

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL  
FACULDADE DE DIREITO  
DEPARTAMENTO DE DIREITO PRIVADO E PROCESSO CIVIL**

**Fernando Henrique de Abreu Amaral**

**A TUTELA PROVISÓRIA CONTRA A FAZENDA PÚBLICA NO NOVO CPC**

**Porto Alegre**

**2016**

FERNANDO HENRIQUE DE ABREU AMARAL

**A TUTELA PROVISÓRIA CONTRA A FAZENDA PÚBLICA NO NOVO CPC**

Monografia apresentada ao Departamento de Direito Privado e Processo Civil da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para a obtenção do grau de bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador: Professor Doutor Klaus Cohen Koplin.

Porto Alegre

2016

FERNANDO HENRIQUE DE ABREU AMARAL

**A TUTELA PROVISÓRIA CONTRA A FAZENDA PÚBLICA NO NOVO CPC**

Monografia apresentada ao Departamento de Direito Privado e Processo Civil da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para a obtenção do grau de bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Aprovada em 13 de dezembro de 2016.

**BANCA EXAMINADORA:**

---

Professor Doutor Klaus Cohen Koplin  
Orientador

---

Professor Doutor Sérgio Luís Wetzel de Mattos  
Membro da comissão

---

Professor Doutor Daniel Francisco Mitidiero  
Membro da comissão

## AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus pela minha saúde.

À minha família, pelo amor irrestrito e apoio incondicionado, assim como por compreender minhas ausências. Agradeço especialmente à minha mãe, Adriana, pelo cuidado e dedicação dispensados à nossa família, bem como à minha irmã, Verônica, por ter me aberto as portas da Capital, auxiliando-me em tudo que fosse necessário. Agradeço ao meu pai, Sílvio, por ter contribuído efetivamente para a aprovação no vestibular, e ao meu irmão, Alexandre, por tudo que ele representa na nossa família.

À Leticia Chaise, pelo companheirismo inabalável e por me mostrar que não há limites para sonhar, inspirando-me com sua dedicação e força de vontade.

A todos os meus amigos, assim como aos meus colegas de faculdade, em especial aqueles que compartilharam as angústias e as noites em claro nessa reta final.

Ao Desembargador Umberto Guaspari Sudbrack pela compreensão, bem como ao João David, ao Érico e ao Fabio pelo companheirismo com que lidamos com as situações adversas.

Ao meu orientador, Professor Klaus, não só por ter indicado o instigante tema da tutela provisória em face da Fazenda Pública, mas também pelos ensinamentos compartilhados durante a graduação, os quais me conduziram ao interesse pelo Direito Processual Civil.

Por fim, agradeço, de um modo geral, a todos aqueles que torcem e rezam pela minha felicidade.

## RESUMO

A Constituição Federal assegura a todos a inafastabilidade do Poder Judiciário na defesa de qualquer lesão ou ameaça a direito, de onde se extrai o direito à tutela jurisdicional efetiva, adequada e tempestiva. Nesse contexto, os provimentos provisórios se incluem dentre as inúmeras técnicas processuais previstas pelo ordenamento jurídico para concretizar o direito de ação. Tais mecanismos são hábeis à garantia da efetividade da Justiça, pois, de forma provisória, permitem a satisfação antecipada da pretensão ou asseguram que essa possa se realizar futuramente, com a finalidade de abrandar os efeitos do tempo do processo. Todavia, essas medidas liminares são mitigadas nos litígios envolvendo as pessoas jurídicas de direito público, em decorrência do regime diferenciado a elas conferido pelo legislador ordinário. Dessa forma, baseando-se na supremacia do interesse público e na sua indisponibilidade, a legislação ordinária prevê, além de prerrogativas, inúmeras restrições à concessão de provimentos liminares. Nesse contexto, o presente trabalho tem por finalidade abordar as implicações da entrada em vigor do Novo Código de Processo Civil em relação à tutela provisória concedida em desfavor da Fazenda Pública. Por meio de pesquisa junto à doutrina nacional, o estudo compreenderá o exame da constitucionalidade dessas restrições previstas em lei, bem como as principais modificações concernentes às tutelas provisórias e as controvérsias decorrentes da aplicação prática dessa técnica processual em face do Poder Público.

**Palavras-chave:** Tutela provisória. Tutela de urgência. Tutela de evidência. Novo Código de Processo Civil. Fazenda Pública.

## ABSTRACT

The Constitution of the Federative Republic of Brazil guarantees to all that the Judiciary cannot avoid being called to prevent any injury or threat to any rights, principle from which derives the conclusion that jurisdictional relief must be applied timely, adequately and properly. In this context, provisional remedies are included among the numerous procedural techniques established by law to secure the right of action. Such mechanisms are capable of guaranteeing the effectiveness of Justice, since, on a provisional basis, they allow the expected reliefs to be granted or ensure that they will be enforced in the future, in order to minimize the effects of process slowness. However, such injunctions are mitigated in disputes against the State, in its diverse forms, as a result of the differential regime granted to them by lawmakers. Thus, based on the supremacy of the public interest and its unavailability, the legal system stipulates, in addition to many other prerogatives, countless restrictions on the granting of provisional remedies. The purpose of this study is to address the effects of the New Code of Civil Procedure concerning interlocutory injunctions against the public treasury. By examining the prevailing opinion amongst Brazilian jurists, the study will include an analysis of the constitutionality of these restrictive norms, as well as the main modifications concerning interlocutory injunctions and the controversies arising from the practical enforcement of this procedural technique, when applied against the State.

**Key-words:** Interlocutory injunction. Urgent protection. Evident relief. New Code of Civil Procedure. State.

## SIGLAS E ABREVIATURAS

§ – Parágrafo

Art. – Artigo.

ADC – Ação Declaratória de Constitucionalidade

ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade

CF/88 – Constituição Federal de 1988

CPC/1973 – Código de Processo Civil de 1973

CPC/2015 – Código de Processo Civil de 2015

Ed. – Edição

Min. – Ministro (a)

NCPC – Novo Código de Processo Civil

nº – Número

p. – Página

Rel. – Relator (a)

RE – Recurso Extraordinário

REsp – Recurso Especial

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

t. – Tomo

Vol. ou v. – Volume

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	<b>8</b>
<b>1ª PARTE – TUTELA PROVISÓRIA:</b> .....	<b>10</b>
<b>1 DIREITO À TUTELA JURISDICIONAL</b> .....	<b>10</b>
<b>2 FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS</b> .....	<b>14</b>
<b>3 CARACTERÍSTICAS</b> .....	<b>19</b>
<b>4 ESPÉCIES</b> .....	<b>23</b>
4.1 QUANTO AO FUNDAMENTO:.....	23
4.1.1 Tutela de urgência .....	23
4.1.2 Tutela de evidência .....	26
4.2 QUANTO À NATUREZA .....	32
4.3 QUANTO AO PROCEDIMENTO.....	34
<b>2ª PARTE – TUTELA PROVISÓRIA EM FACE DA FAZENDA PÚBLICA</b> .....	<b>37</b>
<b>1 CONCEITO DE FAZENDA PÚBLICA</b> .....	<b>37</b>
<b>2 PRERROGATIVAS DA FAZENDA PÚBLICA</b> .....	<b>39</b>
<b>3 RESTRIÇÕES À CONCESSÃO DA TUTELA PROVISÓRIA EM FACE DO PODER PÚBLICO</b> .....	<b>42</b>
<b>4 CONSTITUCIONALIDADE DAS VEDAÇÕES LEGAIS</b> .....	<b>47</b>
<b>5 INOVAÇÕES EM MATÉRIA DE TUTELA PROVISÓRIA CONTRA A FAZENDA PÚBLICA</b> .....	<b>54</b>
5.1 ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA SATISFATIVA REQUERIDA EM CARÁTER ANTECEDENTE CONTRA A FAZENDA PÚBLICA .....	54
5.2 TUTELA DE EVIDÊNCIA CONTRA O PODER PÚBLICO .....	65
<b>CONCLUSÃO</b> .....	<b>69</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS</b> .....	<b>71</b>



## INTRODUÇÃO

A Fazenda Pública sempre esteve envolta em inúmeras polêmicas doutrinárias e jurisprudenciais por ser a responsável por proteger os interesses da coletividade em juízo, tratando-se, sem nenhuma dúvida, da maior litigante brasileira. Em razão disso, o legislador infraconstitucional, atento à primazia do direito público e à sua indisponibilidade, dispensou tratamento diferenciado às pessoas jurídicas de direito público, conferindo-lhes prerrogativas materiais e processuais, a fim de possibilitar que a Advocacia Pública consiga exercer plenamente o direito de defesa dos entes públicos, evitando, por conseguinte, condenações injustificáveis. Na mesma direção, ciente de que os recursos públicos são finitos e de que as liminares concedidas em desfavor do Poder Público muitas vezes têm efeitos irreversíveis, o legislador passou a restringir, no final da década de 1950, as hipóteses de cabimento das decisões provisórias no âmbito do mandado de segurança, exigindo, em alguns casos, o trânsito em julgado como requisito à eficácia dos provimentos deferidos em face dos entes públicos.

A partir do início dos anos 1990, iniciou-se um aumento gradativo das vedações legais previstas para as demandas envolvendo as pessoas jurídicas de direito público, as quais foram estendidas, inicialmente, às medidas cautelares e, após, para a antecipação de tutela. Tais restrições deram azo a inúmeros debates relativos à sua compatibilização com a Constituição Federal, em especial, por limitarem o direito à efetividade da jurisdição, bem como o pleno exercício do direito de ação.

Aliado a isso, o ingresso de uma nova legislação no ordenamento jurídico sempre traz consigo inúmeras indagações sobre a aplicação prática dos dispositivos legais nela contidos, em especial quando ocorrem modificações estruturais. Não poderia ser diferente em relação à Lei nº 13.105/2015, que, ao instituir o Novo Código de Processo Civil, alterou significativamente o tratamento das tutelas cautelares e satisfativas. Além de unificá-las sob um regime único, a referida legislação introduziu uma nova técnica processual, que passou a permitir a estabilização dos efeitos da tutela antecipada fundada na urgência, assim como ampliou as hipóteses de cabimento da tutela de evidência.

Em contrapartida a essas técnicas processuais voltadas à concretização do

direito à tutela adequada, efetiva e tempestiva, o CPC/2015 dispôs, expressamente, no art. 1.059, que a tutela provisória se submete às restrições previstas na Lei nº 12.016/2009 e na Lei nº 8.437/1992. Essas modificações na legislação processual civil deram novos ares às discussões doutrinárias concernentes à possibilidade de concessão das tutelas provisórias em face da Fazenda Pública, principalmente em relação às matérias não previstas anteriormente no ordenamento jurídico brasileiro.

É nesse contexto que o presente trabalho tem por finalidade estudar as principais controvérsias relacionadas ao deferimento de provimentos não definitivos em desfavor das pessoas jurídicas de direito público, buscando na doutrina os principais argumentos relacionados à compatibilização dessa técnica processual tendente a conferir isonomia aos litigantes com o regime fazendário.

