antecipação da tutela nos processos declaratórios*. Porto Alegre: SAFE, 2005. p. 134-137.

2 Há, ainda, o disposto no art. 84 do Código de Proteção e Defesa do Consumidor. A propósito da tutela específica, em última edição ainda sob o CPC/1973: MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. São Paulo: RT, 2010.

3 ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela inibitória da vida privada*. São Paulo: RT, 2000. p. 119; NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. *Código de Processo Civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor*. 14. ed. São Paulo: RT, 2014. nota 13 ao art. 461 do CPC/1973.

Digitalizada com CamScanner

que se demonstrasse a ameaça da prática de um ato *ilícito*. Não se fazia necessária a demonstração de risco de dano ou de ineficácia do provimento final.[4]

Segundo dispunha o § 6º do art. 273 do CPC/1973, "a tutela antecipada também poderá ser concedida quando um ou mais dos pedidos cumulados, ou parcela deles, mostrar-se incontroverso". Para que se aplicasse o § 6º do art. 273 do CPC, não se exigia a *verossimilhança*, fundada em *prova inequívoca*. E isso porque, ao aludir à *incontrovérsia*, o juiz estaria analisando mais do que uma simples *verossimilhança*: estaria fundado num exame de *certeza*. Não se devia, igualmente, perquirir acerca da presença de perigo de dano irreparável ou de difícil reparação, não se cogitando, ademais, da ausência de risco de irreversibilidade. Não se exigia, da mesma forma, o manifesto propósito protelatório do réu. Bastava, apenas, a *incontrovérsia* e a *desnecessidade* de produção de outras provas para que se aplicasse o § 6º do art. 273 do CPC, podendo, inclusive, a decisão conter matiz irreversível. É que, sendo a decisão fundada em *incontrovérsia*, decorria de juízo de *certeza*, dando azo a uma cognição exauriente. A necessidade de não haver irreversibilidade está relacionada com a *provisoriedade* ínsita aos pronunciamentos resultantes de cognição sumária, baseados em probabilidade ou verossimilhança, o que, como se viu, não era o caso da decisão proferida com amparo no § 6º do art. 273 do CPC/1973.

Tanto assim é que, no CPC/2015, não há mais dispositivo equivalente ao § 6º do art. 273 do CPC/1973. O que há, em seu lugar, é o julgamento antecipado parcial de mérito, previsto no art. 356 do CPC/2015.

O disposto no § 7º do art. 273 do CPC/1973 assim estava redigido: "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".

A doutrina que se manifestava sobre tal dispositivo entendia que havia ali a consagração de uma *fungibilidade* entre a cautelar e a tutela antecipada.

11.2 A DISTINÇÃO ENTRE TUTELA CAUTELAR E TUTELA ANTECIPADA

As medidas cautelares atendem à pretensão de segurança do direito, da pretensão, da prova ou da ação. A ação cautelar, que tem forte carga mandamental, provoca o exercício de uma tutela jurisdicional, destinada a atender ao direito material à segurança. A pretensão à tutela jurídica por meio de medida cautelar tem por finalidade prevenir, acautelar, assegurar.[5] Só se assegura; não se executa. Haveria,

[4] Sobre o tema, consultar MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória individual e coletiva*. 5. ed. São Paulo: RT, 2012.

[5] PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1976. t. 12, p. 14.

nas palavras de Pontes de Miranda, "segurança para execução", diferentemente da tutela satisfativa antecipada, em que há "execução para segurança".

A cautelar não se confunde com a tutela antecipada. Enquanto aquela constitui um tipo de tutela jurisdicional, esta consiste numa técnica processual, ou seja, num meio disponibilizado pelo direito processual para antecipar efeitos da tutela jurisdicional, que só seriam produzidos mais à frente, depois de proferida a sentença ou de operado o trânsito em julgado.

A tutela antecipada é técnica processual aplicada em qualquer processo, inclusive no cautelar.[6] Quando se concede uma liminar no processo cautelar, está-se a deferir uma antecipação de tutela cautelar. Os efeitos da medida cautelar, que somente seriam produzidos com a prolação da sentença de procedência, são antecipados, pois não é possível aguardar sua prolação, mesmo sendo bastante abreviado o procedimento.

Não se deve confundir a tutela cautelar com a tutela antecipada: aquela apenas *assegura* a possibilidade de fruição eventual e futura do direito acautelado, enquanto esta última possibilita a *imediata realização* do direito.[7] A cautelar não é satisfativa.

O que caracteriza a tutela cautelar é a circunstância de ser ela uma forma especial de proteção jurisdicional de *simples segurança*, equivalente a uma forma de tutela preventiva, que não seja satisfativa. A teoria da tutela cautelar está relacionada ao estudo do "processo de conhecimento". A construção da figura do "processo de conhecimento" fez excluir de seu âmbito o "processo cautelar", em virtude do pressuposto teórico que assimila e confunde "conhecimento" com *ordinariedade procedimental*. A cautelar, que era tida como um procedimento especial, passou a ser considerada um processo autônomo, pois não se compatibilizava com a ideia de *ordinariedade procedimental*.

De acordo com Ovídio Baptista da Silva, é a tutela sumária que tem por finalidade combater, de maneira *temporária*, o *perigo de infrutuosidade* da tutela jurisdicional, pressupondo a *urgência* ou o *perigo de dano*. Não é correto, por isso, atribuir à cautelar a característica da *provisoriedade*. A cautelar não é *provisória*, mas *temporária*.[8] Proferida a sentença na cautelar, há pronunciamento final, definitivo, e

[6] Na lição de Daniel Mitidiero: "A *técnica antecipatória* serve para *adequar* o processo às especificidades do direito material alegado em juízo (urgência ou evidência) a fim de que o processo seja capaz de promover a *efetividade* da tutela jurisdicional (satisfação ou asseguração de direitos)" (MITIDIERO, Daniel. *Antecipação da tutela:* da tutela cautelar à técnica antecipatória. 2. ed. São Paulo: RT, 2014. p. 55).

[7] Sobre o tema, consultar SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Do processo cautelar*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999; e *Curso de processo civil*. 2. ed. São Paulo: RT, 1998; FIGUEIRA JR., Joel Dias. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2. ed. São Paulo: RT, 2007. v. 4, t. 1, p. 177-193.

[8] SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Da sentença liminar à nulidade da sentença*. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 73.

Digitalizada com CamScanner

não provisório. A sentença cautelar não é suscetível de ser modificada ou revogada a qualquer tempo. Daí ser temporária, e não provisória. Cumprida sua função, seus efeitos tendem a se extinguir com a obtenção, ou não, da tutela satisfativa definitiva. A sentença cautelar não é provisória, pois não precisará ser confirmada posteriormente. Poderá, simplesmente, perder sua eficácia, que é temporária, durando enquanto persistir a situação de perigo. Por sua vez, a tutela antecipada visa evitar o *perigo de tardança* do provimento jurisdicional, resolvendo a situação litigiosa havida entre as partes de maneira *provisória*. A tutela antecipada precisará ser, num momento posterior, confirmada ou não. Por isso é *provisória*.

A cautelar tem por finalidade evitar um *perigo de dano*, enquanto a técnica antecipatória evita um *perigo na demora*. Evita-se, com a cautelar, o dano a uma situação jurídica, a uma pretensão ou a um direito. Já a técnica da antecipação de tutela é utilizada por não ser possível aguardar o desfecho do processo; a simples demora do processo, o simples decurso do tempo é insuportável, permitindo-se a antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional para já satisfazer, provisoriamente, o direito ou a pretensão da parte.

A tutela cautelar destina-se a resguardar o direito a outra tutela do direito ou a outra situação jurídica, não tendo por finalidade o resguardo do processo. Na cautelar, há "segurança-para-execução". A tutela satisfativa, por seu turno, tem a finalidade de realizar, desde logo, um direito, sem qualquer ligação com outro direito. Há, aqui, "execução-para-segurança".

A cautelar contém um mérito próprio, pois veicula um direito substancial, que é o direito material à segurança. A cautelar serve para tutelar esse direito à segurança, tendo finalidade diversa da que se almeja com os processos de conhecimento e de execução. Há, enfim, um direito substancial de cautela. Consequentemente, a cautelar tem mérito próprio, distinto do da demanda principal.

Os provimentos antecipatórios decorrem do exercício de *cognição sumária*, pressupondo uma situação processual de urgência ou de evidência e, igualmente, uma necessidade de se conferir *efetividade* ao processo, com o deferimento de prestação jurisdicional instante e apta a eliminar o dano ou a ameaça de direito, ou, ainda, o abuso do direito de defesa.[9]

[9] *O dano que rende ensejo à antecipação da tutela é aquele decorrente do próprio prolongamento do processo; a permanência do estado de insatisfação, imposta pela longa duração do processo, é a causa imediata de danos irreparáveis ou de difícil reparação, tornando inviável a efetiva prestação da tutela jurisdicional. É o que Italo Andolina denomina de dano marginal por indução processual, que é, exatamente, o dano apto a justificar a concessão do provimento antecipatório, fazendo com que se confira, desde logo, o exercício ou a satisfação do direito à parte interessada (Cognizione ed esecuzione forzata nel sistema della tutela giurisdizionale. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1983. p. 15-21). Sobre o abuso do direito de defesa, consultar, MARINONI, Luiz Guilherme. Abuso do direito de defesa e parte incontroversa da demanda. 2. ed. São Paulo: RT, 2011.*

A doutrina brasileira distingue, em geral, a cautelar da tutela antecipada por considerar que aquela se identifica pela *referibilidade* que se faz ao resultado final da demanda principal, servindo-lhe de garantia, e não de instrumento de satisfação imediata do direito. A cautelar, que se *refere* sempre a um processo principal, seria de meio destinado a garantir efetividade ou utilidade ao provimento final de tal processo principal.[10] Assim, se ambas as partes estão disputando, judicialmente, um bem específico que se apresenta com risco de deterioração ou extravio, a providência para que tal bem seja apreendido e mantido sob a custódia de um depositário judicial caracteriza-se por ser uma *medida cautelar*, pois *se refere* à utilidade final do provimento de mérito: quem lograr êxito poderá dispor do bem, evitando-se a situação identificada pelo jargão popular de que se poderia "ganhar, mas não levar".

Diferente é a situação de, num provimento liminar, obter-se a *satisfação imediata* da pretensão, com a entrega do bem a quem se apresenta, aparentemente, como titular do direito. Então, naquele mesmo exemplo de haver uma disputa judicial por um bem, o provimento que defere a uma das partes a entrega imediata do bem, que poderá utilizá-lo enquanto perdurar a demanda, contém satisfação imediata. A medida, nesse caso, será antecipatória, caracterizando-se como tutela antecipada.

A providência adotada, a depender da existência de *referibilidade* ao pedido final ou da *satisfatividade* da providência, ostentará a feição de medida cautelar ou de tutela antecipada. É vedada a cautelar que tenha cariz satisfativo, destinando-se à simples conservação. Enquanto a cautelar serve para combater o *perigo de infrutuosidade*, a tutela antecipada compõe o *perigo de tardança* do provimento jurisdicional. Ambas teriam, enfim, a finalidade de eliminar riscos de danos.

Afora a *urgência*, a tutela antecipada pode ser concedida em face da *evidência* do direito postulado em juízo. Nesse caso, não importa o *perigo*, não havendo exame de qualquer *urgência*.

A cautelar e a tutela antecipada não podem ser equiparadas, nem tampouco distinguíveis pela estrutura de seus provimentos. Não é possível tratá-las no mesmo plano. Isso porque, enquanto a cautelar consiste numa tutela jurisdicional, a antecipação de tutela constitui uma técnica de julgamento. São, portanto, conceitos distintos, não sendo, aliás, adequado tratar de fungibilidade entre elas. A técnica da tutela antecipada é, na verdade, apenas um *meio* para que se realize a tutela satisfativa ou a tutela cautelar.[11] A tutela antecipada pode ser satisfativa ou cautelar. A liminar numa cautelar é um exemplo de tutela antecipada cautelar, enquanto a liminar satisfativa é uma tutela antecipada satisfativa.

[10] MARINONI, Luiz Guilherme. *A antecipação da tutela na reforma do processo civil*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1996. n. 3.3, p. 45-46; MARINONI, Luiz Guilherme. *Efetividade do processo e tutela de urgência*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1994. p. 51-55.

[11] MITIDIERO, Daniel. Tendências em matéria de tutela sumária: da tutela cautelar à técnica antecipatória. *Revista de Processo*, São Paulo: RT, v. 197, jul. 2011, p. 27-65.

Digitalizada com CamScanner

Por isso, não é adequado afirmar que o § 7º do art. 273 do CPC/1973 teria consagrado uma fungibilidade entre a cautelar e a tutela antecipada. O que tal dispositivo estaria a autorizar é uma cumulação de pedido satisfativo com pedido cautelar. O § 7º do art. 273 do CPC/1973 estaria, então, a permitir que o juiz concedesse a providência cautelar, desde que presentes seus requisitos, ainda que o autor a tivesse chamado de tutela antecipada.

Tanto a tutela satisfativa como a cautelar podem ser conferidas de forma *antecipada*: a tutela antecipada, como técnica que é, refere-se ao *momento* em que se concede a prestação jurisdicional e à *cognição* exercida, que é sumária. Por meio da tutela antecipada, pode-se, desde já, conceder um provimento conservativo (tutela antecipada cautelar) ou um provimento satisfativo (tutela antecipada satisfativa). Esta última pode fundar-se na *urgência* ou na *evidência*.

Na verdade, a tutela antecipada, que distribui de forma isonômica o ônus do tempo no processo, decorre tanto da alegação de *urgência* como da *evidência* do direito posto em juízo. A urgência que reclama a concessão da tutela antecipada pode concernir a um perigo de dano ou a um perigo de ilícito.

Não é só para evitar ou reprimir um dano. A tutela antecipada também pode servir para inibir, vedar, proibir a prática de um ilícito. A tutela jurisdicional que tem essa finalidade é a tutela inibitória. E, pela técnica da antecipação, a tutela inibitória pode ser igualmente antecipada. É o que se chama de *antecipação da tutela inibitória*, cuja concessão depende apenas da demonstração de um ilícito a ser perpetrado pelo réu ou que já tenha se consumado, não sendo necessária a demonstração, nem a comprovação, de dano, culpa ou dolo; basta que se demonstre a ameaça da prática de um ato ilícito. A importância da tutela inibitória é indiscutível, em virtude da necessidade de se conferir tutela preventiva às situações jurídicas de conteúdo não patrimonial. Não se avalia, nem se investiga, para obtenção da tutela inibitória, a existência de dano provável ou de dano já consumado. Não é necessária a presença do dano, nem da culpa ou do dolo. Para a obtenção da tutela inibitória antecipada, basta a demonstração de um ilícito, continuado ou repetido, ou da probabilidade de sua ocorrência.[12]

A tutela antecipada visa a realizar um direito diante do *perigo de tardança* da tutela jurisdicional final. O *perigo de dano* ou o *perigo de ilícito* pode ser prevenido ou reprimido mediante tutela antecipada.

---

12 Na lição de Luiz Guilherme Marinoni: "A tutela inibitória, configurando-se como tutela preventiva, visa a prevenir o ilícito, culminando por apresentar-se, assim, como uma tutela anterior à sua prática, e não como uma tutela voltada para o passado, como a tradicional tutela ressarcitória. Quando se pensa em tutela inibitória, imagina-se uma tutela que tem por fim impedir a prática, a continuação ou a repetição do ilícito, e não uma tutela dirigida à reparação do dano" (MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória individual e coletiva*. 5. ed. São Paulo: RT, 2012. p. 32).