Nesse sentido, o trabalho dividir-se-á em duas partes. O primeiro capítulo se destinará ao exame da tutela provisória, partindo-se do direito à proteção jurisdicional, sem descuidar do conflito entre o direito à segurança jurídica e o direito à efetividade da jurisdição. Posteriormente, serão apresentados os embasamentos constitucionais e as características dos provimentos provisórios, bem como será exposto o tratamento da matéria no âmbito do Novo Código de Processo Civil, classificando as tutelas provisórias de acordo com o fundamento, a natureza e o procedimento.

O segundo capítulo, por seu turno, destinar-se-á ao estudo da Fazenda Pública, iniciando pela delimitação do seu conceito, para, após, expor as prerrogativas próprias ao regime das pessoas jurídicas de direito público. Em seguida, serão abordadas as vedações legais à concessão de medidas liminares em desfavor do Poder Público, em relação às quais, em um segundo momento, buscar-se-á apresentar as posições doutrinárias concernentes à constitucionalidade da matéria, bem como o entendimento assentado pelo Supremo Tribunal Federal em julgamentos paradigmas sobre o tema. Por fim, apresentar-se-á as principais inovações em matéria de tutela provisória, de modo a confrontá-las com o regime inerente aos entes públicos, buscando identificar quais são as principais controvérsias decorrentes da entrada em vigor do Novo Código de Processo Civil.

## 1ª PARTE – TUTELA PROVISÓRIA

### 1 DIREITO À TUTELA JURISDICIONAL

De acordo com as lições de TEORI ALBINO ZAVASCKI, “tutelar (do latim *tueor, tueri* = ver, olhar, observar e, figuradamente, velar, vigilar) significa proteger, amparar, defender, assistir”, sendo esses os sentidos empregados na linguagem jurídica ao fazer menção às expressões tutela jurídica e tutela jurisdicional<sup>1</sup>.

Para o referido autor, portanto, a prestação jurisdicional está relacionada à defesa que o Estado, por seus órgãos jurisdicionais, proporciona aos direitos dos indivíduos, em decorrência do compromisso de tornar efetiva a proteção em caso de lesão ou ameaça de violação. Esse compromisso, em sua visão, constitui-se em um poder-dever, porquanto, ao mesmo tempo em que o Estado monopoliza o seu exercício, sujeitando a vontade de todos às suas decisões, promove a substituição da atividade dos envolvidos em conflito pela atividade estatal<sup>2</sup>.

Na visão de LUIZ GUILHERME MARINONI, esse dever de prestar a tutela jurisdicional decorre da proibição da autotutela privada, o que atraiu para o Estado a incumbência de resolver os conflitos de maneira efetiva. Por ser o instrumento a partir do qual se exerce o direito de ação, o processo deve atingir o resultado que seria obtido caso não houvesse intervenção na esfera privada. Dessa forma, há necessidade de que o processo se estruture a partir das diferentes situações de direito material, de modo a evitar o retorno à excessiva abstração que se tentou conferir à ação processual<sup>3</sup> por influência da escola sistemática<sup>4</sup>.

Busca-se, portanto, visualizar o direito processual civil sob a perspectiva da tutela dos direitos, preocupando-se em compreendê-lo a partir dos direitos fundamentais, como instrumento apto a viabilizar a proteção jurisdicional de forma adequada, tempestiva e efetiva.

Essa conclusão decorre do exposto no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal,

<sup>1</sup> ZAVASCKI, Teori. **Antecipação da tutela**. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 5.

<sup>2</sup> *Ibidem*, p. 5-6.

<sup>3</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Antecipação da Tutela**. 12.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. *passim*.

<sup>4</sup> Luiz Guilherme Marinoni ensina que, com a finalidade de conferir autonomia e dignidade científica ao direito processual civil, a referida escola preocupou-se em desvinculá-lo do direito material, tendo, todavia, se excedido em seu intento, acarretando o surgimento de um direito processual civil completamente despreocupado com o direito substancial. (**Técnica Processual e Tutela dos Direitos**. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 46).

o qual, ao preconizar que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, assegura a todos o direito fundamental à tutela jurisdicional adequada, tempestiva e efetiva dos direitos.

O direito à efetividade da proteção jurisdicional se enquadra nos direitos à prestação, abrangendo, ao mesmo tempo, os direitos à participação, à técnica processual adequada e à resposta jurisdicional, porquanto “exige técnica processual adequada (norma processual), instituição de procedimento capaz de viabilizar a participação (p.ex., ações coletivas) e, por fim, a própria resposta jurisdicional”<sup>5</sup>.

Desse modo, na atual concepção do direito processual civil, fundada na teoria dos direitos fundamentais, é imprescindível que o processo sirva à proteção das diversas situações de direito material, adequando-se às formas de tutela prometidas pelo direito material.

A fim de melhor elucidar a questão, transcreve-se o seguinte excerto de uma das obras de LUIZ GUILHERME MARINONI:

Ora, se é inquestionável que o autor tem o direito de exercer a pretensão à tutela jurisdicional do direito através da ação, é evidente o seu direito de exercer a ação processual que lhe permita obter a tutela jurisdicional do direito decorrente do próprio direito material -, o direito à ação adequada à tutela do direito (ou direito à tutela jurisdicional efetiva) garantido pelo art. 5.º, XXXV da CF. Portanto, tem os direitos de influir sobre o convencimento do juiz e de utilizar as técnicas processuais capazes de permitir a efetiva tutela do direito material<sup>6</sup>.

Nessa direção, VITOR LANZA VELOSO destaca que a observância integral do direito constitucional de acesso à justiça está condicionada não apenas à prestação de uma tutela jurisdicional adequada, mas, também, a uma tutela efetiva e tempestiva, concluindo-se, assim, não bastar que se possibilite a alguém pleitear perante o Judiciário, se não lhe for possibilitado usufruir dos efeitos decorrentes do provimento buscado, caso esse, ao final, venha a ser concedido<sup>7</sup>.

Contudo, os processualistas nem sempre estiveram atentos à necessidade de adequação do processo ao direito material, mostrando-se, muitas vezes,

<sup>5</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica Processual e Tutela dos Direitos**. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 150.

<sup>6</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Antecipação da tutela**. 12.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 27.

<sup>7</sup> VELOSO, Vitor Lanza. Tutela de urgência antecipatória e a Fazenda Pública no Novo Código de Processo Civil. In: TALAMINI, Eduardo; DIDIER Jr., Fredie (Coord.). **Processo e Administração Pública** (Coleção Repercussões do Novo CPC, v.10). Salvador: Juspodivm, 2016. p. 365-366.

fascinados pelo procedimento comum<sup>8</sup>, o que, segundo MARINONI, oportunizou o surgimento de lacunas no sistema processual de tutela dos direitos<sup>9</sup>.

Nesse contexto, por influência de GIUSEPPE CHIOVENDA<sup>10</sup>, o CPC/1973 foi estruturado a fim de que cada espécie de tutela jurisdicional fosse prestada em um processo próprio. Assim, a atividade de cognição era exercida no processo de conhecimento (Livro I), a efetivação ou a satisfação de um direito previamente reconhecido ocorria por meio do processo de execução (Livro II), ao passo que as situações de urgência eram asseguradas por intermédio do processo cautelar (Livro III)<sup>11</sup>.

Não obstante existisse o processo cautelar para proteger as situações urgentes, o CPC/1973 não previa um procedimento que permitisse a satisfação antecipada do bem da vida buscado pela parte em juízo, tampouco uma técnica processual possibilitando o manejo do tempo.

Tais omissões legislativas deram origem ao emprego distorcido da ação cautelar<sup>12</sup>, passando essa a ser utilizada como válvula de escape para a efetividade da tutela dos direitos, com viés autônomo e satisfativo, evidenciando, na realidade, um uso não cautelar da tutela cautelar<sup>13</sup>.

Abandonada essa concepção de processo civil divorciada do direito substancial e da unicidade procedimental, em observância às pressões sociais por tutela jurisdicional adequada<sup>14</sup>, o legislador infraconstitucional, atento à necessidade de tutelar as diferentes situações de direito material, de modo a concretizar o direito fundamental à proteção jurisdicional, vem, aos poucos, inserindo no ordenamento jurídico procedimentos especiais e técnicas processuais capazes de conferir

<sup>8</sup> Segundo Marinoni, esse fascínio decorreu das influências da escola sistemática (histórico-dogmática), que teve como principal legado a pretensão de uniformização do procedimento, o que evidencia a tentativa de isolamento do processo em face do direito material. (Marinoni, Luiz Guilherme. **Técnica Processual e Tutela dos Direitos**. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 45-48).

<sup>9</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Antecipação da Tutela**. 12.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 28.

<sup>10</sup> SILVA, Jaqueline Mielke. **A tutela provisória no novo Código de Processo Civil**. 3.ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2017. p. 229 et seq.

<sup>11</sup> CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A Fazenda Pública em Juízo**. 13.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 281.

<sup>12</sup> Luiz Guilherme Marinoni, com base na doutrina italiana, esclarece que ocorreu uma distorção da fisionomia original da tutela cautelar, levando ao desaparecimento da instrumentalidade, que é a sua principal característica. (Marinoni, Luiz Guilherme. **Técnica Processual e Tutela dos Direitos**. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p.75.).

<sup>13</sup> *Ibidem*, passim.

<sup>14</sup> WATANABE, Kazuo. **Da cognição no Processo Civil**. 3.ed. São Paulo: DPJ, 2005. p. 139.

tratamento específico às particularidades dos direitos materiais postos em juízo.

Dentre as inúmeras técnicas tendentes a prestar a jurisdição de forma tempestiva, adequada e efetiva, introduziu-se no direito brasileiro, em 1994, por influência dos estudos de OVÍDIO BAPTISTA DA SILVA<sup>15</sup>, a técnica antecipatória, mediante alteração dos arts. 273 e 461 do CPC/1973, por meio da qual se consagrou a possibilidade de o juiz, atendidos certos requisitos, antecipar os efeitos da tutela definitiva de mérito.

Com essa reforma processual, TEORI ALBINO ZAVASCKI assevera ter ocorrido a purificação do processo cautelar, readquirindo ele a sua finalidade clássica: ser instrumento para a obtenção de medidas adequadas a tutelar o direito, sem satisfazê-lo<sup>16</sup>.

---

<sup>15</sup> SILVA, Jaqueline Mielke. **A tutela provisória no novo Código de Processo Civil**. 3.ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2017. p. 44.

<sup>16</sup> ZAVASCKI, Teori. **Antecipação da tutela**. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 45-46.

## 2 FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS

A tutela-padrão prometida pelo Estado é a definitiva, obtida com base em cognição exauriente – que persegue juízo o mais aproximado possível da certeza jurídica –, com profundo debate acerca do objeto da decisão, garantindo-se o processo legal, o contraditório e a ampla defesa, estando, por conseguinte, apta a produzir resultados imutáveis, que serão acobertados pela coisa julgada<sup>17</sup>, prestigiando a segurança jurídica<sup>18</sup>.

TEORI ALBINO ZAVASCKI ressalta que, no conjunto de garantias atinentes ao devido processo legal, está inserido o direito à segurança jurídica, a partir do qual ambos os litigantes têm direito à cognição exauriente, submetendo os conflitos a procedimentos que assegurem o contraditório, a ampla defesa e a interposição de recursos<sup>19</sup>.

A plena garantia do direito à segurança jurídica demanda tempo, sendo, muitas vezes, incompatível com a efetividade da jurisdição, em especial quando há urgência na proteção do direito. Nesses casos, considerando a inexistência de hierarquia entre os direitos mencionados, ocorrem fenômenos de tensão no plano da realidade. Nas situações em que o direito à segurança jurídica não puder conviver, harmônica e simultaneamente, com o direito à efetividade da jurisdição, o nosso sistema prevê a outorga de medidas de caráter provisório, com a finalidade de solucionar as situações que expõem os direitos ao risco de perecimento<sup>20</sup>.

Na mesma direção, FREDIE DIDIER JR., PAULA BRAGA e RAFAEL OLIVEIRA expõem que, em situações urgentes, esperar a obtenção da tutela definitiva, seja ela cautelar ou satisfativa, pode arriscar a sua efetividade. Da mesma forma, em casos sem urgência, mas que o direito pode ser tachado de evidente, o lapso temporal necessário à concessão da tutela definitiva não deve ser suportado por quem assenta seu direito em afirmações de fato comprovadas, sob pena de

---

<sup>17</sup> ZAVASCKI, Teori. **Antecipação da tutela**. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2008. passim.

<sup>18</sup> DIDIER Jr., Fredie; BRAGA, Paulo Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Curso de direito processual civil, vol.2: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 561-562.

<sup>19</sup> ZAVASCKI, *op. cit.*, p. 67.

<sup>20</sup> ZAVASCKI, *op. cit.*, passim.

violação ao princípio da igualdade<sup>21</sup>.

Portanto, a concessão da tutela provisória está intimamente ligada ao direito à razoável duração do processo judicial e administrativo e dos meios que assegurem a celeridade de sua tramitação (CF/88, art. 5º, LXXVIII) e ao direito fundamental à tutela adequada, efetiva e tempestiva, o qual, não custa lembrar, decorre do direito fundamental à proteção jurisdicional (CF/88, art. 5º, XXXV)<sup>22</sup>.

Esses princípios são interdependentes entre si, tendo em vista que a efetividade da jurisdição pressupõe a utilização de técnicas adequadas ao direito material em litígio, as quais, por sua vez, prestam-se à entrega tempestiva do bem da vida buscado em juízo, o que, conseqüentemente, torna a jurisdição efetiva.

Dito isso, pode-se depreender que o ordenamento jurídico possibilita a concessão de tutelas provisórias com a finalidade de atenuar os efeitos do tempo, de modo a garantir a efetividade da jurisdição<sup>23</sup>, pois, entre o pedido e a outorga da pretensão, transcorrerá invariavelmente um lapso temporal razoável, ainda que os procedimentos sejam céleres e os serviços judiciários eficientes<sup>24</sup>.

Na mesma linha de raciocínio, LUIZ GUILHERME MARINONI, SÉRGIO ARENHART e DANIEL MITIDIERO salientam que o tempo é, de modo simultâneo, inerente ao processo e danoso ao detentor de um direito provável, sendo impositiva a sua distribuição de forma isonômica. A partir dessa técnica, minimiza-se o risco de a parte, invariavelmente, ter de suportar a passagem do tempo, nos casos em que o seu direito reclama tutela urgente ou sua posição jurídica revela-se evidente, em observância ao princípio da igualdade<sup>25</sup>.

Contudo, não basta a previsão de técnicas tendentes a redistribuir o ônus do tempo do processo, se os juízes não estiverem tecnicamente capacitados, nem dispuserem de condições materiais para colocá-las em prática.

Portanto, a fim de conferir-se efetividade à garantia constitucional da celeridade e da duração razoável do processo judicial, o Poder Judiciário deve estar

---

<sup>21</sup> DIDIER Jr., Fredie; BRAGA, Paulo Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Curso de direito processual civil, vol.2: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 567

<sup>22</sup> WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil: cognição jurisdicional (processo comum de conhecimento e tutela provisória)**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. v. 2. p. 860.

<sup>23</sup> DIDIER Jr., BRAGA e OLIVEIRA, *op. cit.*, p. 567.

<sup>24</sup> ZAVASCKI, Teori. **Antecipação da tutela**. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 26-27.

<sup>25</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. v. 2. p.198.



equipado adequadamente, de modo a propiciar condições à qualificação de seus serventuários, no que se compreende tanto a magistratura como os auxiliares da justiça<sup>26</sup>.

Sob esse viés, LUIZ RODRIGUES WAMBIER e EDUARDO TALAMINI, enumeram as seguintes soluções para que a duração do processo seja razoável:

São necessários: (i) procedimentos racionais e simplificados (que, por exemplo, prestigiem de um lado a efetiva depuração do material controvertido – o que deveria ocorrer sobretudo no saneamento do processo – e, de outro, soluções conciliatórias); (ii) formas processuais e meios executivos compatíveis com os tipos de conflitos a solucionar e (iii) adequada organização e preparo dos órgãos judiciais e de seus agentes – e outras tantas diversas providências<sup>27</sup>.

Prosseguem os autores, destacando que a tutela provisória se relaciona à necessidade de conferirem-se meios hábeis de garantir o resultado prático que normalmente se alcançaria apenas no final do processo, conservando as condições para que tal resultado possa futuramente ocorrer ou, desde logo, adiantando-o. Isso porque consideram que não basta – e nem sempre é possível – acelerar o trâmite processual, sendo cabível, porém, o adiantamento do resultado almejado ou, ao menos, a manutenção das condições necessárias à sua futura concretização<sup>28</sup>.

A impossibilidade de se acelerar o processo está intrinsecamente ligada ao tempo fisiológico e ao patológico, entendendo-se o primeiro como o lapso temporal necessário à efetivação do devido processo legal (art. 5º, LIV da CF/88), do qual são corolários a ampla defesa e o contraditório (art. 5º, LV da CF/88), em observância aos prazos processuais inerentes ao procedimento, enquanto o segundo relaciona-se com a duração excessiva, desarrazoada do processo.

A respeito do tempo no processo, FREDIE DIDIER JR., PAULA BRAGA e RAFAEL OLIVEIRA ressaltam a sua imprescindibilidade para garantir o devido processo legal, ponderando ser necessário gerir o tempo de maneira adequada, de modo a harmonizar os direitos à segurança jurídica e à efetividade:

A rigor, o tempo é um mal necessário para a tutela dos direitos. É imprescindível um lapso temporal considerável (e razoável) para que se realize plenamente o devido processo legal e todos os seus consectários, produzindo-se resultados justos e predispostos à imutabilidade. É garantia

<sup>26</sup> NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do Processo na Constituição Federal**. 11.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 334.

<sup>27</sup> WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil: cognição jurisdicional (processo comum de conhecimento e tutela provisória)**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. v. 2. p. 860.

<sup>28</sup> *Ibidem*, p.860-861.

de segurança jurídica. Bem pensadas as coisas, o processo “demorado” é uma conquista da sociedade: os “poderosos” de antanho poderiam decidir imediatamente.

O que atormenta o processualista contemporâneo, contudo, é a necessidade de razoabilidade na gestão do tempo, com olhos fixos na: i) demora irrazoável, o abuso do tempo, pois um processo demasiadamente lento pode colocar em risco a efetividade da tutela jurisdicional, sobretudo em casos de urgência; e na ii) razoabilidade da escolha de quem arcará com o ônus do passar do tempo necessário para concessão de tutela definitiva, tutelando-se provisoriamente aquele cujo direito se encontre em estado de evidência.

Essa seria a função constitucional das tutelas provisória: a harmonização de tais direitos fundamentais (segurança e efetividade) em tensão<sup>29</sup>.

Em relação ao já mencionado conflito entre o binômio efetividade-segurança, TEORI ALBINO ZAVASCKI assinala que as colisões entre esses direitos fundamentais, oriundas da demora do processo, podem ser evitadas pela concessão de medidas provisórias. Nessa direção, salienta que essas técnicas processuais restringem o direito fundamental à segurança jurídica do demandado (CF/88, art. 5º, LIV), pois, antes do exaurimento dos meios de contraditório e de defesa, vê-se destituído de bem jurídico ou direito de que se afirma titular. Pondera, por outro lado, ser inevitável essa limitação ao devido processo legal, sob pena de perecer o direito urgente reclamado pela parte contrária, comprometendo o direito à tutela jurisdicional útil e efetiva, o qual é igualmente fundamental<sup>30</sup>.

Em igual sentido, LUIZ RODRIGUES WAMBIER e EDUARDO TALAMINI referem que a concessão de uma medida de forma provisória em favor de um dos litigantes, implica restrição dos direitos ao contraditório e à ampla defesa da parte contrária. Nesse sentido, por se tratar de medida restritiva de direitos, revela-se imperativo que os valores jurídicos envolvidos sejam devidamente sopesados, averiguando-se, dentre eles, qual tem a propensão de ocasionar risco de maior gravidade, de modo a optar-se pela concessão, ou não, da tutela provisória<sup>31</sup>.

Não se discute a importância do devido processo legal (art. 5º, LIV, da CF/88), do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LV, da CF) no ordenamento jurídico pátrio. Contudo, há uma série de situações em que, dada a urgência da tutela buscada em juízo, não se mostra possível, tampouco razoável, subordinar-se a

<sup>29</sup> DIDIER Jr., Fredie; BRAGA, Paulo Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil**, vol.2: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 567

<sup>30</sup> ZAVASCKI, Teori. **Antecipação da tutela**. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 204.

<sup>31</sup> WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil: cognição jurisdicional (processo comum de conhecimento e tutela provisória)**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. v. 2. p. 861.

concessão da tutela à prévia oitiva da parte contrária ou, então, ao exaurimento da cognição, sob pena de perecimento do direito alegado na petição inicial.

Em situações como essas, após ponderar devidamente os direitos fundamentais em conflito, é que poderão ser mitigadas algumas garantias constitucionais previstas em favor do réu, como, por exemplo, o exercício do contraditório, consoante o disposto no art. 9º, I e II, do NCPC.

### 3 CARACTERÍSTICAS

Os provimentos provisórios surgem, portanto, como mecanismos hábeis à concretização do direito fundamental à tutela efetiva, tempestiva e adequada, tanto satisfazendo antecipadamente a pretensão, como preservando a futura realização do provimento definitivo<sup>32</sup>.