11.3 DA AÇÃO CAUTELAR FISCAL: NOÇÕES GERAIS

A ação cautelar fiscal, que está prevista na Lei 8.397, de 6 de janeiro de 1992, é privativa da Fazenda Pública, em casos relacionados com dívida ativa tributária, não tributária ou, ainda, com crédito proveniente das contribuições sociais previstas no art. 195 da Constituição Federal. Em outras palavras, apenas quem detém legitimidade ativa para requerê-la é a Fazenda Pública, devendo fazê-lo por meio de petição inicial que indicará (a) o juízo a quem é dirigida; (b) a qualificação e o endereço, se conhecido, do requerido; (c) as provas que serão produzidas; e (d) o requerimento para citação. Também deve a petição inicial conter pedido e causa de pedir, além do valor da causa.[13]

O procedimento da cautelar fiscal poderá ser instaurado após a constituição do crédito,[14] inclusive no curso da execução judicial da dívida ativa da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e respectivas autarquias. Há 2 (dois) casos, porém, em que o requerimento da medida cautelar fiscal independe da prévia constituição do crédito tributário: (a) na hipótese de o devedor ter sido notificado pela Fazenda Pública para que proceda ao recolhimento do crédito fiscal e ponha ou tente pôr seus bens em nome de terceiros ou, ainda, (b) quando o devedor aliena bens ou direitos sem proceder à devida comunicação ao órgão da Fazenda Pública competente, quando exigível em virtude de lei (Lei 8.397/1992, art. 1º, parágrafo único).[15]

A ação cautelar fiscal será requerida ao juízo competente para a execução judicial da dívida ativa da Fazenda Pública. Se a execução já estiver em tribunal, será competente para a cautelar fiscal o relator do recurso.

A exemplo do que sucede com a execução fiscal (CPC, art. 46, § 5º), a cautelar fiscal pode ser ajuizada no foro do domicílio do devedor, no de sua residência ou no do lugar onde for encontrado.

Os autos da cautelar fiscal serão apensados aos do processo de execução judicial da dívida ativa da Fazenda Pública. O indeferimento da cautelar fiscal não obsta

---

13 "Processo civil. Ação cautelar fiscal. Valor da causa. Art. 258 do CPC. Correspondência ao conteúdo econômico. Precedentes. 1. O valor da causa arbitrado pelo autor na ação cautelar não necessita ser igual ao da causa principal, mas deve corresponder ao benefício patrimonial pleiteado. 2. Recurso especial não provido" (STJ, 2ª Turma, REsp 1.135.545/MS, Rel. Min. Eliana Calmon, j. 17.08.2010, *DJe* 26.08.2010).

14 Segundo esclarece José Augusto Delgado, para que se proponha a cautelar fiscal, não se exige a constituição definitiva do crédito; deve, apenas, ele estar constituído mediante lançamento regular. Por construção jurisprudencial, o crédito pode ser considerado constituído por ocasião da lavratura do auto de infração comunicado ao contribuinte (Aspectos doutrinários e jurisprudenciais da medida cautelar fiscal. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; MARTINS, Rogério Gandra; ELALI, André (coords.). *Medida cautelar fiscal*. São Paulo: MP, 2006. p. 79). Estando, porém, suspensa a exigibilidade do crédito, descabe a cautelar fiscal. Nesse sentido: STJ, 1ª Turma, REsp 279.209/RS, Rel. Min. José Delgado, j. 20.02.2001, *DJ* 02.04.2001, p. 261.

15 STJ, 1ª Turma, REsp 1.127.933/RJ, Rel. Min. Luiz Fux, j. 03.02.2011, *DJe* 10.05.2011.

Digitalizada com CamScanner

a que a Fazenda Pública intente a execução judicial da dívida ativa, nem influi no julgamento desta, de maneira que a sentença proferida na cautelar fiscal não faz coisa julgada relativamente à execução fiscal, salvo se o juiz, na cautelar fiscal, acolher a alegação de pagamento, de compensação, de transação, de remissão, de prescrição ou decadência, de conversão do depósito em renda, ou qualquer outra modalidade de extinção da pretensão deduzida.

A cautelar fiscal poderá ser requerida contra o sujeito passivo de crédito tributário ou não tributário, desde que haja (a) prova literal da constituição do crédito fiscal e (b) prova documental de algum dos casos mencionados no art. 2º da Lei 8.397/1992.

A concessão de provimento liminar, na cautelar fiscal, é possível, sendo dispensadas, inclusive, a justificação prévia e a prestação de caução. Da decisão interlocutória que conceder liminarmente a medida cabe agravo de instrumento pelo requerido. De igual modo, e por razões óbvias, cabe o agravo de instrumento a ser interposto pela Fazenda Pública, na hipótese de ser indeferida a medida liminar.

Decretada a medida cautelar fiscal, opera-se, de imediato, a indisponibilidade dos bens do requerido, até o limite da satisfação da obrigação, sendo comunicada, desde logo, ao registro público de imóveis, ao Banco Central do Brasil, à Comissão de Valores Mobiliários e às demais repartições que processem registros de transferência de bens, a fim de que, no âmbito de suas atribuições, façam cumprir a constrição judicial.

A indisponibilidade decorrente da decretação da medida cautelar fiscal não alcança, por razões óbvias, os bens acobertados pela impenhorabilidade.[16]

Se o requerido da cautelar fiscal for pessoa jurídica, a concessão da medida gera a indisponibilidade somente sobre os bens do ativo permanente.

Muito embora a concessão da cautelar fiscal atinja, apenas, os bens integrantes do ativo permanente da pessoa jurídica, o Superior Tribunal de Justiça vem admitindo – em situações excepcionais, quando a sociedade empresária estiver com suas atividades paralisadas ou não forem localizados em seu patrimônio bens que possam garantir a execução fiscal – a decretação de indisponibilidade de bens de pessoa jurídica, ainda que estes não constituam seu ativo permanente.[17]

A concessão da medida cautelar fiscal pode, ainda, ser estendida aos bens do acionista controlador e aos dos que, em razão do contrato social ou estatuto, tenham poderes para fazer a empresa cumprir suas obrigações fiscais, ao tempo (a) do fato gerador, nos casos de lançamento de ofício, ou (b) do inadimplemento

16 STJ, 1ª Turma, REsp 671.632/SC, Rel. Min. José Delgado, j. 15.03.2005, *DJ* 02.05.2005, p. 206.

17 STJ, 1ª Turma, REsp 513.078/AL, Rel. Min. José Delgado, j. 07.10.2003, *DJ* 17.11.2003, p. 215. No mesmo sentido: STJ, 2ª Turma, REsp 677.424/PE, Rel. Min. Castro Meira, j. 14.12.2004, *DJ* 04.04.2005, p. 288. Ainda no mesmo sentido: STJ, 2ª Turma, REsp 365.546/SC, Rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 06.06.2006, *DJ* 04.08.2006, p. 294.

da obrigação fiscal, nos demais casos. Segundo jurisprudência firmada no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, a responsabilidade dos sócios ou administradores integrantes da gerência ou do conselho de administração da sociedade depende da comprovação de excesso de mandato, infração à lei ou ao regulamento, seguindo-se a mesma sistemática de responsabilidade na execução fiscal.[18]

A indisponibilidade decorrente da concessão da medida cautelar fiscal poderá ser estendida em relação aos bens adquiridos, a qualquer título, do requerido ou daqueles que estejam ou tenham estado na função de administrador, desde que seja capaz de frustrar a pretensão da Fazenda Pública.

A medida cautelar fiscal pode ser concedida incidentalmente ou em procedimento preparatório. Neste último caso, deve a Fazenda Pública propor a execução judicial da dívida ativa no prazo de 60 (sessenta) dias, contados da data em que a exigência se tornar irrecorrível na esfera administrativa. Não é da efetivação da medida cautelar que se inicia o prazo para propositura da execução fiscal, mas do trânsito em julgado da decisão administrativa.[19] Nesse prazo a medida cautelar fiscal conserva sua eficácia, sendo igualmente conservada sua eficácia na pendência do processo de execução fiscal, mas pode, a qualquer tempo, ser revogada ou modificada.

A medida cautelar fiscal, salvo decisão em contrário, conserva sua eficácia durante o período de suspensão do crédito tributário ou não tributário.[20]

Se a Fazenda Pública não propuser a execução fiscal no mencionado prazo de 60 (sessenta) dias, contados da data em que a exigência se tornar irrecorrível na esfera administrativa, cessa a eficácia da medida cautelar fiscal.

A cessação de sua eficácia opera-se, de igual modo, se a medida não for executada dentro de 30 (trinta) dias, se for julgada extinta a execução fiscal ou se o requerido promover a satisfação do crédito que estiver sendo executado.

Cessada a eficácia da medida por qualquer um dos motivos apontados, é vedado à Fazenda Pública repetir o pedido pelo mesmo fundamento.

É possível, a qualquer tempo, substituir a medida cautelar fiscal pela prestação de garantia correspondente ao valor da pretensão da Fazenda Pública, mediante depósito em dinheiro, fiança bancária, nomeação de bens à penhora ou indicação à penhora de bens oferecidos por terceiros e aceitos pela Fazenda Pública, tudo de conformidade com a regra contida no art. 9º da Lei 6.830, de 22 de setembro de 1980.

Sobre esse pedido de substituição a Fazenda Pública será, necessariamente, ouvida no prazo de 5 (cinco) dias, presumindo-se da omissão a sua aceitação.

18 STJ, 1ª Turma, REsp 722.998/MT, Rel. Min. Luiz Fux, j. 11.04.2006, *DJ* 28.04.2006, p. 272.

19 STJ, 1ª Turma, REsp 1.026.474/SC, Rel. Min. Francisco Falcão, j. 02.10.2008, *DJe* 16.10.2008.

20 Em sentido contrário: STJ, 1ª Turma, REsp 1.186.252/MG, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, j. 17.03.2011, *DJe* 13.04.2011.

Digitalizada com CamScanner

Ao despachar a petição inicial, concedida ou não a medida cautelar fiscal, o juiz irá determinar a citação do requerido para, no prazo de 15 (quinze) dias, contestar o pedido, indicando as provas que pretenda produzir. Conta-se o prazo da juntada aos autos do mandado (a) de citação, devidamente cumprido; ou (b) da execução da medida cautelar fiscal, quando concedida liminarmente.

Processada a demanda cautelar fiscal a tempo e modo, deve sobrevir sentença. Caso a sentença decrete a medida cautelar fiscal, caberá apelação *sem* efeito suspensivo. Se o requerido tiver postulado a substituição da medida cautelar fiscal por alguma das garantias previstas no art. 9º da Lei 6.830/1980 e tendo sido aceito o pedido de substituição, seja por manifestação expressa da Fazenda Pública, seja pelo escoamento do prazo de 5 (cinco) dias sem qualquer pronunciamento seu, a apelação, nesse caso, será recebida *com* efeito suspensivo, eis que já garantido o valor do crédito.

A sentença que julgar a cautelar fiscal deve condenar o vencido no pagamento de honorários de sucumbência, haja vista o caráter contencioso da medida e a aplicação, no caso, do princípio da causalidade. Na fixação dos honorários, deve ser aplicado o disposto no art. 85, § 3º, do CPC.

11.4 A TUTELA PROVISÓRIA NO CPC

11.4.1 Problema terminológico

A tutela provisória está disciplina no Livro V do CPC, mais precisamente nos seus arts. 294 a 311. O termo *tutela provisória* não delimita adequadamente o objeto de que trata aquele Livro V. Ali há regras sobre tutela de urgência cautelar, tutela de urgência satisfativa e tutela de evidência.

Como já se viu no item 11.3 *supra*, a tutela cautelar não é provisória; é temporária. Já as tutelas satisfativas, de urgência ou de evidência, são provisórias, pois devem ser confirmadas ou não na decisão final.

A tutela satisfativa de urgência ou de evidência pode ser definitiva. O juiz pode concedê-la na sentença, hipótese em que a apelação não terá efeito suspensivo (CPC, art. 1.012, § 1º, V).

Se a tutela provisória é *gênero*, o Livro V do CPC não contém todas as suas espécies, não dispondo, por exemplo, sobre o cumprimento provisório da sentença, que, previsto nos arts. 520 a 524 do CPC, destina-se a adiantar ou antecipar, de modo resolúvel, a eficácia executiva, com vistas a abreviar o processo e permitir que já se adiante a fase executiva, antes mesmo do trânsito em julgado.

O CPC adotou a expressão *tutela provisória* no lugar da *tutela antecipada*, utilizando o termo *tutela antecipada* como espécie do gênero *tutela provisória*. A tutela antecipada é uma tutela provisória, caracterizada por ser satisfativa de urgência. Por exclusão, se os textos normativos fossem lidos literalmente, a tutela de evidência não seria uma tutela antecipada e a tutela cautelar não poderia ser, propriamente, prestada por tutela antecipada.[21]

A confusão terminológica é manifesta e pode contribuir para incompreensões.

Não custa repetir que a cautelar é um tipo de tutela jurisdicional, proferida de forma *temporária*. Já a tutela antecipada é uma técnica processual por meio da qual se determina a produção de efeitos do provimento final antes do momento normalmente a ele reservado. A tutela antecipada pode ser cautelar ou satisfativa.

O antônimo de *tutela provisória* é *tutela definitiva*. Esta última relaciona-se com o resultado do processo, podendo ser cautelar ou satisfativa.

A tutela cautelar e a tutela satisfativa podem ser prestadas antecipadamente. O juiz pode conceder a tutela antecipada cautelar ou a tutela antecipada satisfativa. Pode, em outras palavras, conceder a tutela provisória cautelar ou a tutela provisória satisfativa. A tutela provisória cautelar é sempre de urgência, enquanto a satisfativa pode ser de urgência ou de evidência.

Concedida a tutela provisória, sobrevirá ainda a tutela definitiva, que também pode ser cautelar ou satisfativa. Assim, concedida uma liminar cautelar (ou seja, uma tutela provisória cautelar), esta deve ser confirmada por uma sentença cautelar (ou seja, uma tutela definitiva cautelar). Deferida uma tutela antecipada (ou seja, uma tutela provisória satisfativa), esta deve ser confirmada por uma sentença satisfativa (ou seja, uma tutela definitiva satisfativa).

11.4.2 Tutela de urgência

11.4.2.1 Observação introdutória

A tutela provisória de urgência é técnica processual que, mediante cognição sumária, se destina a antecipar uma tutela jurisdicional definitiva. Seu requisito é o perigo, a urgência, o risco da demora.

A tutela de urgência pode ser cautelar ou satisfativa. Qualquer uma delas pode ser concedida em caráter antecedente ou incidental.

Já a tutela satisfativa pode ser de urgência ou de evidência. Geralmente, a tutela cautelar é de urgência. São raras as hipóteses de tutela cautelar de evidência, como se vê na decretação de indisponibilidade de bens do acusado de prática de ato de improbidade administrativa (Lei 8.429/1992, art. 7º), bem como na liminar de

---

21 Nas palavras de Robson Renault Godinho: "O novo CPC, portanto, reserva a expressão 'tutela provisória' para disciplinar a tutela jurisdicional cautelar, a técnica da antecipação da tutela e a tutela de evidência, o que já demonstra por si só infelicidade da denominação genérica" (Comentários ao art. 294. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (coords.). *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2015. n. 2, p. 462). No mesmo sentido: COSTA, Eduardo José da Fonseca. Comentários ao art. 294. In: STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo Carneiro da (orgs.). *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2. ed. Alexandre Freire (coord. exec.). São Paulo: Saraiva, 2017. p. 414-415.

Digitalizada com CamScanner

busca e apreensão do bem alienado fiduciariamente (Decreto-lei 911/1969, art. 3º) e, ainda, no sequestro de bens previsto no art. 126 do CPP. Abstraídos esses raros casos, a tutela cautelar costuma ser apenas de urgência.

A tutela de urgência conserva sua eficácia na pendência do processo, mas pode, a qualquer tempo, ser revogada ou modificada, em decisão devidamente fundamentada. Aliás, o § 1º do art. 489 do CPC contém importante regra, que explicita casos em que não se considera fundamentada a sentença. Toda e qualquer decisão judicial deve ser fundamentada (CF, art. 93, IX; CPC, art. 11). Se toda e qualquer decisão há de ser motivada, não haverá fundamentação ou não estará suficientemente fundamentada, caso se verifique uma das hipóteses descritas no § 1º do art. 489 do CPC. O dispositivo, enfim, aplica-se a toda e qualquer decisão, seja interlocutória, sentença ou acórdão, inclusive a que concede, revoga ou modifica a tutela provisória.

11.4.2.2 Tutela de urgência cautelar e satisfativa

A tutela de urgência, cautelar ou satisfativa, deve ser concedida quando presentes os requisitos da relevância do direito e do perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo.