Essas medidas não definitivas, conforme as lições de FREDIE DIDIER JR., PAULA BRAGA e RAFAEL OLIVEIRA, são marcadas por três características essenciais – a sumariedade, a precariedade e a inaptidão para tornar-se imutável pela coisa julgada:

- a) a sumariedade da cognição, vez que a decisão se assenta em análise superficial do objeto litigioso e, por isso, autoriza que o julgador decida a partir de um juízo de probabilidade;
- b) a precariedade. A princípio, a tutela provisória conversará sua eficácia ao longo do processo, ressalvada a possibilidade de decisão judicial em sentido contrário (art. 296, parágrafo único, CPC). Mas ela poderá ser revogada ou modificada a qualquer tempo (art. 296, *caput*, CPC). A revogação ou modificação de uma tutela provisória só pode dar-se, porém, em razão de uma alteração do estado de fato ou de direito ou do estado de prova – quando, por exemplo, na fase de instrução, restarem evidenciados fatos que não correspondam àqueles que autorizaram a concessão da tutela.
- c) e, por ser assim, fundada em cognição sumária e precária, a tutela provisória é inapta a tornar-se indiscutível pela coisa julgada<sup>33</sup>.

Em relação à primeira característica, KAZUO WATANABE ensina que a tutela definitiva é concedida, geralmente, com base em cognição plena e exauriente, ou seja, em “procedimento plenário quanto à extensão do debate das partes e da cognição do juiz, e completo quanto à profundidade dessa cognição”. Essa ampla possibilidade de conhecimento da matéria permite a formação da coisa julgada, pois propicia um julgamento mais seguro quanto ao direito aplicável ao litígio<sup>34</sup>.

A cognição sumária, de outro lado, é menos aprofundada do que a cognição prevista para a tutela definitiva<sup>35</sup>, havendo restrição no plano vertical, conduzindo a um “juízo de verossimilhança ou às decisões derivadas de uma convicção de

<sup>32</sup> VELOSO, Vitor Lanza. Tutela de urgência antecipatória e a Fazenda Pública no Novo Código de Processo Civil. In: TALAMINI, Eduardo; DIDIER Jr., Fredie (Coord.). **Processo e Administração Pública** (Coleção Repercussões do Novo CPC, v.10). Salvador: Juspodivm, 2016. p. 366.

<sup>33</sup> DIDIER Jr., Fredie; BRAGA, Paulo Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil**, vol.2: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 568.

<sup>34</sup> WATANABE, Kazuo. **Da cognição no Processo Civil**. 3.ed. São Paulo: DPJ, 2005. p. 129-130.

<sup>35</sup> ZAVASCKI, Teori. **Antecipação da tutela**. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 32.

verossimilhança<sup>36</sup>, pois os fatos não são investigados de forma aprofundada, mas sim superficial<sup>37</sup>.

Considerando que a cognição sofrerá aprofundamento ao longo do processo, a fim de se tornar exauriente, nada obsta que a decisão proferida em juízo de cognição sumária venha a ser revogada ou modificada, por decisão fundamentada do juiz (arts. 296 e 298 do NCPC), até porque, como será visto a seguir, trata-se de decisão concedida a título precário.

No que diz respeito à segunda característica, impõe-se salientar que, enquanto a tutela-padrão tem a marca da definitividade, sendo apta a tornar imutáveis situações jurídicas pela coisa julgada, a tutela não definitiva reveste-se de provisoriedade, pois é concedida em caráter precário e com a condição de vigorar por prazo determinado. Nela estão abrangidas tanto a temporariedade (eficácia limitada no tempo) como a precariedade (possibilidade de revogação ou modificação a qualquer tempo, sem sujeitar-se à imutabilidade própria da coisa julgada)<sup>38</sup>.

A distinção entre temporariedade e provisoriedade tem relevante importância no que tange à diferenciação das medidas antecipatórias em relação às cautelares. Isso porque, enquanto as antecipadas são provisórias, destinando-se a durar até que sobrevenha a tutela definitiva, que as sucederá; as cautelares, em contrapartida, são temporárias<sup>39</sup>, porque vocacionadas a ter eficácia limitada no tempo, não sendo substituídas por outra medida de igual natureza<sup>40</sup>.

<sup>36</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Antecipação da Tutela**. 12.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 34.

<sup>37</sup> WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil: cognição jurisdicional (processo comum de conhecimento e tutela provisória)**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. v. 2. p. 864.

<sup>38</sup> ZAVASCKI, Teori. **Antecipação da tutela**. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 34.

<sup>39</sup> Nessa direção, Fredie Didier Jr., Paula Braga e Rafael Oliveira entendem que a tutela cautelar é temporária, pois “sua eficácia está limitada no tempo”, sendo “eficaz apenas enquanto for útil” para tutelar o direito ao qual se refere. (DIDIER Jr, Fredie; BRAGA, Paulo Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil**, vol.2: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 563). Daniel Mitidiero, por outro lado, sustenta que a eficácia da tutela cautelar não é temporária, sendo marcada pela definitividade, assim como a tutela satisfativa, pois ambas permanecem eficazes enquanto não se alterarem os pressupostos fático-jurídicos que possibilitaram a sua concessão. Nesse sentido, aponta que a diferença entre a tutela cautelar e a satisfativa “está em que as situações fático-jurídicas submetidas à primeira são naturalmente mais instáveis do que aquelas submetidas à segunda”. (MITIDIERO, Daniel. Tendências em matéria de tutela sumária: da tutela cautelar à técnica antecipatória. Revista de Processo, São Paulo, n. 197, jul. 2011. Disponível em: <

Acerca do tema, LUIZ GUILHERME MARINONI, SÉRGIO ARENHART e DANIEL MITIDIERO observam que há uma relação de referibilidade entre a tutela cautelar e a satisfativa, pois a cautelar tem por objeto assegurar a eventual e futura realização da satisfativa, de modo que, em se tratando de tutelas distintas, uma não pode ser incorporada pela outra, como ocorre entre os provimentos provisórios e os definitivos<sup>41</sup>.

Em decorrência da precariedade que é inerente às decisões amparadas em cognição sumária, sobrevindo alteração no estado de fato ou de prova, a demonstrar a inexistência dos fundamentos utilizados para deferir a tutela provisória, tornar-se-á imperativa a revogação da medida, o que, por conseguinte, evidencia a terceira característica: inaptidão para a produção da coisa julgada.

Consoante o exposto no art. 502 do CPC/2015, “denomina-se coisa julgada material a autoridade que torna imutável e indiscutível a decisão de mérito não mais sujeita a recurso”<sup>42</sup>.

Por simples interpretação do referido dispositivo, verifica-se que a decisão que concede a tutela provisória, tanto com fundamento na urgência quanto na evidência, não dá lugar à formação da coisa julgada, haja vista se tratar de decisão proferida com base em cognição sumária. Dessa forma, reveste-se de provisoriedade, podendo ser revogada ou modificada, caso o aprofundamento do exame do processo demonstre a inexistência do direito que o juiz, anteriormente, supunha fosse provável.

Às três características acima mencionadas, TEORI ALBINO ZAVASCKI acrescenta a urgência de tutelar, aduzindo que o conceito de urgência deve ser entendido em sentido amplo, ou seja, não apenas para representar situação apta a gerar dano irreparável, mas em qualquer situação fática de risco ou embaraço a efetividade da jurisdição. Em menção ao regime do CPC/1973, o autor explica que a situação de urgência que dá suporte à tutela provisória abrange:

todas as situações em que se verifique (a) risco ao direito pela sua não fruição imediata, (b) risco à execução pelo comprometimento de suas bases

---

label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 04 dez. 2016.).

<sup>40</sup> ZAVASCKI, Teori. **Antecipação da tutela**. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 35.

<sup>41</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil**: tutela dos direitos mediante procedimento comum. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. v. 2. p. 212.

<sup>42</sup> BRASIL. Lei n. 13.105 de 16 de março de 2015. **Planalto**. Disponível em: < [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm)>. Acesso em: 11 out. 2016.

materiais, ou, ainda, (c) risco à regular prestação da tutela jurisdicional pela indevida oposição de embaraços<sup>43</sup>.

Nesse sentido, revela-se prudente enfatizar que a tutela de evidência também é marcada pela urgência de tutelar, a despeito da inexistência de “perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo”, que, em geral, caracteriza a urgência na concessão de provimentos provisórios. Isso porque, nos casos que autorizam a concessão da tutela de evidência (art. 311 do NCPC), permite-se a mitigação do direito fundamental à segurança jurídica, em prol do direito à efetividade da jurisdição, com base na noção de que o transcurso do tempo, por si só, acarreta danos ao detentor de uma pretensão provável, não podendo ser a resistência indevida fonte de vantagens econômicas para quem por detrás dela se esconde<sup>44</sup>.

Por esses motivos, a fim de que o autor não arque sozinho com o período de tramitação da demanda, distribui-se o ônus do tempo entre os litigantes, o que, no âmbito da tutela provisória fundada na evidência, ocorre por meio da caracterização de uma das hipóteses consideradas pelo legislador como de alta probabilidade do direito alegado.

---

<sup>43</sup> ZAVASCKI, Teori. **Antecipação da tutela**. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 28-31.

<sup>44</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil**: tutela dos direitos mediante procedimento comum. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. v. 2. p. 200-201.

## 4 ESPÉCIES

A atual legislação processual civil reservou ao Livro V da Parte Geral (arts. 294-311) o tratamento da tutela provisória, prevendo, no Título I, as disposições gerais atinentes ao tema, aplicáveis, portanto, a ambas as espécies, especificando a tutela de urgência e a tutela de evidência, respectivamente, nos Títulos II e III.

Nesse sentido, as espécies de tutela provisória podem ser classificadas de acordo com o fundamento, a natureza e o procedimento.

### 4.1 QUANTO AO FUNDAMENTO

Como exposto acima, o art. 294 do CPC/2015 inaugura a exposição da matéria, dispondo expressamente que a tutela provisória é o gênero do qual são espécies a tutela de urgência e a tutela de evidência.

#### 4.1.1 Tutela de urgência

Os provimentos provisórios fundados na urgência destinam-se a debelar situações em que se faça presente o “perigo de dano” ou o “risco ao resultado útil do processo”, estando condicionada a sua concessão à comprovação de que o direito alegado possui probabilidade de êxito (CPC/2015, art. 300, *caput*).

Nesse sentido, FREDIE DIDIER JR., PAULA BRAGA e RAFAEL OLIVEIRA defendem que a concessão da tutela provisória de urgência pressupõe a demonstração da probabilidade do direito alegado na inicial (“*fumus boni iuris*”) aliada ao perigo de dano ou de ilícito, ou, ainda, ao risco de a utilidade do resultado final restar comprometida em razão da demora do processo (“*periculum in mora*”)<sup>45</sup>.

Em relação à probabilidade do direito, LUIZ RODRIGUES WAMBIER e EDUARDO TALAMINI defendem que se trata de juízo decorrente de cognição

---

<sup>45</sup> DIDIER Jr., Fredie; BRAGA, Paulo Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil**, vol.2: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 594.



sumária, em que o juiz não tem, necessariamente, convicção quanto ao direito aplicável ao caso *sub judice*<sup>46</sup>.

Por esse motivo, segundo LUIZ GUILHERME MARINONI, SÉRGIO ARENHART e DANIEL MITIDIERO, o julgador deve confrontar logicamente as alegações das partes em cotejo com os elementos probatórios disponíveis nos autos, a fim de verificar qual das hipóteses encontra maior grau de confirmação e menor grau de refutação<sup>47</sup>. Dessa forma, importa que o juiz se convença de que é provável o direito alegado pela parte e, a partir disso, profira decisão fundamentada, expondo de maneira clara as razões do seu convencimento<sup>48</sup>.