Em qualquer caso, é preciso que haja probabilidade do direito alegado, ainda que mínima. A urgência é revelada pelo perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo. Aliás, segundo enunciado 143 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: "A redação do art. 300, *caput*, superou a distinção entre os requisitos da concessão para a tutela cautelar e para a tutela satisfativa de urgência, erigindo a probabilidade e o perigo na demora a requisitos comuns para a prestação de ambas as tutelas de forma antecipada".

Tanto na tutela provisória de urgência cautelar como na satisfativa devem estar presentes a probabilidade do direito alegado e o perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo. Os riscos variam, a depender de a medida ser cautelar ou satisfativa.

A cautelar, que é medida *temporária*, visa a combater o *perigo de infrutuosidade* da tutela jurisdicional.[22] Assim, quando houver risco ao resultado útil do processo, a medida a ser deferida é cautelar. Já a tutela provisória satisfativa (chamada no CPC de tutela antecipada) visa a evitar o *perigo de tardança* do provimento jurisdicional, resolvendo a situação litigiosa havida entre as partes de maneira *provisória*. Há, neste último caso, um *perigo na demora*; o simples decurso do tempo é insuportável, permitindo-se a antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional para já satisfazer, provisoriamente, o direito ou a pretensão da parte.

A tutela de urgência, cautelar ou satisfativa, pode ser concedida liminarmente ou após justificação prévia. Em regra, o juiz deve observar o contraditório, mas, não sendo possível aguardar, pode concedê-la antes mesmo da citação do réu (CPC, art. 9º, I).

[22] CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2015. p. 158.

Se o autor, em sua petição inicial, demonstra que a situação é de urgência e que a medida há de ser deferida liminarmente, o juiz, ao postergar a análise liminar da tutela provisória, deve justificar a necessidade de contraditório prévio.[23]

Concedida a medida liminarmente ou após justificação prévia, o juiz pode, conforme o caso, exigir do autor que preste caução idônea a ressarcir os eventuais danos que a outra parte possa vir a sofrer, caso venha a tutela provisória de urgência a ser posteriormente revogada ou modificada. Tal caução há de ser dispensada quando a parte for economicamente hipossuficiente e não puder oferecê-la (CPC, art. 300, § 1º). Se o requerente for o Poder Público, não pode ser exigida caução.[24]

A tutela de urgência satisfativa não será concedida quando houver perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão (CPC, art. 300, § 3º). Não se permite, em outras palavras, a antecipação dos efeitos da tutela satisfativa, quando houver risco de irreversibilidade. Tal regra, entretanto, não é absoluta.[25] Há casos em que se deve aplicar a *proporcionalidade*, pois se a denegação da medida revelar-se mais irreversível do que sua concessão, deve-se suplantar o óbice e concedê-la.[26] É preciso, então, ponderar os riscos.[27] Se a concessão é irreversível e a denegação também, cumpre examinar o que se revela *mais provável*, pois não se deve sacrificar um direito provável ameaçado pelo dano iminente em prol de um direito improvável, em razão de uma irreversibilidade. Além de sacrificar o direito improvável, o juiz deve, igualmente, sacrificar o interesse de menor relevância para o ordenamento.

11.4.2.3 Tutela de urgência antecedente e incidental

A tutela de urgência, cautelar ou satisfativa, pode ser requerida em caráter antecedente ou incidental.

[23] Enunciado 30 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: "O juiz deve justificar a postergação da análise liminar da tutela provisória sempre que estabelecer a necessidade de contraditório prévio".

[24] Nesse sentido, o enunciado 42 do Fórum Nacional do Poder Público: "A exigência de caução real ou fidejussória para a concessão da tutela de urgência prevista no § 1º do art. 300 do CPC não é aplicável ao Poder Público, em razão do disposto no art. 100 da Constituição Federal".

[25] Nesse sentido, o enunciado 419 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: "Não é absoluta a regra que proíbe tutela provisória com efeitos irreversíveis". No mesmo sentido, o enunciado 40 da Jornada de Direito Processual Civil, do Conselho da Justiça Federal: "A irreversibilidade dos efeitos da tutela de urgência não impede sua concessão, em se tratando de direito provável, cuja lesão seja irreversível".

[26] Nesse sentido, Robson Renault Godinho: "O caso concreto pode exigir a necessidade de sopesamento dos direitos em jogo, de modo que deve incidir um juízo de proporcionalidade" (Comentários ao art. 300. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (coords.). *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 474).

[27] Embora não fale em proporcionalidade expressamente, Alexandre Freitas Câmara afirma que, em certos casos, a exemplo de tutela de urgência para deferir uma intervenção cirúrgica, seria possível uma tutela de urgência satisfativa e irreversível (CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2015. p. 159).

Digitalizada com CamScanner

Quando a urgência é contemporânea à propositura da demanda ou efetivamente não há como aguardar, a tutela de urgência pode ser requerida em caráter antecedente, devendo, posteriormente, ser aditada a petição inicial ou formulado o pedido principal.

A tutela de urgência requerida em caráter incidental independe do pagamento de custas, devendo ser proposta perante o próprio juízo que conduz o processo.[28] Quando antecedente, será proposta perante o juízo competente, que ficará prevento para conhecer do pedido principal.

Também pode haver tutela provisória no tribunal, seja no âmbito recursal, seja em sede de ação originária, cabendo ao relator analisá-la para decidir acerca da possibilidade ou não de seu deferimento (CPC, art. 932, II). Se for requerida em caráter antecedente, o pedido deve ser distribuído, ficando o relator prevento para o recurso ou ação. Quando requerida em caráter incidental, o pedido deve ser formulado ao relator do recurso ou da ação originária.

A tutela provisória requerida em caráter antecedente não se confunde com a tutela provisória liminar ou concedida *inaudita altera parte*. Tanto a tutela provisória requerida em caráter antecedente como a requerida em caráter incidental podem ser concedidas liminarmente ou somente depois de instaurado o contraditório. Aliás, o contraditório há de ser a regra (CPC, art. 9º, *caput*). Se, porém, não for possível aguardar a manifestação do réu ou sua citação, o juiz deve conceder a medida liminarmente (CPC, art. 9º, I). E isso independentemente de a tutela de urgência ser requerida em caráter antecedente ou incidental.

11.4.2.4 Tutela de urgência contra a Fazenda Pública

11.4.2.4.1 Cabimento

A tutela de urgência, seja a cautelar, seja a satisfativa, é cabível contra a Fazenda Pública. É bem verdade que a legislação veda a tutela de urgência contra a Fazenda Pública em várias hipóteses, tal como será examinado no subitem seguinte.

Significa que, nas hipóteses não alcançadas pelas vedações legais, é plenamente possível a concessão de tutela de urgência contra a Fazenda Pública.

Cabível, portanto, com as ressalvas das hipóteses previstas em diversos dispositivos legais, a tutela de urgência contra a Fazenda Pública.

11.4.2.4.2 Hipóteses vedadas em lei

A legislação brasileira proíbe a concessão de provimento de urgência contra a Fazenda Pública em alguns casos. Atualmente, a Lei 12.016/2009, que regulamenta o

[28] *Nos termos do enunciado 29 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: "A decisão que condicionar a apreciação da tutela provisória incidental ao recolhimento de custas ou a outra exigência não prevista em lei equivale a negá-la, sendo impugnável por agravo de instrumento".*

procedimento do mandado de segurança, veda a concessão de liminar nas hipóteses previstas no § 2º do seu art. 7º, que está assim redigido: "Não será concedida medida liminar que tenha por objeto a compensação de créditos tributários, a entrega de mercadorias e bens provenientes do exterior, a reclassificação ou equiparação de servidores públicos e a concessão de aumento ou a extensão de vantagens ou pagamento de qualquer natureza".

Nesses casos, além de não ser possível a concessão da medida liminar, não se possibilita a execução provisória, devendo-se aguardar o trânsito em julgado da sentença, tendo efeito suspensivo a apelação contra esta interposta, tal como determina o § 3º do art. 14 da mencionada Lei 12.016/2009: "A sentença que conceder o mandado de segurança pode ser executada provisoriamente, salvo nos casos em que for vedada a concessão da medida liminar".

Todas essas vedações são antigas no ordenamento jurídico brasileiro. A vedação à concessão de liminar que vise à liberação de bens e mercadorias de procedência estrangeira já constava da Lei 2.770/1956.[29] Por sua vez, a restrição à concessão de liminares objetivando a reclassificação ou equiparação de servidores públicos ou à concessão de aumento ou extensão de vantagens estava prevista nas Leis 4.348/1964 e 5.021/1966.

Esses impedimentos, que seriam próprios para o mandado de segurança, aplicam-se, de igual modo, às providências liminares concedidas em *ações cautelares*. Com efeito, é vedada, pela Lei 8.437/1992, a concessão de liminares em ações cautelares quando igualmente impedida na via do mandado de segurança. É o que se depreende do teor do art. 1º da mencionada Lei 8.437/1992, cuja transcrição se impõe: "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".

Repetindo a mesma regra referente ao mandado de segurança, o art. 3º da Lei 8.437/1992 determina, no caso de a cautelar importar em outorga ou adição de vencimentos ou de reclassificação funcional, que o recurso de apelação e, até mesmo, o reexame necessário contenham *efeito suspensivo*, obstando o cumprimento imediato da medida.

Não bastasse tudo isso, é expressamente vedada, pela Lei 8.437/1992, a concessão de liminares em ações cautelares quando impugnado ato de autoridade sujeita, na via de mandado de segurança, à competência originária de tribunal. É o que se depreende do teor do § 1º do art. 1º da mencionada Lei 8.437/1992.

É relevante anotar que essa restrição contida no § 1º do art. 1º da Lei 8.437/1992 *não* se aplica aos processos de ação popular e de ação civil pública, nos termos do § 2º daquele mesmo art. 1º. Tais ações – que detêm igualmente previsão constitucional

[29] STJ, 2ª Turma, REsp 666.092/PE, Rel. Min. Eliana Calmon, *DJ* 30.5.2006, p. 137.

Digitalizada com CamScanner

– podem provocar a concessão de provimentos liminares ou de urgência, mesmo que o ato impugnado seja de autoridade sujeita, na via de mandado de segurança, à competência originária de tribunal.

De acordo com o § 3º do art. 1º da Lei 8.437/1992, "não será cabível medida liminar que esgote, no todo ou em parte, o objeto da ação".

Segundo o disposto no art. 29-B da Lei 8.036/1990, "Não será cabível medida liminar em mandado de segurança, no procedimento cautelar ou em quaisquer outras ações de natureza cautelar ou preventiva, nem a tutela antecipada prevista nos arts. 273 e 461 do Código de Processo Civil que impliquem saque ou movimentação da conta vinculada do trabalhador no FGTS".

Finalmente, no mesmo sentido do disposto no já citado § 2º do art. 7º da Lei 12.016/2009, não é possível medida que defira compensação de créditos tributários ou previdenciários (Lei 8.437/1992, art. 1º, § 5º).

As disposições restritivas de liminares em mandado de segurança aplicam-se aos casos de tutela antecipada, consoante estabelece o § 5º do art. 7º da Lei 12.016, de 2009: "As vedações relacionadas com a concessão de liminares previstas neste artigo se estendem à tutela antecipada a que se referem os arts. 273 e 461 da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil".

De igual modo, as regras impeditivas de cautelares contra a Fazenda Pública restaram estendidas às hipóteses de antecipação de tutela, mercê da edição da Lei 9.494/1997, consoante se observa do seu art. 1º, que estabelece:

> 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 09 de junho de 1966, e nos arts. 1º, 3º e 4º da Lei nº 8.437, de 30 de junho de 1992.

Vale dizer que não se afigura cabível provimento de urgência contra a Fazenda Pública nos seguintes casos:

a) quando tiver por finalidade a reclassificação ou equiparação de servidores públicos, ou a concessão de aumento ou extensão de vantagens (Lei 12.016/2009, art. 7º, § 2º). Nesse caso, além de vedada a antecipação da tutela, a sentença final somente poderá ser executada após o trânsito em julgado (Lei 12.016/2009, art. 14, § 3º), exatamente porque o recurso de apelação e o reexame necessário têm efeito suspensivo (Lei 8.437/1992, art. 3º);[30]

[30] *A vedação, que deve ser interpretada restritivamente, não alcança as causas de natureza previdenciária (Súmula 729 do STF), nem se aplica para as hipóteses de restauração de vantagem suprimida. O que se veda é a concessão de aumento ou vantagem; restaurar ou recompor o que restou suprimido não se inclui na vedação, sendo possível a medida de urgência com tal finalidade.*

b) quando objetivar a reclassificação ou equiparação de servidores públicos, bem assim a concessão de aumento ou extensão de vantagens (Lei 12.016/2009, art. 7º, § 2º);

c) toda vez que providência semelhante não puder ser concedida em ações de mandado de segurança, em virtude de vedação legal (Lei 8.437/1992, art. 1º; Lei 12.016/2009, art. 7º, § 5º);

d) quando impugnado, na primeira instância, ato de autoridade sujeita, na via do mandado de segurança, à competência originária do tribunal (Lei 8.437/1992, art. 1º, § 1º);

e) quando a medida esgotar, no todo ou em parte, o objeto da ação (Lei 8.437/1992, art. 1º, § 3º);

f) para compensação de créditos tributários ou previdenciários (Lei 8.437/1992, art. 1º, § 5º; Lei 12.016/2009, art. 7º, § 2º);

g) para entrega de mercadorias e bens provenientes do exterior (Lei 12.106/2009, art. 7º, § 2º);

h) para saque ou movimentação da conta vinculada do trabalhador no FGTS (Lei 8.036/1990, art. 29-B).

Tais regras são reforçadas pelo art. 2º-B da Lei 9.494/1997:

> Art. 2º-B. A sentença que tenha por objeto a liberação de recurso, inclusão em folha de pagamento, reclassificação, equiparação, concessão de aumento ou 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.

O Supremo Tribunal Federal, ao julgar a Ação Declaratória de Constitucionalidade 4, afirmou a constitucionalidade do art. 1º da Lei 9.494/1997.

Embora tenha reconhecido a constitucionalidade das restrições e vedações à concessão da tutela antecipada contra o Poder Público, o STF vem conferindo interpretação restritiva ao referido dispositivo, 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.

Segundo entendimento manifestado pelo Supremo Tribunal Federal, é possível a concessão de tutela antecipada para que seja efetuado pagamento de parcela indenizatória.[31]

Se a tutela antecipada não é concedida para impor pagamento de vantagem, mas tal pagamento será realizado como *consequência* da medida antecipatória, a

[31] STF, Pleno, Rcl-AgR 5.174/ES, Rel. Min. Cezar Peluso, j. 27.11.2008, *DJe* 06.02.2009.

Digitalizada com CamScanner

hipótese não se encaixa na proibição do art. 1º da Lei 9.494/1997, não havendo ofensa à decisão proferida na ADC 4. Assim, por exemplo, é possível a tutela antecipada para impor a nomeação e a posse de candidato aprovado em concurso público. É verdade que, uma vez empossado, o candidato passa a ostentar a condição de servidor público, vindo a perceber remuneração, com inclusão em folha de pagamento. Como os efeitos financeiros constituem uma consequência *secundária* da decisão, a hipótese não se encaixa nas vedações do art. 1º da Lei 9.494/1997, não arrostando o quanto decidido na ADC 4.[32] Tome-se, ainda, como exemplo a hipótese de tutela antecipada que determine a reintegração de servidor ao seu cargo. Como *consequência* da decisão, haverá inclusão em folha de pessoal, com dispêndio para pagamento de vencimentos futuros. É possível a tutela antecipada, não havendo ofensa à decisão do STF, proferida na ADC 4.[33] De igual modo, a concessão de tutela antecipada para assegurar a nomeação de candidato aprovado em concurso público, sem concessão de efeito financeiro pretérito, não atenta contra a decisão proferida na ADC 4.[34]

A decisão concessiva de tutela antecipada *que se apoie em entendimento já consolidado no STF* também não ofende o julgamento da ADC 4. Nesse caso, cumpre privilegiar a uniformidade de entendimento, pondo-se em relevo a autoridade da Suprema Corte e a normatividade do próprio texto constitucional. Se a Corte Suprema já firmou determinada orientação, deve a Administração Pública segui-la. E, se não o fizer, caberá tutela antecipada, mesmo nas hipóteses previstas no art. 1º da Lei 9.494, de 1997, não havendo afronta ao julgado proferido na ADC 4.[35]

Todas as vedações aqui mencionadas são reafirmadas no art. 1.059 do CPC/2015, segundo o qual "À tutela provisória requerida contra a Fazenda Pública aplica-se o disposto nos arts. 1º a 4º da Lei nº 8.437, de 30 de junho de 1992, e no art. 7º, § 2º, da Lei nº 12.016, de 7 de agosto de 2009".

11.4.2.4.3 A opinião doutrinária sobre as vedações legais a tutela de urgência contra a Fazenda Pública

Parte significativa da doutrina brasileira entende que as vedações legais à concessão de tutela de urgência são inconstitucionais, por atentarem contra a garantia da inafastabilidade da tutela jurisdicional.[36]

---

32 STF, Pleno, Rcl-AgR 5.983/PI, Rel. Min. Cezar Peluso, j. 03.12.2008, *DJe* 05.02.2009.

33 STF, Pleno, Rcl-AgR 6.468/SE, Rel. Min. Cezar Peluso, j. 03.12.2008, *DJe* 05.02.2009.

34 STF, Pleno, Rcl 7.402 AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 09.12.2010, *DJe-026*, divulg. 08.02.2011, public. 09.02.2011.

35 STF, Pleno, Rcl-AgR 5.163/CE, Rel. Min. Cezar Peluso, j. 27.11.2008, *DJe* 06.02.2009. No mesmo sentido: STF, Pleno, Rcl-AgR 4.628/SP, Rel. Min. Cezar Peluso, j. 27.11.2008, *DJe* 05.02.2009.

36 BUENO, Cassio Scarpinella. *A nova lei do mandado de segurança*. São Paulo: Saraiva, 2009. n. 17, p. 45; CERQUEIRA, Luís Otávio Sequeira de. *Comentários à nova lei do mandado de segurança* (em coautoria com Luiz Manoel Gomes Junior, Luana Pedrosa de Figueiredo Cruz, Rogerio Favreto e Sidney Palharini Júnior). São Paulo: RT, 2009. p. 90-91; FERRARESI, Eurico. *Do mandado de segurança*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 51; MACHADO, Hugo de Brito. *Mandado de segurança em matéria tributária*. 8. ed. São Paulo: Dialética, 2009. n. 8.3, p. 142; DANTAS, Marcelo Navarro Ribeiro. *Comentários à nova lei do mandado de segurança*. Napoleão Nunes Maia Filho; Caio Cesar Vieira Rocha; Tiago Asfor Rocha Lima (orgs.). São Paulo: RT, 2010. p. 139; ROQUE, Andre Vasconcelos; DUARTE, Francisco Carlos. *Mandado de segurança:* comentários à Lei 12.016/09. Curitiba: Juruá, 2011. p. 69-71 e p. 75-76; MARINS, James. *Direito processual tributário brasileiro (administrativo e judicial)*. 6. ed. São Paulo: Dialética, 2012. p. 623-626.

Por sua vez, há quem defenda não haver inconstitucionalidade, porquanto o dispositivo não estaria, rigorosamente, a vedar ou restringir a concessão da tutela de urgência: os casos ali previstos estariam, em verdade, a retratar hipóteses em que não se fariam presentes os requisitos para a sua concessão, ou porque esta seria irreversível, ou porque ausente o *periculum in mora*.[37] Segundo Francisco Cavalcanti:

> Inconstitucional seria a criação de limitações, restringindo o princípio da plenitude da tutela jurisdicional. Tal ocorreria, caso a restrição na concessão de liminares atingisse, inclusive, aquelas representadas por medidas conservativas e assecuratórias, ensejando o perecimento de direito.
>
> [...]
>
> Essa lei não impediu a concessão de medidas acautelatórias no sentido de obstar, *exempli gratia*, a alienação forçada de bem apreendido ou a sua conservação na área de importação. Por outro lado, a restrição legal não implica proibição de liberação dos bens importados, em hipóteses nas quais a lide versa apenas sobre o valor de tributos e outras exações incidentes sobre a operação. Nessas hipóteses, a concessão de liminar é possível, desde que condicionada à contracautela, representada pelo depósito, em dinheiro, da quantia objeto de discussão, ou, excepcionalmente, mediante caução idônea, para resguardar a Fazenda Pública, na hipótese de não acolhimento da pretensão. Essa linha corresponde a um ponto de equilíbrio entre o interesse privado e o interesse da Administração Pública.[38]

Em seguida, prossegue para afirmar que:

> Trata-se de restrições que não violam o princípio da plenitude da tutela jurisdicional, porque visam, os procedimentos referidos, acréscimos, *plus*, a serem agregados à remuneração de servidores. Não há nelas, *periculum in mora*, considerando que o servidor não tem prejuízo, no tocante à remuneração então percebida, e, por outro lado, considerando a condição de solvente da Fazenda Pública, que faz desaparecer o risco de inexequibilidade do julgado favorável. Não se pode também esquecer, que, face à natureza alimentar dos pagamentos de remuneração, a

---

37 DECOMAIN, Pedro Roberto. *Mandado de segurança (o tradicional, o novo e o polêmico na Lei 12.016/09)*. São Paulo: Dialética, 2009. n. 10.9, p. 302-308.

38 CAVALCANTI, Francisco. *O novo regime jurídico do mandado de segurança*. São Paulo: MP, 2009. n. 5.31, p. 114-115.

Digitalizada com CamScanner

restituição na hipótese de improcedência não ocorreria ou, se tal ocorresse, seria de modo parcelado, observados os limites legais (cf. A Lei n. 8.112/90).[39]

De acordo com essa corrente doutrinária, o legislador, em exame prévio, já descartou a possibilidade de concessão do provimento de urgência para situações em que não se revela presente o risco de dano de grave lesão ou de difícil reparação. Se o servidor público, por exemplo, pretende obter vantagem que agregue valores a seus vencimentos, não há, evidentemente, qualquer *periculum in mora*. Os demais casos não são igualmente admitidos, ou porque ausente a situação de perigo, ou porque a medida se revela irreversível. Caso, por exemplo, o servidor público tenha suprimida uma vantagem de sua remuneração, aí caberá a medida de urgência, pois não se trata de *concessão*, mas de *restauração* ou *recomposição* de vantagem, havendo risco de dano irreparável ou de difícil reparação.

A vedação para concessão de tutela de urgência destinada à liberação de bens e mercadorias justifica-se, em princípio, pelo risco de irreversibilidade da medida, pois o desembaraço antecipado das mercadorias pode impedir eventual cominação do perdimento.[40] Se, em princípio, houver aparente conduta criminosa ou risco para a população, para o meio ambiente, para a saúde, enfim, para o interesse público, sendo possivelmente irreversível o provimento, há de prevalecer a vedação legal. Diversamente, se não houver nada disso; se, na realidade, a apreensão da mercadoria consistir num meio coercitivo indireto de cobrança de tributo, deve, então, ser possível a concessão da medida liminar. É que, devido um tributo, cabe ao ente fazendário constituir o crédito mediante lançamento tributário e promover a cobrança judicial, servindo-se da execução fiscal, não lhe sendo legítimo impor medidas restritivas ao contribuinte como forma indireta de cobrança, nem apreender bens ou mercadorias. A jurisprudência está pejada de decisões que repelem a adoção de meios coercitivos indiretos de cobrança, bastando lembrar o teor dos enunciados 70,[41] 323[42] e 547,[43] todos da Súmula do Supremo Tribunal Federal.

Se, concreta e excepcionalmente, estiver demonstrado pela parte autora o grave risco de dano, deverá, afastando-se a vedação legal, ser concedida a medida, em prol da efetividade e da inafastabilidade da tutela jurisdicional. Não demonstrada a

---

39 CAVALCANTI, Francisco. *O novo regime jurídico do mandado de segurança*. São Paulo: MP, 2009. n. 5.32, p. 115-116.

40 STJ, 2ª Turma, REsp 1.184.720/DF, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. 05.08.2010, *DJe* 1º.09.2010.

41 "É inadmissível a interdição de estabelecimento como meio coercitivo para cobrança de tributo".

42 "É inadmissível a apreensão de mercadorias como meio coercitivo para pagamento de tributos".

43 "Não é lícito à autoridade proibir que o contribuinte em débito adquira estampilhas, despache mercadorias nas alfândegas e exerça suas atividades profissionais".

situação de excepcionalidade, impõe-se rejeitar o pedido de concessão de provimento de urgência, mercê das prescrições legais que impedem seu deferimento.

Para Hélio do Valle Pereira, o legislador estaria, na verdade, incentivando o juiz "a ter redobrados escrúpulos na concessão de medidas de urgência",[44] eliminando abusos e exageros na concessão de liminares contra o Poder Público. Tais restrições legais, segundo ele, "não vingarão, entretanto, se no caso concreto, de forma fundamentada, aparecerem como impedientes à proteção jurisdicional do direito".[45]

Numa análise empírico-jurisprudencial – e, portanto, menos *estático-legalista* e mais *dinâmico-pragmática* – Eduardo José da Fonseca Costa entende que as mencionadas disposições legais não estão a impedir a concessão de liminares contra o Poder Público. Cuidam, apenas, de *enrijecer* os pressupostos para o deferimento de providências de urgência contra a Fazenda Pública, exigindo um *periculum in mora* extremado (com notório objetivo de evitar, em assuntos mais sensíveis, a vulgarização de liminares). Em outras palavras, as liminares, na opinião de Eduardo José da Fonseca Costa, podem, em tais casos, ser concedidas, desde que se configure, na espécie, uma hipótese excepcional de extremo perigo. Do contrário, não deve ser concedida a medida.[46]

Cumpre perfilhar essa última orientação. Não há inconstitucionalidade na vedação. Nas hipóteses previstas em lei, não é possível, em princípio, haver a tutela de urgência contra a Fazenda Pública. Pode, porém, o juiz, demonstrando fundamentadamente, que a hipótese reclama uma regra de exceção, afastar a norma e conceder a medida. O certo, e enfim, é que tais restrições reclamam exegese restritiva, somente sendo vedada a concessão da tutela de urgência nos casos expressamente indicados no dispositivo legal.

11.4.3 Tutela de urgência cautelar

11.4.3.1 Generalidades

Como se viu no item 11.1 *supra*, o CPC/1973 previa as cautelares nominadas ou típicas. Havia um extenso catálogo de cautelares típicas (arresto, sequestro, caução, busca e apreensão, produção antecipada de prova, arrolamento de bens, atentado, posse em nome do nascituro etc.) que tinham requisitos próprios para sua concessão.

---

44 PEREIRA, Hélio do Valle. *O novo mandado de segurança*: comentários à Lei nº 12.016, de 7/8/2009. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010. p. 96.

45 PEREIRA, Hélio do Valle. *O novo mandado de segurança*: comentários à Lei nº 12.016, de 7/8/2009. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010. p. 97.

46 COSTA, Eduardo José da Fonseca. As leis "impeditivas" de liminar realmente *impedem*? In: ALVIM, Eduardo Arruda; RAMOS, Glauco Gumerato; MELO, Gustavo de Medeiros; ARAÚJO, José Henrique Mouta (coords.). *O novo mandado de segurança*: estudos sobre a Lei nº 12.016/2009. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 159-168.

Digitalizada com CamScanner

No sistema do CPC/2015, não há mais cautelares típicas. Há, porém, cautelares típicas previstas e reguladas em leis extravagantes, a exemplo da cautelar fiscal referida no item 11.3 *supra*. Dentro do CPC, não há mais a dicotomia entre cautelas nominadas e inominadas ou típicas e atípicas. É possível, porém, pedir-se *arresto* para assegurar a satisfação de crédito monetário, ou pedir-se *sequestro* para resguardar o bem em disputa. Tanto isso é verdade que o art. 301 do CPC dispõe que "A tutela de urgência de natureza cautelar pode ser efetivada mediante arresto, sequestro, arrolamento de bens, registro de protesto contra alienação de bem e qualquer outra medida idônea para asseguração do direito".

O CPC generalizou, na verdade, a *atipicidade* da tutela de urgência cautelar. Presentes os requisitos genéricos para sua concessão, o juiz poderá determinar arresto, sequestro, busca e apreensão ou qualquer outra medida conservativa. Não há mais requisitos casuísticos e exigentes, devendo a medida ser concedida a partir do preenchimento dos requisitos genéricos. Apenas *in concreto*, a depender das peculiaridades do caso, é que poderá ser concedida a medida conservativa.[47]

Não há mais autonomia processual da medida cautelar. Quer isso dizer que o pedido cautelar deve vir cumulado com o pedido principal. O processo de conhecimento é apto a veicular tanto a postulação satisfativa como a cautelar. Na mesma petição inicial, o autor pode pedir a providência cautelar e a providência satisfativa. Se pedir a providência cautelar, pode postular sua antecipação, a ser deferida por provimento provisório, que deve ser confirmado no provimento definitivo.

Sendo a urgência muito grande, o pedido cautelar pode ser formulado em caráter antecedente, tal como será visto no próximo subitem.

11.4.3.2 Tutela de urgência cautelar antecedente

A tutela de urgência cautelar antecedente está prevista nos arts. 305 a 310 do CPC. Como já registrado no subitem anterior, o autor pode, em sua petição inicial, cumular a pretensão cautelar com a pretensão satisfativa.

Se, porém, a urgência for tamanha que não dê tempo de preparar a petição inicial de modo completo e reunir todas as provas, o autor pode requerer a tutela de urgência cautelar antecedente, restringindo-se a pedir a providência cautelar em petição específica, na qual irá indicar o pedido principal e seu fundamento, a exposição sumária do direito que objetiva assegurar e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.

---

[47] Na lição de Daniel Mitidiero: "O fato de o legislador não ter repetido as hipóteses de cabimento do arresto, do sequestro, do arrolamento de bens e do registro de protesto contra alienação significa que essas medidas cautelares se submetem aos requisitos comuns de toda e qualquer medida cautelar: probabilidade do direito ('fumus boni iuris') e perigo na demora ('periculum in mora'). Significa ainda que o Código vigente incorporou o significado desses termos – tal como eram compreendidos na legislação anterior" (Comentários ao art. 301. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno (coords.). *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2015. p. 784).

Não raramente, há dificuldades em identificar se a providência postulada é cautelar ou satisfativa. Já se viu que, na tutela cautelar, se assegura o perigo de infrutuosidade, evitando-se o risco de uma pretensão material não vir a ser, futuramente, satisfeita. Por sua vez, há, na tutela de urgência satisfativa, o objetivo de impedir o perigo da demora ou da tardança, mediante o adiantamento da satisfação. Existem, como dito, dificuldades práticas, em vários casos, de identificar se se está diante de um perigo de infrutuosidade ou de perigo de tardança. Há, realmente, quem veja a sustação de protesto como medida cautelar e há quem a veja como medida satisfativa; há quem enxergue os alimentos provisionais como providência cautelar e há quem os considere providência satisfativa.

Por causa disso, se o autor requerer a tutela provisória cautelar em caráter antecedente, e o juiz entender que se trata de providência satisfativa, poderá determinar sua transformação em tutela provisória satisfativa em caráter antecedente (CPC, art. 305, parágrafo único).[48]

No procedimento da cautelar antecedente, o réu será citado para, no prazo de 5 (cinco) dias, contestar o pedido e indicar as provas que pretende produzir (CPC, art. 306). Não sendo contestado o pedido, haverá revelia, com produção de seu efeito material: os fatos alegados pelo autor presumir-se-ão aceitos pelo réu como ocorridos (CPC, art. 307, *caput*). Diversamente, se o pedido for contestado, o procedimento segue com a adoção das regras do procedimento comum (CPC, art. 307, parágrafo único).

Concedida a tutela cautelar, deverá ser efetivada. Uma vez efetivada, o pedido principal terá de ser formulado pelo autor, no prazo de 30 (trinta) dias. Não é necessária a propositura de nova demanda, nem do recolhimento de novas custas. No mesmo processo, o autor irá aditar sua petição inicial e formular o pedido principal, podendo também aditar a causa de pedir (CPC, art. 308, § 2º).