O perigo na demora (“periculum in mora”), por outro lado, pressupõe que a parte demonstre que a prestação intempestiva da jurisdição acarretará ameaça de dano ou risco ao resultado útil do processo, os quais evidenciam a urgência no provimento jurisdicional postulado em juízo.

Nesse particular, FREDIE DIDIER JR., PAULA BRAGA e RAFAEL OLIVEIRA destacam que, a fim de possibilitar a concessão da tutela de urgência, o perigo de dano deve ser certo, atual, grave e irreparável ou de difícil reparação:

Importante registrar que o que justifica a tutela provisória de urgência é aquele perigo de dano: i) concreto (certo), e, não, hipotético ou eventual, decorrente de mero temor subjetivo da parte; ii) atual, que está na iminência de ocorrer, ou esteja acontecendo; e, enfim, iii) grave, que seja de grande ou média intensidade e tenha aptidão para prejudicar ou impedir a fruição do direito<sup>49</sup>.

Em alusão ao “perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo”, LUIZ GUILHERME MARINONI, SÉRGIO ARENHART e DANIEL MITIDIERO apontam que o legislador equivocou-se duplamente ao definir a urgência necessária ao deferimento da técnica antecipatória, nos seguintes termos:

Em primeiro lugar, imaginou que a tutela antecipada só pode combater um “perigo de dano”, ignorando que, se é perfeitamente possível a obtenção de tutelas finais contra o ilícito (como a tutela inibitória e a tutela de remoção do ilícito, art. 497, parágrafo único), deve ser obviamente possível obtê-las

<sup>46</sup> WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil: cognição jurisdicional (processo comum de conhecimento e tutela provisória)**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. v. 2. p. 881.

<sup>47</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. v. 2. p. 203.

<sup>48</sup> DIDIER Jr., Fredie; BRAGA, Paulo Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil**, vol.2: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 597.

<sup>49</sup> DIDIER Jr., BRAGA, OLIVEIRA, loc. cit.

igualmente de maneira antecipada. Logo: a tutela antecipada serve não só para combater um “perigo de dano”, mas também um “perigo de ilícito”. Em segundo lugar, supôs o legislador que a tutela cautelar é uma tutela voltada a afastar o “risco ao resultado útil do processo” – como se o requerimento de tutela cautelar pela parte não visasse à prestação à tutela do seu próprio direito. Vale dizer: a tutela cautelar não é uma tutela para proteção do processo – como pensava a doutrina há muitas e muitas décadas atrás, embalada pela metáfora polícialca do provimento cautelar como polícia do processo. É uma tutela ao direito da parte. Nesse sentido, a compreensão do significado da locução “risco ao resultado útil do processo” só pode significar que, sem a “tutela provisória”, a tutela do direito corre o perigo de não poder ser realizada – daí a necessidade de satisfazer ou acautelar imediatamente o direito<sup>50</sup>.

Como solução, os referidos autores defendem que o legislador poderia ter se utilizado do conceito de perigo na demora, aduzindo que o fundamento da tutela provisória é justamente a impossibilidade de conviver com a demora, pois, sem que o direito seja satisfeito ou acautelado, corre-se o perigo de não poder realizá-lo<sup>51</sup>.

Além desses requisitos, em relação à tutela de cunho satisfativo, o CPC/2015, seguindo a lógica já existente no CPC/1973, prevê a comprovação de um pressuposto negativo: os efeitos da decisão concessiva da tutela de urgência satisfativa não podem ser irreversíveis. O legislador inseriu essa norma por se preocupar com a possibilidade de revogação da tutela concedida com base em cognição sumária, à medida que o aprofundamento da cognição demonstre a insubsistência dos fundamentos que deram ensejo à concessão do provimento.

Nesse sentido, LUIZ GUILHERME MARINONI ressalta que o juiz não declara a existência do direito ao conceder a tutela sumária, pois se limita a afirmar que há probabilidade de êxito na pretensão, motivo pelo qual o aprofundamento da cognição não impede que reveja a sua decisão, de modo a afirmar a inexistência do direito tido como provável<sup>52</sup>. Isso porque não se antecipa “a certificação do direito, nem a constituição e tampouco a condenação porventura pretendidas como tutela definitiva”, mas sim a eficácia executiva daquela tutela – os efeitos que poderão ser produzidos no campo dos fatos<sup>53</sup>.

Insurgindo-se contra a vedação legal, LUIZ GUILHERME MARINONI, SÉRGIO ARENHART e DANIEL MITIDIERO afirmam que não há lógica em negar a

<sup>50</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil**: tutela dos direitos mediante procedimento comum. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. v. 2. p. 198-199.

<sup>51</sup> *Ibidem*, p. 199.

<sup>52</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Antecipação da Tutela**. 12.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 35.

<sup>53</sup> ZAVASCKI, Teori. **Antecipação da tutela**. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 49-50.

concessão da tutela antecipada baseando-se na possibilidade de que o seu deferimento acarrete prejuízo irreversível ao demandado, pois tal decisão prestigiaria o direito improvável em detrimento do que possui maior probabilidade de êxito<sup>54</sup>.

De igual forma, LEONARDO CARNEIRO DA CUNHA entende que a regra prevista no art. 300, § 3º, do CPC/2015 não é absoluta, devendo ser aplicada a proporcionalidade nos casos em que o indeferimento do pedido se revelar mais irreversível do que a sua concessão<sup>55</sup>.

Essa solução é igualmente preconizada por LUIZ GUILHERME MARINONI, SÉRGIO ARENHART e DANIEL MITIDIERO:

A superação da proibição da concessão de antecipação da tutela cujos efeitos são irreversíveis pressupõe a demonstração de que a vedação, acaso observada no caso concreto, frustrará o direito à tutela adequada, efetiva e tempestiva do direito do autor. A resistência à superação deve ser tanto menor quanto maior for o perigo de o direito do autor ser violado igualmente de maneira irreversível sem a antecipação da tutela e quanto mais importante for constitucionalmente o bem jurídico que se pretende proteger com a técnica antecipatória. Nesse caso, deve prevalecer a lógica da tutela do direito provável em detrimento do direito improvável, sob pena de a ordem jurídica confessar-se impotente diante da ameaça ou da efetiva violação dos direitos<sup>56</sup>.

Dessa forma, embora tal requisito deva ser considerado antes de conceder a tutela satisfativa, o perigo de irreversibilidade, por si só, não é suficiente para impedir o deferimento da tutela de urgência satisfativa, impondo-se, também, aferir qual das teses tem maior probabilidade de vir a ser confirmada em juízo de cognição exauriente, assim como o que trará maiores prejuízos às partes, se a concessão da medida ou o seu indeferimento.

#### 4.1.2 Tutela de evidência

De outra banda, como anuncia o art. 311 do CPC/2015, a tutela de evidência, que independe da “demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo”, poderá ser concedida caso esteja configurado um dos quatro casos previstos nos incisos do referido dispositivo legal. Tais hipóteses privilegiam a

<sup>54</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil**: tutela dos direitos mediante procedimento comum. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. v. 2. p. 204.

<sup>55</sup> CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A Fazenda Pública em Juízo**. 13.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 297.

<sup>56</sup> MARINONI, ARENHART e MITIDIERO, *op. cit.*, p. 205.

pretensão dotada de grande probabilidade de êxito, evitando-se a permanência do bem jurídico nas mãos de alguém cuja argumentação está provavelmente fadada ao insucesso<sup>57</sup>.

Trata-se, portanto, de técnica processual voltada a desestimular a resistência do réu, a fim de que se torne desvantajoso retardar o andamento do feito e vantajoso colaborar para seu desate, partindo-se, até mesmo, para meios alternativos de composição da lide<sup>58</sup>.

Conforme o exposto no art. 311 do CPC/2015, “a tutela da evidência será concedida, independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, quando”:

- I – ficar caracterizado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório da parte;
- II – as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documental e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante;
- III – se tratar de pedido reipersecutório fundado em prova documental adequada do contrato de depósito, caso em que será decretada a ordem de entrega do objeto custodiado, sob cominação de multa.
- IV – a petição inicial foi instruída com prova documental suficiente dos fatos constitutivos do direito do autor, a que o réu não oponha prova capaz de gerar dúvida razoável<sup>59</sup>.

De início, salutar esclarecer que as referidas hipóteses não se confundem com aquelas em que é permitido ao juiz, de forma antecipada, julgar o mérito, como, por exemplo, os arts. 355 e 356 do CPC/2015<sup>60</sup>, uma vez que a decisão que concede a tutela de evidência se funda em cognição sumária, não estando apta a

<sup>57</sup> SILVA NETO, Francisco de Barros e. Tutela Provisória no novo Código de Processo Civil. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 259, set. 2016. Disponível em: <<http://revistadoatribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad832f100000158dec e3cab80c67358&docguid=I9c3157e06ffc11e6a6d1010000000000&hitguid=I9c3157e06ffc11e6a6d1010000000000&spos=83&epos=83&td=2888&context=73&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 20 out. 2016.

<sup>58</sup> DIDIER Jr., Fredie; BRAGA, Paulo Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil**, vol.2: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 619.

<sup>59</sup> BRASIL. Lei n. 13.105 de 16 de março de 2015. **Planalto**. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm)>. Acesso em: 20 out. 2016.

<sup>60</sup> GAIO JÚNIOR, Antonio Pereira. Apontamentos para a tutela provisória (urgência e evidência) no novo Código de Processo Civil brasileiro. **Revista de processo**, São Paulo, n. 254, abr. 2016. Disponível em: <<http://revistadoatribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad82d9a00000158de a827ed0ba6fe81&docguid=I4a324ae018c611e6a66f010000000000&hitguid=I4a324ae018c611e6a66f010000000000&spos=4&epos=4&td=73&context=111&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 23 out. 2016.

dar lugar à coisa julgada<sup>61</sup>.

Segundo LUIZ GUILHERME MARINONI, SÉRGIO ARENHART e DANIEL MITIDIERO, o legislador infraconstitucional teve a intenção de caracterizar a evidência do direito a partir da noção de defesa inconsistente: “porque a defesa articulada pelo réu é inconsistente ou provavelmente o será”<sup>62</sup>.

Visualizando o instituto sob outra ótica, FREDIE DIDIER JR., PAULA BRAGA e RAFAEL OLIVEIRA entendem que há duas modalidades distintas de tutela de evidência:

a) punitiva (art. 311, I), quando ficar caracterizado o ‘abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório da parte’; b) documentada, quando há prova documental das alegações de fato da parte, nas hipóteses do art. 311, II a IV, que determinam a probabilidade de acolhimento da pretensão processual<sup>63</sup>.

De qualquer forma, adotando-se uma ou outra classificação, a tutela de evidência se destina à redistribuição do ônus da demora do processo, nos casos em que a probabilidade do direito alegado pelo autor é tão mais alta, que se constata ser um gravame desproporcional ter de arcar com o peso da demora do processo<sup>64</sup>.