Apresentado o pedido principal, adota-se o procedimento comum, com a intimação das partes para a audiência de conciliação ou mediação, na forma do art. 334 do CPC, sem necessidade de nova citação do réu, pois o processo aí é um só. O pedido principal é formulado por aditamento da petição inicial, e não por nova petição inicial. Não há formação de novo processo; o processo é o mesmo, não sendo necessária nova citação, portanto.

11.4.3.3 Tutela de urgência cautelar incidental

A tutela de urgência cautelar pode ser postulada na própria petição inicial, juntamente com o pedido de providência satisfativa. Nesse caso, não haverá necessidade de aditamento posterior da petição inicial.

---

[48] A situação inversa também merece ser a mesma solução. Nesse sentido, aliás, o enunciado 502 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: "Caso o juiz entenda que o pedido de tutela antecipada em caráter antecedente tenha natureza cautelar, observará o disposto no art. 305 e seguintes".

Digitalizada com CamScanner

Também é possível que a urgência seja superveniente, somente sendo postulada a cautelar depois de o processo estar em curso.

Nessas hipóteses, a tutela de urgência cautelar é requerida em caráter incidental, sendo dirigida ao próprio juiz da causa, sem necessidade do pagamento de custas ou de qualquer outra formalidade. Não haverá, ademais, necessidade de qualquer aditamento, já que o processo está em curso, tendo sido instaurado pelo ajuizamento da petição inicial que contém o pedido de providência satisfativa. Em outras palavras, não se aplica o art. 308 do CPC ao pedido de cautelar incidental.

A tutela de urgência cautelar requerida em caráter incidental deve preencher os mesmos requisitos da probabilidade do direito e do risco ao resultado útil do processo.

11.4.4 Tutela de urgência satisfativa

11.4.4.1 Generalidades

A tutela provisória de urgência é a técnica processual destinada a antecipar efeitos do provimento satisfativo, permitindo a fruição ou satisfação do direito postulado, em razão do risco da demora do processo.

O juiz, mediante cognição sumária, verifica que há probabilidade de êxito da parte, bem como risco na demora do resultado, deferindo-se, então, a antecipação dos efeitos da tutela satisfativa, a autorizar a obtenção imediata do resultado pretendido.

A tutela provisória de urgência satisfativa pode ser requerida em caráter antecedente ou em caráter incidental. O art. 303 do CPC prevê o procedimento para a tutela provisória de urgência satisfativa em caráter antecedente. Não há qualquer disciplina específica para a requerida em caráter incidental, pois basta, em tal hipótese, a apresentação de uma simples petição num processo em andamento.

11.4.4.2 Tutela de urgência satisfativa antecedente

11.4.4.2.1 Hipótese de urgência contemporânea ao ajuizamento da demanda

Quando a parte estiver diante de extrema urgência ou quando houver, na terminologia adotada no art. 303 do CPC, uma "urgência contemporânea" ao ajuizamento da demanda, é possível ser formulado o requerimento de tutela provisória satisfativa antes mesmo do efetivo pedido da tutela final pretendida.

A extrema urgência autoriza o autor a restringir-se a pedir apenas a tutela provisória, em petição em simples. A autonomia procedimental para a realização de uma simples técnica processual está prevista na hipótese do art. 303 do CPC, sendo uma opção legislativa válida. O autor formula um requerimento antecedente, só de tutela provisória, vindo a formular o pedido final em outro momento.

Nesse caso de extrema urgência, a petição inicial pode limitar-se a requerer a tutela antecipada e a indicar o pedido de tutela final, com a exposição do direito que se busca realizar e do perigo da demora. O autor terá de indicar o valor da causa, levando em conta o pedido final a ser formulado oportunamente.[49]

O autor, em sua petição inicial, deverá indicar que pretende valer-se desse procedimento (CPC, art. 303, § 5º). Tal indicação é fundamental e atende ao princípio da boa-fé (CPC, art. 5º) e ao da cooperação (CPC, art. 6º), cumprindo o autor, com isso, o dever de esclarecimento e permitindo que tanto o juiz como o réu saibam que ele está a valer-se do procedimento previsto no art. 303 do CPC.

O art. 303 do CPC autoriza o autor a restringir-se a pedir apenas a tutela provisória, diante da extrema urgência. Nada impede, porém, que o autor já apresente a petição inicial completa, com todos os seus elementos, mas se restringindo a pedir apenas a tutela provisória, haja vista a existência de uma urgência contemporânea à propositura da demanda. É preciso, de todo modo, que o autor esclareça, em sua petição inicial, que está se valendo do procedimento previsto no referido art. 303.

Deferida a tutela provisória satisfativa antecedente, o autor tem o ônus de aditar a petição inicial, complementando sua argumentação, juntando novos documentos e confirmando o pedido de tutela final, em 15 (quinze) dias ou em outro prazo que o juiz fixar (CPC, art. 303, § 1º, I). O aditamento, que se fará nos mesmos autos, não depende do complemento de custas; não há incidência de novas custas (CPC, art. 303, § 3º).

Não realizado o aditamento, o processo será extinto sem resolução do mérito (CPC, art. 303, § 2º).

Realizado o aditamento, o réu será citado para comparecer à audiência de mediação ou de conciliação (CPC, art. 334), a não ser que ambas as partes tenham manifestado expressamente desinteresse na autocomposição ou se trate de direito que não a admita (CPC, art. 334, § 4º). Não havendo autocomposição, o prazo para contestação terá início (CPC, art. 335).

Indeferida a tutela provisória, o juiz determinará o aditamento da petição inicial em até 5 (cinco) dias. Não realizado o aditamento, o processo será extinto sem resolução do mérito (CPC, art. 303, § 6º).

Se a petição inicial já veio completa, o autor será intimado para confirmar o pedido de tutela final, não sendo necessário aditar a petição inicial.

11.4.4.2.2 Estabilização da tutela de urgência

11.4.4.2.2.1 Observação introdutória

Requerida a tutela provisória satisfativa antecedente, a decisão que a defere pode estabilizar-se (CPC, art. 304). Há, nesse caso, uma *monitorização* do procedimento.

[49] "É requisito da petição inicial da tutela cautelar requerida em caráter antecedente a indicação do valor da causa" (Enunciado 44 da I Jornada de Direito Processual Civil, do Conselho da Justiça Federal).

Digitalizada com CamScanner

Embora a cognição seja sumária ou incompleta, a parte obtém, em caráter definitivo, decisão mandamental ou executiva *secundum eventum defensionis*. Em outras palavras, a decisão, fruto de cognição sumária ou incompleta, é proferida, invertendo-se o ônus da iniciativa do contraditório, em manifesta concretização da *técnica monitória*.[50]

Como se destaca no item 13.1 *infra*, o CPC instituiu um *microssistema* de tutela de direitos pela técnica monitória, composto pela estabilização da tutela provisória (art. 304) e pela ação monitória (arts. 700 a 702).

A estabilização ocorre na *tutela provisória de urgência satisfativa*. Tanto na estabilização como na ação monitória há obtenção adiantada de mandamento ou execução *secundum eventum defensionis*: não havendo manifestação da parte demandada, obtém-se satisfação definitiva adiantada.

Em outras palavras, a estabilização da tutela provisória de urgência (CPC, art. 304) e a ação monitória (CPC, arts. 700 a 702) formam um regime jurídico único ou um microssistema.

Na estabilização, o juiz concede uma tutela provisória satisfativa de urgência antecedente. Não havendo recurso do réu, a decisão estabiliza-se, com extinção do processo.

A estabilização somente ocorre na tutela provisória de urgência satisfativa requerida em caráter antecedente. Não há estabilização na tutela provisória cautelar,[51] nem na tutela de evidência. Também não é possível a estabilização da tutela provisória requerida em caráter incidental.

11.4.4.2.2.2 Requisitos

A decisão que deferir a tutela provisória de urgência satisfativa requerida em caráter antecedente torna-se estável, se o réu não a impugnar no prazo legal. Se a medida for deferida e o réu não interpuser agravo de instrumento, o processo é extinto e produz-se a estabilização do efeito mandamental ou executivo.

Além disso, é preciso que o autor tenha, em sua petição inicial, manifestado expressa opção pelo procedimento (CPC, art. 303, § 5º). Em razão da boa-fé processual (CPC, art. 5º) e dos deveres de cooperação (CPC, art. 6º), sobretudo o de esclarecimento, o autor deve explicitar a sua escolha pelo procedimento do art. 303 do CPC. Só haverá estabilização se tal escolha for expressamente feita e anunciada na petição inicial.

---

50 "A estabilização da tutela antecipada representa uma generalização da técnica monitória para situações de urgência e para a tutela satisfativa, na medida em que viabiliza a obtenção de resultados práticos a partir da inércia do réu" (DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*. 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2015. v. 2, p. 604).

51 Nesse sentido, o enunciado 420 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: "Não cabe estabilização de tutela cautelar".

Com essa opção expressa feita pelo autor, o réu terá ciência, podendo, então, saber que sua inércia provocará a estabilização da tutela provisória satisfativa de urgência.

Para Eduardo José da Fonseca Costa, a estabilização somente se produz se houver dupla inércia: (a) o autor não adita a petição inicial e (b) o réu não recorre da decisão concessiva da tutela provisória.[52] Não é necessário, porém, a inércia do autor. Na verdade, é irrelevante. Em muitos casos, é preciso, até mesmo, que o autor adite a petição inicial para evitar que o processo seja extinto sem resolução do mérito, pois seu prazo para aditamento encerra-se antes do prazo para o recurso do réu. O juiz pode, até mesmo, dilatar o prazo para o aditamento, fixando o termo final para somente depois de ultrapassado o prazo para agravo de instrumento pelo réu.[53]

Na verdade, para que se estabilize a tutela provisória, é preciso que o autor manifeste a opção expressa pelo procedimento (CPC, art. 303, § 5º), o juiz defira a medida e o réu não recorra da decisão. Haver ou não aditamento da petição inicial é irrelevante.

Se o assistente simples recorrer, a tutela provisória não se estabiliza, a não ser que o réu tenha se manifestado expressamente em sentido contrário.[54]

Segundo Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira, a estabilização decorre da inércia total do réu. Se ele apresenta qualquer meio de impugnação, não há estabilização. Assim, se o réu apresenta pedido de suspensão de segurança ou pedido de reconsideração, desde que no prazo para recurso, a decisão não se estabiliza.[55]

O texto normativo refere-se a *recurso*, que é, aliás, o único meio que impede a preclusão. A estabilização decorre, portanto, da ausência de agravo de instrumento, que é o recurso cabível contra a decisão que versa sobre tutela provisória (CPC, art. 1.015, I). Qualquer outro meio de impugnação não impede a estabilização.[56]

---

52 COSTA, Eduardo José da Fonseca. Comentários ao art. 304. In: STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo Carneiro da (orgs.). *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2. ed. Alexandre Freire (coord. exec.). São Paulo: Saraiva, 2017. p. 444-445.

53 Nesse sentido, o enunciado 581 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: "O poder de dilação do prazo, previsto no inciso VI do art. 139 e no inciso I do § 1º do art. 303, abrange a fixação do termo final para aditar o pedido inicial posteriormente ao prazo para recorrer da tutela antecipada antecedente".

54 Nesse sentido, o enunciado 501 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: "A tutela antecipada concedida em caráter antecedente não se estabilizará quando for interposto recurso pelo assistente simples, salvo se houver manifestação expressa do réu em sentido contrário".

55 DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*. 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2015. v. 2, p. 608. Em sentido semelhante: "[...] não apenas o agravo de instrumento pode impedir a estabilização, mas também outros meios análogos" (MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi. Tutela provisória contra a Fazenda Pública no CPC/2015. In: ARAÚJO, José Henrique Mouta; CUNHA, Leonardo Carneiro da (coords.). *Advocacia pública*. Salvador: JusPodivm, 2015. n. 8.1, p. 226).

56 Nesse sentido: STJ, 1ª Turma, REsp 1.797.365/RS, Rel. Min. Sérgio Kukina, Rel. p/ acórdão Min. Regina Helena Costa, j. 03.10.2019, *DJe* 22.10.2019. Em sentido contrário, o enunciado 43 do

Digitalizada com CamScanner

O procedimento do art. 303 do CPC é incompatível com a ação rescisória. Logo, não há estabilização de tutela provisória concedida na ação rescisória.[57] Nesse sentido, o enunciado 421 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: "Não cabe estabilização de tutela antecipada em ação rescisória". No mesmo sentido, o enunciado 43 da I Jornada de Direito Processual Civil, do Conselho da Justiça Federal: "Não ocorre a estabilização da tutela antecipada requerida em caráter antecedente, quando deferida em ação rescisória".

Para que haja, enfim, estabilização, é preciso que a tutela provisória seja concedida; não se estabiliza a decisão denegatória. Só se estabiliza a decisão concessiva da tutela provisória satisfativa de urgência concedida em caráter antecedente, desde que o autor expressamente opte pelo procedimento (CPC, 303, § 5º) e o réu não interponha recurso.

Se faltar algum requisito, não haverá estabilização, a não ser que as partes celebrem um negócio processual prevendo a estabilização. Nesse sentido, assim expressa o enunciado 32 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: "Além da hipótese prevista no art. 304, é possível a estabilização expressamente negociada da tutela antecipada de urgência antecedente".

11.4.4.2.2.3 Custas e honorários no caso de estabilização

Conforme demonstrado no subitem 11.4.4.2.2.1 *supra* e no item 13.1 *infra*, há um *microssistema* de tutela de direitos pela técnica monitória, formado pelas normas que tratam da ação monitória (CPC, arts. 700 a 703) e pelas que tratam da estabilização da tutela provisória satisfativa de urgência antecedente (CPC, arts. 303 e 304).

Tais normas complementam-se reciprocamente, evitando lacunas.

Assim, se o réu, no caso da tutela provisória satisfativa de urgência requerida em caráter antecedente, cumpre espontaneamente a decisão e não interpõe recurso,

---

Fórum Nacional do Poder Público: "Qualquer medida impugnativa apresentada pela Fazenda Pública que controverta o direito sobre o qual se funda a antecipação de tutela concedida em caráter antecedente constitui meio idôneo para impedir a estabilização da demanda, prevista no art. 304 do CPC". O STJ também entendeu assim: "(...) 3.2. É de se observar, porém, que, embora o *caput* do art. 304 do CPC/2015 determine que 'a tutela antecipada, concedida nos termos do art. 303, torna-se estável se da decisão que a conceder não for interposto o respectivo recurso', a leitura que deve ser feita do dispositivo legal, tomando como base uma interpretação sistemática e teleológica do instituto, é que a estabilização somente ocorrerá se não houver qualquer tipo de impugnação pela parte contrária, sob pena de se estimular a interposição de agravos de instrumento, sobrecarregando desnecessariamente os Tribunais, além do ajuizamento da ação autônoma, prevista no art. 304, § 2º, do CPC/2015, a fim de rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada estabilizada" (STJ, 3ª Turma, REsp 1.760.966/SP, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, j. 04.12.2018, *DJe* 07.12.2018).

57 COSTA, Eduardo José da Fonseca. Comentários ao art. 304. In: STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo Carneiro da (orgs.). *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2. ed. Alexandre Freire (coord. exec.). São Paulo: Saraiva, 2017. p. 447.

não estará sujeito ao pagamento de custas (CPC, art. 701, § 1º), arcando com honorários de sucumbência de apenas 5% (cinco por cento) (CPC, art. 701, *caput*).

11.4.4.2.2.4 Estabilização *versus* coisa julgada

A estabilização da tutela provisória de urgência satisfativa difere da coisa julgada; são situações diferentes. Por isso que o § 6º do art. 304 do CPC enuncia que a decisão que concede a tutela de urgência não produz coisa julgada.

Quando defere a tutela provisória de urgência, o juiz restringe-se a reconhecer a presença de seus requisitos, quais sejam, a probabilidade do direito alegada e o perigo da demora.

Não há, na decisão concessiva da tutela de urgência, declaração do direito; não há julgamento apto a formar coisa julgada. Não há reconhecimento judicial do direito do autor. O juiz, reconhecendo a presença dos requisitos para a concessão da tutela provisória, antecipa efeitos mandamentais ou executivos, os quais, não havendo recurso do réu, irão tornar-se estáveis.