A primeira hipótese de concessão da tutela de evidência já possuía previsão no art. 273, II, do CPC/1973, estando relacionada à prática de atos que evidenciem a ausência de razão da parte, por intermédio de condutas abusivas e protelatórias<sup>65</sup>, dividindo-se a doutrina entre os que a classificam como sanção ou punição ao demandado e aqueles que a caracterizam como uma técnica de redistribuição do

<sup>61</sup> Nesse ponto, aliás, a nova legislação processual civil corrigiu um equívoco previsto no art. 273, § 6º, do CPC/1973, que enquadrava o pedido incontroverso como hipótese de antecipação de tutela, o que, no regime do CPC/2015, passou a constar na seção relativa ao julgamento antecipado do mérito, mais especificamente no inciso I do art. 356, pois tal decisão reveste-se de definitividade, caso não haja interposição de recurso, em oposição à tutela provisória.

<sup>62</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil**: tutela dos direitos mediante procedimento comum. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. v. 2. p. 200.

<sup>63</sup> DIDIER Jr., Fredie; BRAGA, Paulo Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil**, vol.2: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 619-620.

<sup>64</sup> WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil: cognição jurisdicional (processo comum de conhecimento e tutela provisória)**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. v. 2. p. 898.

<sup>65</sup> SILVA NETO, Francisco de Barros e. Tutela Provisória no novo Código de Processo Civil. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 259, set. 2016. Disponível em: <<http://revistadotribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&sruid=i0ad832f100000158dec e3cab80c67358&docguid=I9c3157e06ffc11e6a6d1010000000000&hitguid=I9c3157e06ffc11e6a6d1010000000000&spos=83&epos=83&td=2888&context=73&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 20 out. 2016.

ônus do tempo do processo, nos casos em que a defesa inconsistente do réu eleva o grau de probabilidade do direito do autor.

Sobre essa hipótese de concessão da tutela fundada na evidência, LUIZ GUILHERME MARINONI, SÉRGIO ARENHART e DANIEL MITIDIERO fazem as seguintes ponderações:

Nessa linha, o art. 311, I, deve ser lido como uma regra aberta, que permite a antecipação de tutela sem urgência em toda e qualquer situação em que a defesa do réu se mostre frágil diante da robustez dos argumentos do autor – e da prova por ele produzida – na petição inicial. Em suma: toda vez que houver apresentação de defesa inconsistente. Trata-se, portanto, de uma importante técnica processual voltada à atípica concretização do princípio da igualdade e da paridade de armas entre os litigantes (arts. 5.º, I da CF/1988, e 7.º do CPC) – destinada, portanto, a colocar em evidência o lado oculto do processo, aquele que não pode ser visto pelo processualista que olha apenas para o plano normativo: o fato de que a resistência indevida no processo não pode ser fonte de vantagens econômicas para quem por detrás dela se esconde, mormente quando o autor depende economicamente do bem da vida, hipótese em que o desprezo pelo tempo do processo e o conseguinte fortalecimento da posição do réu acentua a desigualdade entre as partes, transformando o princípio da igualdade em uma abstração irritante<sup>66</sup>.

Na mesma direção, LEONARDO CARNEIRO DA CUNHA defende que é “a evidência do direito do autor que permite o deferimento da medida, e não o seu comportamento irregular ou de má-fé”<sup>67</sup>, com o que concordam LUIZ RODRIGUES WAMBIER e EDUARDO TALAMINI, os quais sustentam ser a tutela de evidência destinada “a redistribuir o peso da demora do processo”<sup>68</sup>.

Por outro lado, FREDIE DIDIER JR., PAULA BRAGA e RAFAEL OLIVEIRA, ensinam que a tutela de evidência “funciona como uma sanção para apenar aquele que age de má-fé e, sobretudo, impõe empecilhos ao regular andamento do feito”<sup>69</sup>, entendimento que é acompanhado, em parte, por JAQUELINE MIELKE SILVA, para

<sup>66</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil**: tutela dos direitos mediante procedimento comum. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. v. 2. p. 200-201.

<sup>67</sup> CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A Fazenda Pública em Juízo**. 13.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 317-318.

<sup>68</sup> WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil**: cognição jurisdicional (processo comum de conhecimento e tutela provisória). 16.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. v. 2. p. 898.

<sup>69</sup> DIDIER Jr., Fredie; BRAGA, Paulo Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil**, vol.2: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 620.

quem, ainda que haja um viés punitivo, “não se faz necessária a intenção da parte de se servir indevidamente do processo”<sup>70</sup>.

A segunda hipótese (CPC/2015, art. 311, II) é denominada pela doutrina de tutela de evidência fundada em precedente obrigatório, pois a concessão da medida depende de que as alegações de fato do autor, além de amparadas em prova documental, estejam em consonância com “tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante”.

Abordando esse caso, FREDIE DIDIER JR., PAULA BRAGA e RAFAEL OLIVEIRA propõem uma “interpretação sistemática, teleológica e extensiva”, de modo a considerar todos os precedentes vinculantes do ordenamento jurídico. Prosseguem explicando que o estabelecimento de uma *ratio decidendi* com força obrigatória sucede a amplo debate relativo às principais teses sobre o tema em questão, o que reduz a probabilidade de êxito daquele contra quem se formula a pretensão, “salvo se conseguir demonstrar uma distinção do caso em exame com o caso paradigma ou a superação do precedente”<sup>71</sup>.

Por esse motivo, LEONARDO CARNEIRO DA CUNHA adverte que, a fim de negar o pedido, o julgador deverá distinguir o caso em apreço do precedente em que se embasa a pretensão:

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<sup>72</sup>.

O art. 311, III, por sua vez, permite a antecipação da tutela fundada em contrato de depósito – em substituição ao procedimento especial regulado pelos arts. 901 a 906 do CPC/1973 –, o que, de acordo com FRANCISCO DE BARROS E SILVA NETO, assemelha-se à liminar na ação de busca e apreensão de bem alienado fiduciariamente<sup>73</sup>.

<sup>70</sup> SILVA, Jaqueline Mielke. **A tutela provisória no novo Código de Processo Civil**. 3.ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2017. p. 163.

<sup>71</sup> DIDIER Jr., Fredie; BRAGA, Paulo Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil**, vol.2: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 625.

<sup>72</sup> CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A Fazenda Pública em Juízo**. 13.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 318.

<sup>73</sup> SILVA NETO, Francisco de Barros e. Tutela Provisória no novo Código de Processo Civil. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 259, set. 2016. Disponível em: <

Dessa forma, o julgador poderá deferir o pedido de tutela antecipada para entrega do bem, caso a parte autora instrua a inicial com prova documental do contrato de depósito, o que, conforme JAQUELINE MIELKE SILVA, não significa que o contrato tenha de ser formalizado, bastando que a contratação esteja comprovada documentalmente, independentemente de se tratar de contrato escrito ou verbal<sup>74</sup>.

Por fim, a hipótese prevista no inciso IV é aquela que permite a antecipação da tutela em virtude de que as provas apresentadas pelo réu não foram capazes de gerar dúvida razoável acerca da existência dos fatos constitutivos do direito alegado pelo autor.

Nesse caso, não se mostra razoável que o demandante tenha de arcar sozinho com a demora na entrega do bem jurídico buscado em juízo, transferindo-se ao réu o ônus de suportar o tempo necessário à produção das provas<sup>75</sup> tendentes a comprovar a existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito que o autor alega ser titular (CPC/2015, art. 373, II).

Dentre as mencionadas hipóteses de concessão da tutela provisória fundada na evidência, o julgador pode conceder o pedido de tutela antecipada, sem ouvir a parte contrária, com base nos incisos II e III do art. 311, nos termos do respectivo parágrafo único. Isso porque tais hipóteses prescindem de atitudes da parte contrária, diferentemente do que ocorre nos casos dos incisos I e IV, os quais dependem que o réu apresente defesa tachada de protelatória ou abusiva ou, então, que não se preste a gerar dúvida razoável sobre a probabilidade do direito alegado pelo autor.

---

<http://revistadoatribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad832f100000158dec e3cab80c67358&docguid=I9c3157e06ffc11e6a6d1010000000000&hitguid=I9c3157e06ffc11e6a6d101 0000000000&spos=83&epos=83&td=2888&context=73&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 20 out. 2016.

<sup>74</sup> SILVA, Jaqueline Mielke. **A tutela provisória no novo Código de Processo Civil**. 3.ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2017. p. 165.

<sup>75</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. v. 2. p. 202.



## 4.2 QUANTO À NATUREZA

O legislador infraconstitucional dispôs que a tutela de urgência pode ser tanto cautelar (destinada a assegurar o resultado útil do processo<sup>76</sup>) como satisfativa (tendente a antecipar, no todo ou em parte, os efeitos da tutela definitiva), consoante o exposto no parágrafo único do art. 294 do CPC/2015.

A respeito desse dispositivo legal, LUIZ GUILHERME MARINONI, SÉRGIO ARENHART e DANIEL MITIDIERO lecionam que a técnica processual “tanto pode levar à prestação da tutela satisfativa como à prestação da tutela cautelar”:

A tutela satisfativa pode levar à tutela preventiva contra o ilícito (contra a sua ocorrência, continuação ou repetição – tutela inibitória), à tutela repressiva contra o ilícito (para remover os efeitos concretos do ato ilícito – tutela de remoção do ilícito), à tutela ressarcitória (na forma específica ou pelo equivalente ao valor do dano) e à tutela do adimplemento (na forma específica ou pelo equivalente ao valor da prestação). Para que seja possível a realização da tutela satisfativa do direito, pode ser necessário alçar-se mão da tutela cautelar – que visa a assegurar que a tutela satisfativa possa futura e eventualmente ocorrer. Existe direito à satisfação dos direitos e existe direito à sua asseguaração – que é um direito referível àquele. [...] É nesse sentido que o legislador refere que a tutela provisória de urgência por ser satisfativa (antecipada) ou cautelar (art. 294, parágrafo único)<sup>77</sup>.

Nesse sentido, é importante destacar que essas espécies de tutela provisória não se confundem, pois a tutela cautelar visa a assegurar que o direito acautelado possa ser futura e eventualmente fruído (debela o perigo de infrutuosidade), enquanto a tutela satisfativa se destina a possibilitar, desde logo, a imediata satisfação do direito (combate o perigo na tardança)<sup>78</sup>.

<sup>76</sup> Luiz Rodrigues Wambier e Eduardo Talamini defendem, em alusão à teoria do “direito substancial à cautela”, que “o processo cautelar se destina a proteger não propriamente (ou precipuamente) o resultado de um processo principal (ou a eficiência da atuação jurisdicional), mas, sim, a tutelar um direito à segurança jurídica, vale dizer, um direito que todos têm de ver protegido outro direito ou interesse que aparentemente possuem, quando esse último é posto em risco”. (WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil: cognição jurisdicional - processo comum de conhecimento e tutela provisória**. 16.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. v. 2. p. 867).

<sup>77</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. v. 2. p.197.