O que se percebe é que há, aí, uma estabilidade diversa da coisa julgada. Nesse ponto, a estabilização da tutela de urgência diferencia-se da ação monitória, em cujo âmbito há, sim, produção de coisa julgada. Na ação monitória, expedido o mandado para cumprimento ou pagamento da obrigação, se o réu se mantiver inerte, aquela ordem de pagamento ou cumprimento transforma-se em título executivo judicial, com produção de coisa julgada. A decisão concessiva da tutela de urgência, com a inércia do réu, torna-se estável.

11.4.4.2.2.5 Descabimento de ação rescisória

Como se viu, a decisão concessiva da tutela de urgência pode estabilizar-se, se o réu dela não recorrer. Tal estabilização difere da coisa julgada. Significa que a decisão que defere a tutela de urgência satisfativa requerida em caráter antecedente não produz coisa julgada. Logo, não cabe ação rescisória. Nesse sentido, o enunciado 33 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: "Não cabe ação rescisória nos casos de estabilização da tutela antecipada de urgência".

O que cabe é, no prazo de 2 (dois) anos, contado a partir da extinção do processo, uma ação perante o próprio juízo do processo originário, destinada a rever, reformar ou invalidar a decisão concessiva da tutela de urgência (CPC, art. 304, §§ 2º e 5º).

Nessa demanda, pede-se ao juiz para aprofundar a cognição que até então fora sumária ou incompleta. Aprofundada a cognição, o juiz irá manter, reformar, modificar ou invalidar a decisão concessiva da tutela de urgência, em decisão que irá submeter-se à coisa julgada.

Tanto o autor como o réu podem propor essa ação prevista nos §§ 2º e 5º do art. 304. Escoado o prazo de 2 (dois) anos para a propositura dessa demanda, não

Digitalizada com CamScanner

cabe mais nada; não é cabível nem mesmo ação rescisória depois de passado o prazo de 2 (dois) anos para seu julgamento.

11.4.4.2.2.6 Estabilização da tutela de urgência contra a Fazenda Pública

A tutela de urgência satisfativa antecedente pode ser proposta contra a Fazenda Pública, estando a decisão apta a estabilizar-se. Em outras palavras, é possível que haja a estabilização da tutela provisória contra a Fazenda Pública.[58]

Na verdade, há vários casos em que a tutela de urgência é vedada contra a Fazenda Pública, como se viu no subitem 11.4.2.4.2 *supra*. Naqueles casos, não será possível a tutela de urgência, nem sua estabilização.

Nos casos em que se permite a tutela de urgência contra o Poder Público, é possível haver a tutela satisfativa antecedente, com a consequente estabilização.[59] Não se permite estabilização para antecipar condenação judicial e permitir a imediata expedição de precatório ou de requisição de pequeno valor. Isso porque a expedição de precatório ou de requisição de pequeno valor exige prévia coisa julgada. Nesse sentido, "Tem-se uma incompatibilidade entre a lógica do procedimento (urgência), com a necessidade da prévia inscrição em precatório".[60]

Há quem diga que a decisão que reconhece a estabilização e extingue o processo deve submeter-se à remessa necessária[61] e há, ainda, quem afirme que, estabilizada a tutela de urgência, e transcorrido o prazo de 2 (dois) anos sem a propositura da ação prevista nos §§ 2º e 5º do art. 304 do CPC, é preciso proceder à remessa necessária, a fim de que o tribunal confirme a decisão e se possa, efetivamente, ter a estabilização da tutela provisória de urgência satisfativa antecedente.[62]

---

58 COSTA, Eduardo José da Fonseca. Comentários ao art. 304. In: STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo Carneiro da (orgs.). *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2. ed. Alexandre Freire (coord. exec.). São Paulo: Saraiva, 2017. p. 449; MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi. Tutela provisória contra a Fazenda Pública no CPC/2015. In: ARAÚJO, José Henrique Mouta; CUNHA, Leonardo Carneiro da (coords.). *Advocacia pública*. Salvador: JusPodivm, 2015. n. 5, p. 214-217.

59 Nesse sentido, o enunciado 582 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: "Cabe estabilização da tutela antecipada antecedente contra a Fazenda Pública". No mesmo sentido, o enunciado 130 da II Jornada de Direito Processual Civil, do Conselho da Justiça Federal: "É possível a estabilização de tutela antecipada antecedente em face da Fazenda Pública".

60 MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi. Tutela provisória contra a Fazenda Pública no CPC/2015. In: ARAÚJO, José Henrique Mouta; CUNHA, Leonardo Carneiro da (coords.). *Advocacia pública*. Salvador: JusPodivm, 2015. n. 5, p. 217.

61 CASTELO BRANCO, Janaína Soares Noleto. *Advocacia Pública e solução consensual dos conflitos*. Salvador: JusPodivm, 2018, n. 4.2.5.5, p. 147-149.

62 COSTA, Eduardo José da Fonseca. Comentários ao art. 304. In: STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo Carneiro da (orgs.). *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2. ed. Alexandre Freire (coord. exec.). São Paulo: Saraiva, 2017. p. 450.

Não é, porém, passível de remessa necessária a decisão que concede a tutela de urgência contra a Fazenda Pública. A estabilização, para ocorrer, não depende de remessa necessária. Isso porque a estabilização, como se viu, não se confunde com a coisa julgada. A remessa necessária é imprescindível para que se produza a coisa julgada. Além do mais, não cabe tutela de urgência contra o Poder Público nos casos vedados em lei e nos casos de pagamento de valores atrasados, que exija expedição de precatório ou de requisição de pequeno valor. Não sendo possível tutela de urgência com efeitos financeiros retroativos, a hipótese não alcança valor que exija a remessa necessária, aplicando sua hipótese de dispensa prevista no § 3º do art. 496 do CPC.

11.4.5 Tutela de evidência

11.4.5.1 Tutela de evidência e tutela provisória de evidência

A evidência não é um tipo de tutela jurisdicional, mas um fato que autoriza que se conceda uma tutela jurisdicional mediante técnica específica ou diferenciada. A evidência, em outras palavras, é um pressuposto fático de uma técnica processual para a obtenção da tutela.[63]

A evidência é pressuposto que serve tanto à tutela definitiva como à provisória. A evidência serve à tutela definitiva, fundada em cognição exauriente, nos casos, por exemplo, de mandado de segurança, ação monitória. Também serve para autorizar a instauração de execução definitiva por quem disponha de título executivo.[64]

Assim como serve de técnica para a tutela definitiva, também serve à tutela provisória, fundada em cognição sumária. É o caso da tutela provisória de evidência. A evidência é o requisito para a concessão da tutela provisória, sendo dispensada a urgência.

A concessão da tutela provisória de evidência depende da prova das alegações de fato e da demonstração de probabilidade do acolhimento do pedido formulado pela parte. As afirmações de fato e de direito põem-se em estado de evidência, justificando-se a antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional postulada, com concretização do princípio da duração razoável. O ônus do tempo do processo é melhor avaliado, beneficiando a parte que aparenta ter razão, por ser muito evidente a probabilidade de acolhimento de sua pretensão.

11.4.5.2 Hipóteses de tutela de evidência

O sistema processual prevê, tradicionalmente, casos de tutela provisória de evidência, como, por exemplo, a liminar em ação possessória e a expedição de

---

63 DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*. 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2015. v. 2, p. 617.

64 DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*. 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2015. v. 2, p. 618.

Digitalizada com CamScanner

mandado para pagamento ou cumprimento da obrigação na ação monitória. Em tais hipóteses, a urgência não constitui requisito para a decisão. O juiz decide com base na evidência ou na probabilidade do direito.

Além desses casos e de outros específicos, o Código de Processo Civil prevê a tutela provisória de evidência para a generalidade dos direitos, tutelados pelo procedimento comum.

As hipóteses genéricas de tutela de evidência estão previstas no art. 311 do CPC.

Duas delas já existiam no nosso sistema. Há outras duas que são efetivas novidades.

Já no CPC/1973 previa-se que, além da tutela de *urgência*, a tutela antecipada poderia ser concedida em face da *evidência* do direito postulado em juízo. Nesse caso, não importava o *perigo*, não havendo exame de qualquer *urgência*. Levava-se em conta a consistência das alegações das partes, aplicando-se o inciso II do art. 273 do CPC/1973. A tutela antecipada era, em tal hipótese, concedida em razão do abuso do direito de defesa ou do manifesto propósito protelatório do réu. Na linguagem da legislação francesa, a defesa, nesses casos, não é séria, devendo-se prestigiar a posição do autor que aparenta ter razão.

No CPC/2015, essa hipótese mantém-se e está prevista no inciso I do seu art. 311.

Há, na doutrina brasileira, quem entenda que essa hipótese de tutela de evidência representa uma *sanção*, tendo por finalidade *punir* o comportamento do litigante de má-fé que abusou do direito de defesa ou apresentou uma manifestação protelatória. A tutela antecipada seria, nesse caso, *sancionatória*. Por outro lado, há os que repelem essa natureza sancionatória, afirmando que se trata, na verdade, de *tutela antecipada fundada na maior probabilidade* de veracidade da posição jurídica assumida pelo autor.[65] Bastaria, então, que a tese do autor fosse mais provável do que a do réu para que se concedesse a tutela antecipada.[66] É a *evidência* do direito do autor que permite o deferimento da medida, e não o seu comportamento irregular ou de má-fé manifestado pelo réu. Sua finalidade seria promover a *igualdade substancial* entre as partes, distribuindo a carga do tempo no processo, a depender da maior ou menor probabilidade de ser fundada ou não a postulação do autor.

---

65 "A probabilidade do direito constitui requisito para concessão da tutela da evidência fundada em abuso do direito de defesa ou em manifesto propósito protelatório da parte contrária" (Enunciado 47 da I Jornada de Direito Processual Civil, do Conselho da Justiça Federal).

66 "O que se dá, com a conduta do réu, nestes casos, é que o índice de verossimilhança do direito do autor eleva-se para um grau que se aproxima da certeza. Se o juiz já se inclinara por considerar verossímil o direito, agora, frente à conduta protelatória do réu, ou ante o exercício abusivo do direito de defesa, fortalece-se a conclusão de que o demandado realmente não dispõe de alguma contestação séria a opor ao direito do autor. Daí a legitimidade da antecipação da tutela" (SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de direito processual civil*. 5. ed. São Paulo: RT, 2000. v. 1, p. 142).

Não haveria natureza sancionatória. Já há a sanção por ato atentatório à dignidade da jurisdição e a responsabilidade por dano processual, previstas, respectivamente, nos arts. 77, § 2º, e 81, ambos do CPC.

A hipótese do inciso III do art. 311 do CPC também não é, rigorosamente, uma novidade. O procedimento especial para ação de depósito, que estava previsto nos arts. 901 a 906 do CPC/1973, deixou de ser previsto no CPC/2015. A ação de depósito passou a submeter-se ao procedimento comum, com a possibilidade de uma tutela provisória de evidência. O pedido de cumprimento de obrigação reipersecutória (ou seja, obrigação de entregar coisa) decorrente de contrato de depósito autoriza a concessão de tutela provisória de evidência.

Já o inciso II do art. 311 do CPC prevê a tutela de evidência fundada em precedente obrigatório.[67] Estando documentalmente provados os fatos alegados pelo autor, poderá ser concedida a tutela de evidência, se houver probabilidade de acolhimento do pedido do autor, decorrente de fundamento respaldado em tese jurídica já firmada em precedente obrigatório, mais propriamente em enunciado de súmula vinculante (CPC, art. 927, II) ou em julgamento de casos repetitivos (CPC, arts. 927, III, e 928).

O julgamento de casos repetitivos compreende o incidente de resolução de demandas repetitivas e os recursos repetitivos (CPC, art. 928). Sua finalidade, além de gerir os casos repetitivos, é formar precedente obrigatório. Esta também é a finalidade do incidente de assunção de competência. É exatamente por isso que o incidente de assunção de competência forma, juntamente com o julgamento de casos repetitivos, o microssistema de formação concentrada de precedentes obrigatórios, tal como já explicado ao longo do Capítulo X. Diante desse microssistema, é adequado considerar possível a concessão de tutela de evidência com fundamento em precedente firmado no julgamento de incidente de assunção de competência.[68]

Na verdade, a tutela de evidência prevista no inciso II do art. 311 do CPC pode ser concedida se houver *qualquer* precedente obrigatório. Em outras palavras, presente qualquer precedente previsto no art. 927 do CPC, é possível ser concedida uma tutela de evidência, fundada no aludido inciso II do art. 311.[69]

---

67 "É admissível a tutela provisória da evidência, prevista no art. 311, II, do CPC, também em casos de tese firmada em repercussão geral ou em súmulas dos tribunais superiores" (Enunciado 48 da I Jornada de Direito Processual Civil, do Conselho da Justiça Federal).

68 Nesse sentido, o enunciado 135 da II Jornada de Direito Processual Civil, do Conselho da Justiça Federal: "É admissível a concessão de tutela da evidência fundada em tese firmada em incidente de assunção de competência".

69 "(...) o art. 311 deve ser interpretado de modo que se compreenda o CPC em sua inteireza. Assim, pode-se afirmar que seu significado sistemático aponta para seguinte construção textual: 'a tutela da evidência será concedida, independentemente da demonstração de perigo da demora da prestação da tutela jurisdicional, quando as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documentalmente e houver tese firmada em precedente obrigatório,

Digitalizada com CamScanner

Nesses casos do inciso II do art. 311 do CPC, o juiz pode, liminarmente inclusive, conceder a tutela de evidência, independentemente de haver demonstração de perigo de dano ou de risco à inutilidade do resultado final do processo. A evidência, em tais hipóteses, revela-se por ser aparentemente *indiscutível*, *indubitável* a pretensão da parte autora, não sendo *seriamente contestável*. Em casos assim, a tutela antecipada somente não será concedida, se a situação do autor, servidor, particular ou interessado não se ajustar à *ratio decidendi* do precedente obrigatório. Quer isso dizer que somente não será concedida a tutela antecipada, se houver a necessidade de ser feita uma distinção no caso, em razão de alguma peculiaridade que afaste a aplicação do precedente. Aliás, em casos assim, a defesa do réu deve restringir-se a demonstrar que há uma situação diferente que impõe o afastamento do precedente, ou que há fatores que não justificam mais a interpretação conferida pelo tribunal superior. Noutros termos, o réu, em casos como esse, deve demonstrar a existência de uma distinção ou a necessidade de ser superado o entendimento firmado. Não havendo tal demonstração, deve já ser julgado procedente o pedido, ou, se houver algum incidente ou outro pedido a ser apreciado.

Em casos repetitivos, pode o juiz já conceder a tutela provisória *inaudita altera parte*, para fazer aplicar o precedente do tribunal (CPC, art. 311, parágrafo único). Há quem sustente a inconstitucionalidade de tal previsão.[70] Não há, porém, inconstitucionalidade. O dispositivo concretiza a duração razoável do processo no âmbito da litigiosidade repetitiva. Ademais, existem, historicamente, tutelas de evidência liminares no sistema brasileiro, como nos casos das ações possessórias, dos embargos de terceiro e da ação monitória, sem que se considere qualquer inconstitucionalidade presente em tais situações.

Por sua vez, o inciso IV do art. 311 do CPC prevê a concessão de tutela de evidência quando "a petição inicial for instruída com prova documental suficiente dos fatos constitutivos do direito do autor, a que o réu não oponha prova capaz de gerar dúvida razoável". Nessa hipótese, o autor deve apresentar prova documental que seja suficiente para comprovar os fatos constitutivos do seu direito, sendo-lhe, por essa razão, evidente.

A evidência, que decorre da prova documental apresentada pelo autor, não deve ser desfeita por prova igualmente documental do réu. Se a prova documental

nos moldes do art. 926 do CPC" (MACÊDO, Lucas Buril de. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2019. p. 526). No mesmo sentido: "Propõe-se, contudo, interpretação sistemática, teleológica e extensiva da regra, para que se entenda que deve ser possível a concessão de tutela de evidência também quando houver tese jurídica assentada em outros precedentes obrigatórios, tais como aqueles previstos no art. 927, CPC" (DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. *Curso de direito processual civil*. 15. ed. Salvador: JusPodivm, 2020. v. 2, p. 765).