<sup>78</sup> MITIDIERO, Daniel. Tendências em matéria de tutela sumária: da tutela cautelar à técnica antecipatória. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 197, jul. 2011. Disponível em: <<http://revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad82d9b00000158deba1ac1c806150c&docguid=lbc83c830b29111e0a26700008558bdfc&hitguid=lbc83c830b29111e0a26700008558bdfc&spos=4&epos=4&td=970&context=157&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 04 dez. 2016.

Segundo LUIZ GUILHERME MARINONI, a tutela cautelar é dotada de referibilidade, pois se refere a um direito acautelado, que é protegido<sup>79</sup>, de modo que “a referibilidade a que se dá proteção é inafastável”<sup>80</sup>. Por isso, nos casos em que há satisfação do direito, nada se assegura, não havendo função cautelar a ser cumprida, podendo-se concluir que a falta de referibilidade evidencia estar-se diante de uma medida não cautelar<sup>81</sup>.

Outro ponto que usualmente norteia a diferenciação das tutelas cautelares em relação às satisfativas diz respeito à distinção entre temporariedade e provisoriedade, como constou no tópico atinente às características da tutela provisória.

Ademais, em se tratando de tutelas distintas, destinam-se a debelar situações de urgência igualmente diversas. Por esse motivo, TEORI ALBINO ZAVASCKI refere a existência de três espécies de perigo de dano passíveis de ameaçar a efetividade da prestação jurisdicional, das quais, duas podem ser coibidas mediante a tutela cautelar e uma por intermédio da tutela satisfativa:

Tem-se, destarte, que as situações de risco à efetividade da prestação da tutela definitiva são essencialmente três. Há situações em que a certificação do direito material é que está em risco, já que a prova de sua existência encontra-se ameaçada em face da demora de sua coleta pelos meios ordinários. Quando ocorrerem, será urgente medida para antecipar a produção da prova, que, todavia, não importa qualquer antecipação de efeitos da futura sentença. Por outro lado, há situações em que o perigo ameaça não a certificação, mas a futura execução forçada do direito certificado, com a dissipação das suas indispensáveis bases materiais. Nestes casos, urgente será medida para garantir a execução, o que, igualmente, não significa antecipar os efeitos da tutela definitiva. Mas, finalmente, há situações em que a certificação do direito pode não estar sob risco, como podem não estar sob risco de dissipação os bens destinados à execução do direito certificado: o perigo de dano decorre, unicamente, da demora na sua efetiva fruição. Presentes essas circunstâncias, será urgente medida para propiciar a própria satisfação do direito afirmado e tal medida, por certo, representará antecipação de um efeito típico da tutela definitiva, própria da futura sentença de procedência<sup>82</sup>.

Depreende-se, portanto, que a tutela cautelar pode ser deferida nos casos em que a certificação ou a futura execução do direito se encontre em perigo, não, necessariamente, de forma conjunta; em contrapartida se legitimando a tutela

<sup>79</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Antecipação da Tutela**. 12.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 106.

<sup>80</sup> SILVA, Ovídio Araújo Baptista da Silva. A ação Cautelar inominada no direito brasileiro. Rio de Janeiro: Forense, 1979. p. 67 apud MARINONI, Luiz Guilherme. **Antecipação da Tutela**. 12.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 106.

<sup>81</sup> MARINONI, *op.cit.*, p. 106

<sup>82</sup> ZAVASCKI, Teori. **Antecipação da tutela**. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 48-49.

antecipada nas situações em que haja urgência na satisfação do direito, em face de a demora na sua fruição constituir-se, por si só, elemento desencadeante de dano grave<sup>83</sup>.

Em arremate, conforme ensina DANIEL MITIDIERO, a tutela cautelar se destina a proteger “a outra tutela do direito ou a outra situação jurídica tutelável”, tratando-se de provimento destinado a assegurar que eventualmente possa ocorrer a realização do direito acautelado. A tutela satisfativa, por outro lado, visa à realização imediata de um direito, “sem qualquer ligação com outro direito”. Em síntese, há “segurança-para-execução”<sup>84</sup> na tutela cautelar e “execução-para-segurança” na tutela satisfativa<sup>85</sup>.

#### 4.3 QUANTO AO PROCEDIMENTO

Em relação à forma de requerimento, as tutelas provisórias fundadas na urgência – cautelar e antecipada –, por expressa dicção do parágrafo único do art. 294 do CPC/2015, podem ser propugnadas em caráter incidental ou antecedente.

A tutela provisória incidental, segundo referem FREDIE DIDIER JR., PAULA BRAGA e RAFAEL OLIVEIRA, é aquela em que “o interessado ingressa com um processo pleiteando, desde o início, tutelas provisórias e definitiva ou ingressa com um processo pleiteando apenas a tutela definitiva e, no seu curso, pede a tutela provisória”<sup>86</sup>.

Consoante as lições de LUIZ GUILHERME MARINONI, SÉRGIO ARENHART e DANIEL MITIDIERO, a tutela provisória, como regra geral, não dá lugar a um processo autônomo, devendo ser postulada no bojo do procedimento comum. Isso,

<sup>83</sup> ZAVASCKI, Teori. **Antecipação da tutela**. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 49.

<sup>84</sup> Daniel Mitidiero refere que, conquanto a doutrina usualmente confira a Pontes de Miranda a distinção entre ‘segurança-para-execução’ e ‘execução-para-segurança’, trata-se de expressão originária das obras de Ovídio Baptista da Silva. (MITIDIERO, Daniel. Tendências em matéria de tutela sumária: da tutela cautelar à técnica antecipatória. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 197, jul. 2011. Disponível em: <<http://revistadoatribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad82d9b00000158deba1ac1c806150c&docguid=lbc83c830b29111e0a26700008558bdfc&hitguid=lbc83c830b29111e0a26700008558bdfc&spos=4&epos=4&td=970&context=157&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 04 dez. 2016.

<sup>85</sup> *Ibidem*.

<sup>86</sup> DIDIER Jr., Fredie; BRAGA, Paulo Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil**, vol.2: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 571.

todavia, não obsta que a tutela urgente seja requerida de forma antecedente, quando se revele necessário o seu deferimento antes de formular o pedido de tutela definitiva (arts. 303 a 310)<sup>87</sup>.

A tutela cautelar, no âmbito do CPC/1973, já podia ser requerida em caráter antecedente, ou seja, antes da propositura do processo dito principal. Contudo, em decorrência da já mencionada separação dos processos, a tutela cautelar era requerida em procedimento autônomo, considerado preparatório em relação à ação principal, a qual deveria ser proposta no prazo de 30 (trinta) dias da efetivação da medida (art. 806 do CPC/1973), sob pena de cessação da sua eficácia (art. 808, I, do CPC/1973).

No novo Código de Processo Civil, em virtude do abandono da segmentação da tutela jurisdicional em conhecimento, execução e cautela originalmente adotada pelo Código Buzaid<sup>88</sup>, o requerimento da tutela cautelar de forma antecedente (arts. 305 a 310 do CPC/2015) não dá mais lugar a um procedimento autônomo, dispondo o art. 308, expressamente, que o pleito definitivo deverá ser apresentado nos mesmos autos em que deduzido o requerimento cautelar, podendo, inclusive, ser formulado conjuntamente com o pedido principal (art. 308, § 1º, do CPC/2015).

Por outro lado, inúmeras são as inovações legislativas relacionadas à tutela satisfativa (antecipada), porquanto, além da possibilidade de ser postulada incidentalmente – como ocorria no sistema do CPC/1973 –, o Novo Código de Processo Civil passou a prever, “nos casos em que a urgência for contemporânea à propositura da ação” (art. 303), a possibilidade de formular o pedido de forma antecedente, ou seja, sem que a tutela definitiva seja propugnada simultaneamente.

Vai além a atual lei processual, ainda, ao dispor que, na ausência de interposição do recurso cabível pela parte contrária, tornar-se-ão estáveis os efeitos da tutela (art. 304, *caput*, do CPC/2015), dando azo à extinção do processo (art. 304, § 1º).

No prazo de 02 (dois) anos, a contar da ciência da decisão que extinguiu o processo, qualquer das partes tem o direito de propor ação autônoma com a finalidade de rever, reformar ou invalidar os efeitos da tutela antecipada

---

<sup>87</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil**: tutela dos direitos mediante procedimento comum. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. v. 2. p. 206.

<sup>88</sup> MARINONI, ARENHART, MITIDIERO, loc. cit.

anteriormente concedida, nos termos do art. 304, §§ 2º e 5º do CPC/2015. Trata-se de técnica processual sem anterior previsão no direito brasileiro, ressalvadas as similitudes apontadas pela doutrina com o procedimento monitório, em relação à qual se instaurou intenso debate, consoante será exposto no capítulo atinente à tutela provisória em face da Fazenda Pública.

Por outro lado, a tutela de evidência somente poderá ser requerida em caráter incidental, notadamente porque o legislador optou por só possibilitar a formulação de pedido em caráter antecedente nos casos fundados na urgência. Tal requisito, como mencionado alhures, é dispensável nessa espécie de tutela provisória, cuja concessão, consoante o teor do *caput*, do art. 311, do CPC/2015, prescinde da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo.

## 2ª PARTE – TUTELA PROVISÓRIA EM FACE DA FAZENDA PÚBLICA

### 1 CONCEITO DE FAZENDA PÚBLICA

A delimitação do conceito de Fazenda Pública é fundamental para que seja possível verificar em face de quais entes da Administração Pública é vedada a concessão da tutela provisória, com fulcro no art. 1.059 do NCPC, bem como quais pessoas jurídicas se beneficiam das prerrogativas previstas no CPC/2015.

O termo Fazenda Pública, em sua origem, estava relacionado à área da Administração Pública responsável pelas finanças estatais<sup>89</sup>.

Nessa linha, NELSON NERY JUNIOR menciona inúmeros sentidos em que o vocábulo Fazenda Pública pode ser empregado, tais como: “o erário como instituidor e arrecadador de impostos, o Estado em juízo litigando genericamente sobre aspectos patrimoniais, ou simplesmente a administração pública”, abarcando tanto os órgãos da administração direta como as entidades autárquicas<sup>90</sup>.

Contudo, em decorrência da sua utilização massiva no cotidiano forense para designar a atuação dos entes estatais em juízo, a referida expressão foi consagrada com o significado de personificação do Estado<sup>91</sup>, abrangendo genericamente as pessoas jurídicas de direito público.

Dessa forma, quando houver um ente público em um dos polos do processo, ainda que não se trate de matéria eminentemente fiscal ou financeira, este poderá ser denominado de Fazenda Pública ou, então, de um de seus inúmeros sinônimos, dentre os quais, Poder Público, ente público etc.<sup>92</sup>.

A Administração Pública brasileira se organiza de acordo com as diretrizes estabelecidas pelo Decreto-Lei nº 200/1967, o qual, em seu art. 4º, prevê que a Administração dividir-se-á em direta e indireta: a primeira se constitui dos órgãos componentes dos entes federativos (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), ao passo que a segunda compreende as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas e as sociedades de economia mista.