70 MACÊDO, Lucas Buril de. Antecipação da tutela por evidência e os precedentes obrigatórios. *Revista de Processo*, São Paulo: RT, v. 242, abr. 2015, p. 521-549.

apresentada pelo autor for suficiente para comprovar suas alegações, sem que o réu apresente qualquer dúvida razoável, haverá evidência que justifique a concessão da tutela provisória.

Essa é uma hipótese que não permite a concessão liminar da tutela de evidência. Isso porque depende da conduta do réu; ele, ao contestar, não apresenta dúvida razoável às alegações, comprovadas documentalmente, do autor.

A hipótese, na verdade, é de julgamento antecipado do mérito (CPC, art. 355, I). Estando os fatos constitutivos do direito comprovados por documentos, e não sendo necessária mais a produção de qualquer prova, é possível o julgamento antecipado do mérito, mas também é possível a tutela provisória de evidência.

Qual, então, a utilidade da tutela provisória nesse caso? Por que o juiz já não profere a sentença de uma vez? A finalidade e a utilidade da hipótese descrita no inciso IV do art. 311 do CPC relacionam-se com o afastamento do efeito suspensivo da apelação (CPC, art. 1.012, § 1º, V). O juiz pode, na sentença, quando a hipótese for de julgamento antecipado do mérito por serem suficientes os documentos apresentados, antecipar a tutela (desde que haja requerimento da parte), a fim de retirar da apelação seu efeito suspensivo.

As hipóteses de tutela de evidência estão, portanto, previstas no art. 311 do CPC, em outros dispositivos do Código e, ainda, em leis extravagantes, não tendo relação com a urgência nem com o risco de inutilidade da tutela definitiva.

11.4.5.3 Tutela de evidência contra a Fazenda Pública

É possível a tutela de evidência contra a Fazenda Pública. Se a Fazenda Pública abusa do direito de defesa, é possível haver a concessão da tutela provisória.

Não é comum – sendo até improvável – pensar numa hipótese de ação de depósito contra a Fazenda Pública. De todo modo, se for proposta uma ação de depósito contra a Fazenda Pública, cabe a tutela provisória de evidência prevista no inciso III do art. 311 do CPC.

A hipótese do inciso IV do art. 311 do CPC equivale ao caso de mandado de segurança. Com efeito, a evidência serve à tutela definitiva, fundada em cognição exauriente, no procedimento do mandado de segurança, cuja concessão é desafiada por apelação sem efeito suspensivo. De igual modo, havendo evidência documental numa ação de procedimento comum contra a Fazenda Pública em que não haja dúvida razoável oposta ao documento, é possível o juiz conceder a tutela de evidência para afastar o efeito suspensivo da apelação, desde que não incidam, no caso, as hipóteses legais de vedação de tutela provisória.

Significa que as vedações legais à tutela antecipada contra a Fazenda Pública aplicam-se no caso do inciso IV do art. 311 do CPC. É preciso conciliar o art. 1.059 com o art. 311, IV, ambos do CPC. O juiz, na hipótese do inciso IV do art. 311 do CPC, pode conceder a tutela de evidência para afastar o efeito suspensivo da apelação

Digitalizada com CamScanner

numa ação contra a Fazenda Pública, desde que isso não implique pagamento ou expedição de precatório ou de requisição de pequeno valor.

Sempre que houver julgamento antecipado do mérito por suficiência da prova documental, será possível a tutela provisória contra a Fazenda Pública, desde que a hipótese não se enquadre numa das vedações legais. Nos casos em que está vedada a tutela provisória, não é possível a tutela de evidência fundada no inciso IV do art. 311 do CPC contra a Fazenda Pública.

Também é possível a tutela de evidência contra a Fazenda Pública na hipótese prevista no inciso II do art. 311 do CPC.

A propósito, convém observar que o enunciado 35 do Fórum Permanente de Processualistas Civis assim estabelece: "As vedações à concessão de tutela provisória contra a Fazenda Pública limitam-se às tutelas de urgência".[71] Tal enunciado deve ser lido com a necessária adaptação: as vedações legais aplicam-se na hipótese do inciso IV do art. 311 do CPC.

Como se verá no item 11.5 *infra*, a decisão concessiva de tutela antecipada que se apoie em entendimento já consolidado no STF não sofre a incidência do disposto no art. 1º da Lei 9.494/1997, podendo haver determinação ao Poder Público de pagamento imediato de vantagens a servidores. Tal entendimento – manifestado em vários precedentes do STF – confirma a ampla possibilidade da tutela de evidência, fundada no inciso II do art. 311 do CPC, contra a Fazenda Pública, sem que haja a incidência das vedações contidas em diversos dispositivos legais.

Essa hipótese do inciso II do art. 311 do CPC insere-se no conjunto de regras que tutelam a segurança jurídica e o respeito ao sistema de precedentes, exigindo que o Judiciário cumpra com os deveres de uniformidade, estabilidade, coerência e integridade (CPC, art. 926). Ao Poder Público, nesse mesmo sentido, cumpre atender aos princípios da legalidade, da moralidade e da impessoalidade (CF, art. 37), que se relacionam diretamente com o respeito aos precedentes e à integridade e à coerência do sistema.

Enfim, cabe a tutela provisória de evidência contra a Fazenda Pública, ressalvados os casos de vedação legal quanto à hipótese do inciso IV do art. 311 do CPC.

11.5 MEIOS DE IMPUGNAÇÃO CONTRA A DECISÃO QUE CONCEDE TUTELA PROVISÓRIA CONTRA A FAZENDA PÚBLICA

Deferida uma tutela provisória por um juízo de primeira instância, cabe, normalmente, um *agravo de instrumento* (CPC, art. 1.015, I), no qual poderá ser requerido o efeito suspensivo, com fundamento na urgência ou na evidência (CPC,

[71] *Em sentido contrário, o enunciado 14 do Fórum Nacional do Poder Público: "Não é cabível concessão de tutela provisória de evidência contra a Fazenda Pública nas hipóteses mencionadas no art. 1.059 do CPC".*

art. 995, parágrafo único), cabendo ao relator examinar tal requerimento (CPC, art. 932, II; art. 1.019, I).

Afora o agravo de instrumento, é igualmente possível o ajuizamento do *pedido de suspensão* para o presidente do respectivo tribunal. O ajuizamento simultâneo do agravo de instrumento e do pedido de suspensão não se encontra vedado, sendo, bem ao revés, permitido no sistema, tal como se demonstra no item 15.5 *infra*.

A par do agravo de instrumento e do pedido de suspensão, a Fazenda Pública pode, ainda, intentar uma *reclamação*, se a tutela provisória for concedida contrariamente a enunciado de súmula vinculante ou de precedente obrigatório, ou a decisão do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade (CPC, art. 988, III e IV).

Ainda sob a vigência do CPC/1973, vinha sendo ajuizada uma quantidade razoável de reclamações no STF contra decisões que concediam tutela antecipada nas hipóteses vedadas pela Lei 9.494/1997, o que atenta contra a observância da determinação do STF no julgamento da ADC 4, a qual vincula todos os órgãos jurisdicionais.

Tendo a Suprema Corte estabelecido que é *constitucional* a regra que limita a concessão de tutela antecipada contra a Fazenda Pública, deferir provimento antecipatório nos casos em que há vedação pela Lei 9.494/1997 configura desrespeito à autoridade da decisão do STF proferida na ADC 4.[72]

Da decisão que defere a antecipação de tutela antecipada cabe, pois, um agravo de instrumento pela Fazenda Pública, a quem se confere também a possibilidade de ajuizar um pedido de suspensão para o presidente do respectivo tribunal. Além de tais medidas, caso a tutela provisória seja concedida em inobservância de decisão do STF, de entendimento consolidado em enunciado de súmula vinculante ou em precedente obrigatório, cabe reclamação (CPC, art. 988, III e IV), a exemplo do que já ocorria quando se concedia, no regime do Código anterior, tutela antecipada ao arrepio das vedações inscritas no art. 1º da Lei 9.494/1997, com manifesta ofensa à autoridade da decisão proferida na ADC 4.

O entendimento do STF, quanto ao cabimento da reclamação constitucional por ofensa ao quanto decidido na ADC 4, tem sido bastante restritivo. Em várias situações, a Suprema Corte vem entendendo que não se aplica o julgamento proferido na ADC 4, rejeitando a respectiva reclamação.

A vedação de concessão de provimento de urgência para impor à Fazenda Pública a concessão de aumento ou vantagem aplica-se também quando a causa for de natureza previdenciária. Não será cabível o provimento de urgência em causas

[72] STF, Pleno, RCL 846/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, Rel. p/ acórdão Min. Ellen Gracie, j. 19.04.2001, *DJ* 14.12.2001, p. 30; STF, 2ª Turma, AgRRcl 1.939/SC, Rel. Min. Carlos Velloso, j. 20.11.2001, *DJ* 01.02.2002, p. 86; STF, Pleno, AgRRcl 1.489/RJ, Rel. Min. Ilmar Galvão, j. 08.06.2000, *DJ* 13.10.2000, p. 12.

Digitalizada com CamScanner

previdenciárias para determinar o pagamento imediato de alguma vantagem pecuniária.[73] É bem verdade que, deferida a medida liminar, não se revela cabível a reclamação para garantir a autoridade da decisão do STF na ADC 4. A propósito, eis o teor do enunciado 729 da Súmula do STF: "A decisão na ADC-4 não se aplica à antecipação de tutela em causa de natureza previdenciária". E isso porque o julgamento da ADC 4 *não* tratou de causas previdenciárias, não havendo, na hipótese de concessão de liminar, ofensa ao quanto decidido pelo STF.

O enunciado 729 da súmula do STF *não* franqueia, *nem* permite, a concessão de tutela antecipada para determinar pagamento de quantia pecuniária em causas previdenciárias. O que tal enunciado sumular afirma é que, nas causas previdenciárias, não se aplica o julgado na ADC 4. Tal julgado reconheceu a constitucionalidade da Lei 9.494/1997, que se refere à proibição de tutela antecipada para pagamento de vantagens a servidores públicos, não mencionando pensionistas ou questões previdenciárias.

A Lei 12.016/2009 contém previsão *mais ampla*, proibindo, no mandado de segurança, a concessão de liminar que imponha o pagamento de *qualquer natureza*, aí incluída, *evidentemente*, qualquer vantagem previdenciária. Ademais, a Lei 12.016/2009 é *posterior* à edição daquele enunciado 729 da Súmula do STF, de forma a ser afastada a aplicação de tal enunciado sumular em favor da norma legal. Vale dizer que o § 2º do art. 7º da Lei 12.016/2009 *veda* expressamente a concessão de medida liminar, em mandado de segurança, para pagamento de vantagem *de qualquer natureza*. E, nos termos do art. 1.059 do CPC, tais vedações estendem-se para os casos de tutela provisória nele previstos.

Ainda no entendimento do STF, a determinação, por meio de tutela antecipada, para que seja efetuado o pagamento de parcela indenizatória, não arrosta a autoridade da decisão proferida na ADC 4, pois tal situação não está abrangida pelo art. 1º da Lei 9.494/1997.[74]

Se da tutela antecipada, concedida para dada finalidade, surjam consequências financeiras *indiretas* ou *secundárias*, não estará sendo afrontada a decisão proferida na ADC 4. Em outras palavras, se a tutela antecipada não é concedida para impor pagamento de vantagem, mas tal pagamento será realizado como *consequência* da medida antecipatória, a hipótese não se encaixa na proibição do art. 1º da Lei 9.494/1997, não havendo ofensa à decisão proferida na ADC 4. Assim, por exemplo, é possível a tutela antecipada para impor a nomeação e a posse de candidato aprovado em concurso público. É verdade que, uma vez empossado, o candidato passa a ostentar a condição de servidor público, vindo a perceber remuneração, com inclusão em folha de pagamento. Como os efeitos financeiros constituem uma consequência *secundária* da decisão, a hipótese não se encaixa nas vedações do

[73] *Em sentido contrário:* STJ, 1ª Turma, AgRg no AREsp 230.482/RS, Rel. Min. Sérgio Kukina, j. 07.03.2013, *DJe* 12.03.2013.

[74] STF, Pleno, Rcl-AgR 5.174/ES, Rel. Min. Cezar Peluso, j. 27.11.2008, *DJe* 06.02.2009.

art. 1º da Lei 9.494/1997, não arrostando o quanto decidido na ADC 4.[75] Tome-se, ainda, como exemplo a hipótese de tutela antecipada que determine a reintegração de servidor ao seu cargo. Como *consequência* da decisão, haverá inclusão em folha de pessoal, com dispêndio para pagamento de vencimentos futuros. É possível a tutela antecipada, não havendo ofensa à decisão do STF, proferida na ADC 4.[76] De igual modo, a concessão de tutela antecipada para assegurar a nomeação de candidato aprovado em concurso público, sem concessão de efeito financeiro pretérito, não atenta contra a decisão proferida na ADC 4, sendo incabível a reclamação.[77]

A decisão concessiva de tutela antecipada *que se apoie em entendimento já consolidado no STF* também não ofende o julgamento da ADC 4. Nesse caso, cumpre privilegiar a uniformidade de entendimento, pondo-se em relevo a autoridade da Suprema Corte e a normatividade do próprio texto constitucional. Se a Corte Suprema já firmou determinada orientação, deve a Administração Pública segui-la. E, se não o fizer, caberá tutela antecipada, mesmo nas hipóteses previstas no art. 1º da Lei 9.494/1997, não havendo afronta ao julgado proferido na ADC 4.[78]

Enfim, se a tutela antecipada for concedida ao arrepio das vedações inscritas no art. 1º da Lei 9.494/1997, revela-se cabível uma reclamação para o Supremo Tribunal Federal, para garantir a autoridade da decisão proferida na ADC 4, desde que a hipótese não se enquadre num desses casos, afastados pelo STF da abrangência dos efeitos de tal decisão.[79] Em tese, a tutela antecipada concedida contra o Poder Público pode ser atacada por agravo de instrumento ou por reclamação, podendo, ainda, ser objeto de um pedido de suspensão dirigido ao Presidente do respectivo tribunal.

Todas essas medidas são concorrentes. Pode a Fazenda Pública valer-se, a um só tempo, de todas elas. A Fazenda Pública, além de interpor o agravo de instrumento, pode, simultaneamente, ajuizar um pedido de suspensão para o presidente do respectivo tribunal e, ainda, intentar uma reclamação para o tribunal que teve seu entendimento desrespeitado.

A cumulação dessas medidas não se afigura vedada pelo sistema.

De acordo com a regra *da singularidade*, é proibida a interposição simultânea de mais de um *recurso* contra a mesma decisão, excepcionado apenas o ajuizamento

[75] STF, Pleno, Rcl-AgR 5.983/PI, Rel. Min. Cezar Peluso, j. 03.12.2008, *DJe* 05.02.2009.

[76] STF, Pleno, Rcl-AgR 6.468/SE, Rel. Min. Cezar Peluso, j. 03.12.2008, *DJe* 05.02.2009.

[77] STF, Pleno, Rcl 7.402 AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 09.12.2010, *DJe-026*, divulg. 08.02.2011, public. 09.02.2011.

[78] STF, Pleno, Rcl-AgR 5.163/CE, Rel. Min. Cezar Peluso, j. 27.11.2008, *DJe* 06.02.2009. No mesmo sentido: STF, Pleno, Rcl-AgR 4.628/SP, Rel. Min. Cezar Peluso, j. 27.11.2008, *DJe* 05.02.2009.

[79] Sobre o entendimento do STF e a necessidade de se interpretar restritivamente as proibições de tutela antecipada contra a Fazenda Pública, conferir: LIMA NETO, Francisco Vieira; GUIMARÃES, Jader Ferreira. As tutelas de urgência contra a Fazenda Pública na jurisprudência atual do STF. *Revista de Processo*, São Paulo: RT, v. 143, jan. 2007, p. 164-177.

Digitalizada com CamScanner

conjunto de recurso especial e extraordinário. Acontece, porém, que o pedido de suspensão não é, como se verá no item 15.2 *infra*, um recurso, ostentando a natureza de ação *cautelar específica*. Logo, não sendo recurso, não se submete à incidência do princípio da singularidade, podendo ser ajuizado em conjunto com outro meio de impugnação.

De igual modo, a reclamação não é recurso, podendo ser intentada conjuntamente com outra medida que ostente natureza recursal. Trata-se, a bem da verdade, de uma *ação*, ajuizada originariamente no tribunal, com vistas a obter a preservação de sua competência ou a garantir a autoridade de seus julgados.[80]

Como tais medidas são concorrentes, podem, enfim, ser ajuizadas conjuntamente, facultando-se à Fazenda Pública, em vez de ajuizá-las em conjunto, optar por apenas uma delas, ou duas, ou, repita-se, todas juntas.

11.6 CONSEQUÊNCIAS DA REVOGAÇÃO DA TUTELA PROVISÓRIA: RESTITUIÇÃO AO ESTADO ANTERIOR

Concedida tutela provisória, sua efetivação é conservada durante a pendência do processo (CPC, art. 296) e observa, no que couber, as normas referentes ao cumprimento provisório da sentença (CPC, art. 297, parágrafo único).

A tutela provisória acarreta a imediata execução ou efetivação da medida, consistindo, em verdade, num cumprimento provisório.[81] Significa que o regime do cumprimento provisório é aplicável à efetivação da tutela provisória, pondo-se em evidência a regra do inciso II do art. 520 do CPC: revogada, modificada ou anulada a decisão provisória, fica sem efeito a medida, restituindo-se as partes ao estado anterior e liquidados eventuais prejuízos nos mesmos autos.

Daí por que, deferida tutela provisória para determinar, por exemplo, a manutenção de um candidato num concurso público, a posterior revogação, anulação ou cassação da medida impõe a restituição ao estado anterior: o candidato deve ser considerado eliminado do certame, não se aplicando a teoria do fato consumado.[82] Aliás, segundo anotado em precedente do STJ, "É cediço, neste Superior Tribunal de Justiça, que a teoria do fato consumado não se aplica aos casos em que o candidato participou do concurso público por força de liminar".[83] Com efeito, "A teoria

[80] DANTAS, Marcelo Navarro Ribeiro. *Reclamação constitucional no direito brasileiro*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2000. p. 459-461.

[81] Nesse sentido, o enunciado 38 da I Jornada de Direito Processual Civil, do Conselho da Justiça Federal: "As medidas adequadas para a efetivação da tutela provisória independem do trânsito em julgado, inclusive contra o Poder Público (art. 297 do CPC)".

[82] Sobre a insubsistência da "teoria" do fato consumado, CAVALCANTI NETO, Antonio de Moura. *A aplicação da teoria do fato consumado às tutelas sumárias concedidas contra o Poder Público*. São Paulo: dissertação de mestrado apresentada e defendida na PUC-SP, 2016.

[83] STJ, 6ª Turma, AgRg no Ag 874.884/DF, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 27.11.2007, *DJ* 17.12.2007, p. 360. No mesmo sentido: STJ, 6ª Turma, AgRg no RMS 24.641/CE, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 31.08.2010, *DJe* 13.09.2010. Também no mesmo sentido: STJ, 5ª Turma, AgRg no REsp 1.018.824/SE, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. 23.11.2010, *DJe* 13.12.2010. Ainda no mesmo sentido: STJ, 5ª Turma, RMS 23.390/DF, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 02.12.2010, *DJe* 17.12.2010.

do fato consumado não se aplica às hipóteses em que a participação do candidato no concurso ocorreu de modo precário, por força de liminar".[84] Nesse sentido, "o candidato que permanece no certame por força de provimento judicial liminar não tem direito líquido e certo à nomeação".[85]

Em situações excepcionais, o STJ admite a aplicação da teoria do fato consumado. Realmente, "Conforme a orientação jurisprudencial do STJ, aplica-se a teoria do fato consumado nas hipóteses em que a restauração da estrita legalidade ocasionaria mais danos sociais do que a manutenção da situação consolidada pelo decurso do tempo em razão de ordem judicial concedida em mandado de segurança".[86] Vale dizer que "A teoria do fato consumado aplica-se, em caráter excepcionalíssimo, a casos em que a inércia da Administração ou a morosidade do Judiciário geram, por decurso temporal, a cristalização de situações precárias, o que não se coaduna com a hipótese dos autos".[87]

A jurisprudência do STJ admite, em situações excepcionalíssimas, consolidação do fato consumado (o que é chamado de "teoria do fato consumado"), em observância à segurança jurídica e desde que preenchidos os requisitos para o cargo público, como na hipótese em que a candidata, mediante providência liminar de urgência, prosseguiu no concurso público e veio a tomar posse; depois, foi aprovada no estágio probatório e exerce a função pública há 5 (cinco) anos.[88]

Tome-se, ainda, como exemplo a concessão de tutela provisória para determinar o pagamento de benefício previdenciário ou para impor o acréscimo de vantagem em pensão ou aposentadoria. Reformado, anulado ou cassado o provimento provisório, deverá o autor restituir os valores recebidos em decorrência da medida concedida, respeitada a margem consignável ou o limite do desconto em folha.[89]

A partir do julgamento proferido por sua 3ª Seção, no Recurso Especial 991.030/RS, o Superior Tribunal de Justiça passou a entender que a necessidade de retorno ao *status quo ante* não se aplicaria às demandas previdenciárias. Em geral, revogada

[84] STJ, 2ª Turma, AgRg no RMS 37.650/BA, Rel. Min. Humberto Martins, j. 03.10.2013, *DJe* 14.10.2013.

[85] STJ, 6ª Turma, AgRg no RMS 31.668/CE, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, j. 20.02.2014, *DJe* 06.03.2014.

[86] STJ, 2ª Turma, AgRg no AREsp 460.157/PI, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. 20.03.2014, *DJe* 26.03.2014.

[87] STJ, 2ª Turma, AgRg no REsp 1.148.950/DF, Rel. Min. Humberto Martins, j. 17.12.2013, *DJe* 03.02.2014.

[88] STJ, 5ª Turma, RMS 31.152/PR, Rel. Min. Jorge Mussi, j. 18.02.2014, *DJe* 25.02.2014.

[89] STJ, 6ª Turma, REsp 725.118/RJ, Rel. Min. Paulo Gallotti, j. 09.12.2005, *DJ* 24.04.2006, p. 477; STJ, 5ª Turma, AgRg no REsp 984.135/RS, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. 13.12.2007, *DJ* 07.02.2008, p. 1.

Digitalizada com CamScanner

a tutela antecipada, deve haver o retorno ao estado anterior, salvo se a questão for previdenciária. A partir daí, vários outros julgados seguiram essa orientação.[90]

A orientação firmada pela 3ª Seção do STJ no julgamento do Recurso Especial 991.030/RS veio a ser igualmente seguida pelas turmas integrantes da 1ª Seção.[91] Acontece, porém, que, em tal julgamento, a 3ª Seção do STJ entendeu que não deveria haver o retorno ao estado anterior, pois a tutela antecipada teria sido concedida com base num entendimento que ainda era controvertido, somente vindo a ser firmada orientação no sentido contrário muito tempo depois pelo STF. Diante dessa peculiaridade, e considerando-se a boa-fé da segurada, não se deveria, em prol da segurança jurídica, determinar a devolução do que havia sido pago a título de tutela antecipada.[92]

Na verdade, todos os precedentes que seguiram a decisão da 3ª Seção do STJ, segundo os quais não há restituição ao *status quo ante* quando revogada a tutela antecipada em matéria previdenciária, estão a generalizar uma situação que era particular, específica, que levava em conta uma peculiaridade que impunha garantir a segurança jurídica.

Não se deve, ao que parece, generalizar o entendimento para assentar a orientação no sentido de que, sempre que se tratar de causa previdenciária, não se deve impor o retorno ao estado anterior, quando revogada a tutela antecipada. É preciso avaliar cada caso. Se, no caso concreto, não há as peculiaridades verificadas na hipótese do Recurso Especial 991.030/RS, não havendo segurança jurídica a proibir a retroação dos efeitos da revogação da decisão antecipatória, deve, então, ser promovida a repetição do indébito. Do contrário, ou seja, verificadas as condições ali apontadas, cumpre impedir a repetição do indébito.

Ao apreciar o Recurso Especial 1.384.418/SC, Rel. Min. Herman Benjamin, a 1ª Seção do STJ reviu essa orientação para levar em conta as peculiaridades do caso posto a julgamento e considerar que não se deve analisar a questão de forma generalizada, cabendo avaliar a presença concreta da boa-fé objetiva para, então, determinar ou não a devolução de valores recebidos a título de tutela antecipada, quando esta vier a ser revogada.[93]

---

90 STJ, 6ª Turma, AgRg no REsp 1.053.868/RS, Rel. Min. Paulo Gallotti, j. 1º.07.2008, *DJe* 25.08.2008; STJ, 5ª Turma, AgRg no REsp 1.011.702/RS, Rel. Min. Jorge Mussi, j. 26.06.2008, *DJe* 25.08.2008; STJ, 5ª Turma, AgRg no REsp 1.058.348/RS, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 25.09.2008, *DJe* 20.10.2008; STJ, 6ª Turma, AgRg no REsp 1.055.647/RS, Rel. Min. Og Fernandes, j. 21.08.2008, *DJe* 08.09.2008; STJ, 5ª Turma, AgRg no AREsp 12.844/SC, Rel. Min. Jorge Mussi, j. 23.08.2011, *DJe* 02.09.2011.

91 STJ, 2ª Turma, AgRg no AREsp 194.038/MG, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. 18.10.2012, *DJe* 24.10.2012; STJ, 2ª Turma, AgRg no AREsp 252.190/RS, Rel. Min. Humberto Martins, j. 11.12.2012, *DJe* 18.12.2012; STJ, 1ª Turma, AgRg no AREsp 126.832/MG, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, j. 26.06.2012, *DJe* 07.08.2012.

92 STJ, 3ª Seção, REsp 991.030/RS, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 14.05.2008, *DJe* 15.10.2008.

93 STJ, 1ª Seção, REsp 1.384.418/SC, Rel. Min. Herman Benjamin, j. 12.06.2013, *DJe* 30.08.2013.

A Corte Especial do STJ, ao julgar os Embargos de Divergência no Recurso Especial 1.086.154, entendeu que há boa-fé do segurado quando a tutela provisória for confirmada por sentença e esta, igualmente, for confirmada pelo tribunal, no acórdão que julgue a apelação. Há, de acordo com o STJ, uma *dupla conformidade* entre a sentença e o acórdão, a acarretar uma estabilização da decisão de primeira instância, criando no vencedor a expectativa legítima de ser titular do direito reconhecido na sentença e confirmado pelo tribunal de segunda instância. O recurso do vencido é, a partir daí, limitado, havendo expectativa legítima da titularidade do direito, a caracterizar a boa-fé exigida de quem recebe a verba de natureza alimentar posteriormente cassada, por confiar no acerto do duplo julgamento que lhe fora favorável.[94]

Não parece correto esse entendimento da Corte Especial do STJ. A efetivação de uma tutela provisória faz-se por conta e risco da parte que dela se beneficia. Há aí uma execução provisória. O título é provisório, estando sujeito a ser modificado, revogado ou desfeito. Não se pode falar em expectativa legítima, em boa-fé ou em estabilidade. A existência de uma sentença favorável, confirmada por um acórdão, ao que o STJ chamou de *dupla conformidade*, não confere qualquer estabilidade, qualquer segurança jurídica, qualquer expectativa legítima; não há, enfim, qualquer boa-fé a ser protegida. Se a decisão é provisória e ainda cabe recurso, é possível ser revista e desfeita. O ambiente é de incerteza, e não de certeza. Não há estabilidade a ser protegida. Não há boa-fé que resguarde a situação da parte e a impeça de devolver o que recebeu provisoriamente.

A revogação ou anulação de um provimento de urgência impõe a restituição das partes ao estado anterior, ressalvadas situações excepcionais, que demonstrem a necessidade de impedir a restituição, mercê da prevalência da segurança jurídica e da boa-fé, com aplicação da proporcionalidade.[95]

Retornar ao estado anterior não significa, entretanto, a necessidade de sempre haver devolução de quantia paga. Imagine-se, por exemplo, que a tutela antecipada é deferida para determinar a concessão de licença médica a servidor público. Efetivada a medida, o servidor passa a gozar da licença, recebendo, regularmente, seus vencimentos. A posterior revogação ou anulação da decisão antecipatória acarretará seu retorno ao estado anterior, que consiste em voltar ao exercício de suas funções públicas, não havendo, nessa hipótese, necessidade de devolver qualquer quantia. A decisão, na espécie, não determinou aumento ou vantagem adicional. Estando ou não de licença médica, a remuneração do servidor seria a mesma; ele a receberia de qualquer maneira. O que a tutela provisória implicou, em tal exemplo, foi a alteração na sua situação funcional, desobrigando-o de comparecer ao órgão em que trabalha

---

94 STJ, Corte Especial, EREsp 1.086.154/RS, Rel. Min. Nancy Andrighi, *DJe* 19.3.2014.

95 STJ, 2ª Turma, AgRg no REsp 1.263.480/CE, Rel. Min. Humberto Martins, j. 1º.09.2011, *DJe* 09.09.2011.

Digitalizada com CamScanner

e de exercer suas funções. Retornar ao estado anterior, nesse caso, equivale a voltar ao exercício regular de suas atividades, não havendo qualquer repercussão financeira que o obrigue a devolver valores que lhe foram pagos durante o período de licença.

Enfim, o regime do cumprimento provisório da sentença é aplicável à tutela provisória, de sorte que, revogada, modificada ou anulada a decisão antecipatória, se impõe restituir as partes ao estado anterior.[96] Tudo isso é aplicável a qualquer tutela provisória, seja cautelar, seja satisfativa, de urgência ou de evidência. Aliás, o parágrafo único do art. 297 do CPC insere-se no título relativo às normas gerais, tendo aplicação a toda e qualquer espécie de tutela provisória.

[96] *"Nos termos da jurisprudência da Primeira e da Segunda Seção, cabe o ressarcimento ao réu, nos próprios autos, dos valores despendidos por força de antecipação de tutela, posteriormente revogada em face de sentença de improcedência do pedido"* (STJ, 4ª Turma, REsp 1.312.836/RS, *Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, DJe* 22.2.2017).

XII

A FAZENDA PÚBLICA E A EXECUÇÃO

12.1 EXECUÇÃO EM FACE DA FAZENDA PÚBLICA

A execução realiza-se no interesse do exequente, que adquire, pela penhora, o direito de preferência sobre os bens penhorados (CPC, art. 797). A execução por quantia certa tem por finalidade específica expropriar bens do executado, a fim de satisfazer o exequente. E, nos termos do art. 825 do CPC, a expropriação consiste (a) na adjudicação em favor do exequente ou das pessoas indicadas no § 5º do art. 876 do CPC, (b) na alienação, (c) na apropriação de frutos e rendimentos de empresa ou de estabelecimentos ou de outros bens.

Quando a Fazenda Pública é o executado, todas essas regras não têm aplicação, pois os bens públicos são, em geral, impenhoráveis e inalienáveis.

Nesse caso, ou seja, sendo o executado a Fazenda Pública, não se aplicam as regras próprias da execução por quantia certa, não havendo a adoção de medidas expropriatórias para a satisfação do crédito. Diante da peculiaridade e da situação da Fazenda Pública, a execução por quantia certa contra ela intentada contém regras próprias. Põe-se em relevo, no particular, a *instrumentalidade* do processo, a impor adequação procedimental, na exata medida em que as exigências do direito material na disciplina das relações jurídicas que envolvem a Fazenda Pública influenciam e ditam as regras processuais.

Isso porque os pagamentos feitos pela Fazenda Pública são despendidos pelo Erário, merecendo tratamento específico a execução intentada contra as pessoas jurídicas de direito público, a fim de adaptar as regras pertinentes à sistemática do precatório.[1]

[1] Além das pessoas jurídicas de direito público, submete-se ao regime de precatórios, segundo entendimento firmado pelo STF, a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – ECT –, que ostenta a natureza de empresa pública.

Abstraída a ECT, não é possível a aplicação do regime de precatórios às sociedades de economia mista nem às empresas públicas, por constituírem pessoas jurídicas de direito privado, não se inserindo no conceito de Fazenda Pública. Nesse sentido: STF, Pleno, RE 599.628, Rel. Min. Ayres Britto, Rel. p/ acórdão Min. Joaquim Barbosa, *DJe* 17.10.2011.

Digitalizada com CamScanner