---

<sup>89</sup> CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A Fazenda Pública em Juízo**. 13.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 5.

<sup>90</sup> NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do Processo na Constituição Federal**. 11.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 123.

<sup>91</sup> CUNHA, *op. cit.*, p. 5.

<sup>92</sup> NERY JUNIOR, *op. cit.*, p. 123.

É essa, inclusive, a divisão adotada por Celso Antônio Bandeira de Mello:

O aparelho estatal exercente de atividades administrativas é composto pela própria pessoa do Estado, atuando por meio das suas unidades interiores – os órgãos – e por pessoas jurídicas que cria para auxiliá-lo com seus misteres – as autarquias, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e as fundações governamentais, que, na linguagem geral brasileira, compõem a administração indireta<sup>93</sup>.

No âmbito da legislação processual civil, todavia, a utilização do termo Fazenda Pública abrange a União, os Estados, os Municípios, o Distrito Federal e as suas respectivas autarquias e fundações de direito público, de onde se extrai, por exclusão, que tal conceito não é extensível às empresas públicas e às sociedades de economia mista, porquanto se revestem da natureza de pessoas jurídicas de direito privado<sup>94</sup>, nem às fundações de direito privado, uma vez que são regidas pelas regras de direito privado<sup>95</sup>.

Evidenciando o acima explicitado, tem-se, como exemplo, a redação expressa do art. 182 do CPC/2015, o qual dispõe ser atribuição da Advocacia Pública a defesa e a promoção dos interesses públicos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, por meio da representação judicial das pessoas jurídicas de direito público integrantes da administração direta e indireta, em clara exclusão, portanto, das empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações de direito privado do conceito de Fazenda Pública.

---

<sup>93</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 31.ed. rev. e. atual. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 141.

<sup>94</sup> CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A Fazenda Pública em Juízo**. 13.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 6.

<sup>95</sup> NUNES, Alan Titonelli. As prerrogativas da Fazenda Pública e o Projeto de Lei nº 166/10: Novo Código de Processo Civil. **Fórum Administrativo**, Belo Horizonte, n. 132, fev. 2012. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=77656>>. Acesso em: 03 set. 2016.

## 2 PRERROGATIVAS DA FAZENDA PÚBLICA

As pessoas jurídicas de direito público que se inserem no conceito de Fazenda Pública possuem um regime diferenciado, gozando de inúmeras prerrogativas processuais que se justificam em virtude das dificuldades enfrentadas pela Advocacia Pública em juízo e da indisponibilidade do interesse público, que se sobrepõe ao privado.

A respeito do interesse público, inevitável transcrever as lições de LEONARDO CARNEIRO DA CUNHA:

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 irreduzibilidade do bem comum à soma dos bens individuais. Daí resulta a supremacia do interesse público, constituindo um dos alicerces de todo o direito público. É bem verdade que não há, expressamente, um texto ou enunciado, contido na Constituição Federal, do qual se extraia tal norma. Sua consolidação, todavia, decorre, como visto, de uma ideia antiga e praticamente universal, segundo a qual se deve conferir prevalência ao coletivo em detrimento do individual<sup>96</sup>.

Por ser a responsável pela proteção dos bens jurídicos de titularidade de todos, tendo a missão de defender o interesse público, a Fazenda Pública ostenta condição diferenciada das demais pessoas físicas ou jurídicas de direito privado<sup>97</sup>, o que lhe garante, exemplificativamente, prazo em dobro para todas as suas manifestações mediante prévia intimação pessoal (art. 183 do CPC/2015), critérios próprios para o cálculo dos honorários advocatícios fixados em seu desfavor (art. 85, § 3º do CPC/2015), e submissão das sentenças à remessa necessária (art. 496 do CPC/2015).

Embora alguns doutrinadores sustentem a desnecessidade das prerrogativas processuais conferidas aos entes públicos<sup>98</sup>, tais garantias são essenciais para o pleno exercício do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LV da CF/88), bem como para assegurar que as finanças públicas não sejam empregadas na satisfação de

<sup>96</sup> CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A Fazenda Pública em Juízo**. 13.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 29-30.

<sup>97</sup> *Ibidem*, p. 32.

<sup>98</sup> SILVA, Maiza Ferian Cerveira da. As prerrogativas de prazo para Fazenda Pública, Ministério Público e Defensoria Pública. In: TALAMINI, Eduardo; DIDIER Jr., Fredie (Coord.). **Processo e Administração Pública** (Coleção Repercussões do Novo CPC, v.10). Salvador: Juspodivm, 2016. p. 168.



interesses particulares questionáveis, eventualmente reconhecidos em juízo exclusivamente em razão da ineficiência das defesas apresentadas pelos representantes judiciais dos entes públicos.

Isso porque a Advocacia Pública não detém as mesmas condições de um particular para defender os interesses do poder público em juízo, tendo em vista volume considerável de trabalho, as dificuldades estruturais enfrentadas e a burocracia inerente à atividade desenvolvida, dificultando o acesso dos advogados públicos aos fatos, elementos e dados da causa<sup>99</sup>.

Além da quantidade de processos sob a sua responsabilidade, o advogado público não pode se negar a representar o ente público em juízo<sup>100</sup>, como acontece com os advogados particulares, que, caso estejam patrocinando muitas demandas simultaneamente, podem se recusar a atender novos clientes ou, então, substabelecer os poderes que lhe foram conferidos a outro procurador.

Nesse contexto, as garantias processuais conferidas às pessoas jurídicas de direito público se prestam à concretização do princípio da isonomia (art. 5º da CF/88), porquanto, em observância à indisponibilidade do interesse público e às dificuldades enfrentadas pela Poder Público em juízo, buscam igualar materialmente as partes, de modo a assegurar que ambos os litigantes tenham a possibilidade de influenciar no convencimento do julgador, tornando efetivo o contraditório (art. 7º do CPC/2015).

Ademais, em oposição ao que ocorre com os particulares – em relação aos quais, em regra, somente o patrimônio daquele que consta no título executivo judicial serve para fazer frente à condenação –, quando a Fazenda Pública é sucumbente no âmbito de processo judicial, toda a coletividade suporta os custos da condenação.

De modo a exemplificar, podem-se mencionar as receitas do Município oriundas da arrecadação do imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana (art. 156, I, da CF/88), as quais, conquanto destinadas ao atendimento de suas competências constitucionais, tais como o oferecimento de serviços de atendimento

---

<sup>99</sup> CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A Fazenda Pública em Juízo**. 13.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 33.

<sup>100</sup> SILVA, Maiza Ferian Cerveira da. As prerrogativas de prazo para Fazenda Pública, Ministério Público e Defensoria Pública. In: TALAMINI, Eduardo; DIDIER Jr., Fredie (Coord.). **Processo e Administração Pública** (Coleção Repercussões do Novo CPC, v.10). Salvador: Juspodivm, 2016. p. 168.

à saúde da população (art. 30, VII, da CF/88), podem vir a ser utilizadas para arcar com condenações judiciais ao invés de se reverterem em benefício de toda a sociedade.

Não se quer, de forma alguma, eximir os entes públicos de responderem judicialmente pelas ações e omissões que possam ocasionar danos aos particulares, de modo a mitigar o regime de responsabilidade previsto no art. 37 § 6º, da CF/88, mas sim impedir que a impossibilidade de exercer o contraditório em igualdade de condições com os particulares redunde em condenações que poderiam ser evitadas, caso o número de demandas simultâneas não fosse excessivo em comparação ao número de servidores responsáveis pela defesa do poder público em juízo.

Por isso, incumbe à Fazenda Pública atuar no processo da melhor e mais ampla maneira possível, a fim de evitar condenações injustificáveis ou prejuízos incalculáveis ao Estado e, por conseguinte, à toda coletividade, que seria beneficiada com serviços públicos custeados com tais recursos<sup>101</sup>.

---

<sup>101</sup> CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A Fazenda Pública em Juízo**. 13.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 33.

### 3 RESTRIÇÕES À CONCESSÃO DA TUTELA PROVISÓRIA EM FACE DO PODER PÚBLICO

Além das prerrogativas processuais acima referidas, as pessoas jurídicas de direito público possuem um regime diferenciado que prevê inúmeras vedações legais à concessão de tutela provisória em seu desfavor.

A lei nº 12.016/2009, que disciplina o mandado de segurança individual e coletivo e dá outras providências, prevê, em seu art. 7º, § 2º, as seguintes restrições:

§ 2.º 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<sup>102</sup>.

As referidas hipóteses legais, que inicialmente só eram aplicáveis ao mandado de segurança, são antigas no ordenamento jurídico brasileiro, remontando à década de 1960<sup>103</sup>.

A impossibilidade de concessão de medida visando à liberação de bens advindos do exterior já estava prevista no art. 1º da Lei nº 2.770/1956<sup>104</sup>; a Lei nº 4.348/1964<sup>105</sup>, por sua vez, restringia o deferimento de medidas tendentes à reclassificação ou equiparação de servidores públicos, bem como à concessão de aumento ou extensão de vantagens, sendo essa última hipótese também vedada pelo art. 1º, § 4º da Lei nº 5.021/1966<sup>106</sup>.

Posteriormente, ante a já mencionada utilização distorcida da cautelar

<sup>102</sup> BRASIL. Lei n. 12.016 de 07 de agosto de 2009. **Planalto**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2009/lei/l12016.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12016.htm)>. Acesso em: 15 nov. 2016.

<sup>103</sup> CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A Fazenda Pública em Juízo**. 13.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 299.

<sup>104</sup> Art. 1º Nas ações e procedimentos judiciais de qualquer natureza, que visem obter a liberação de mercadorias, bens ou coisas de qualquer espécie procedentes do estrangeiro, não se concederá, em caso algum, medida preventiva ou liminar que, direta ou indiretamente importe na entrega da mercadoria, bem ou coisa (BRASIL. Lei n. 2.770 de 04 de maio de 1956. **Planalto**. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/1950-1969/l2770.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/l2770.htm)>. Acesso em: 18 nov. 2016).

<sup>104</sup> CUNHA, *op. cit.*, p. 299.

<sup>105</sup> Art. 5º Não será concedida a medida liminar de mandados de segurança impetrados visando à reclassificação ou equiparação de servidores públicos, ou à concessão de aumento ou extensão de vantagens. (BRASIL. Lei n. 4.348 de 26 de junho de 1964. **Planalto**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L4348.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L4348.htm)>. Acesso em: 18 nov. 2016).

<sup>106</sup> Art. 1º, § 4º Não se concederá medida liminar para efeito de pagamento de vencimentos e vantagens pecuniárias. (BRASIL. Lei n. 5.021 de 09 de junho de 1966. **Planalto**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L5021.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5021.htm)>. Acesso em: 19 nov. 2016).

inominada prevista no art. 798 do CPC/1973<sup>107</sup>, a Lei nº 8.437/1992<sup>108</sup> estendeu as vedações legais previstas para o mandado de segurança às ações cautelares propostas em face das pessoas jurídicas de direito público, consoante se verifica do teor do seu art. 1º:

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

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

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

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

.....  
§ 5º Não será cabível medida liminar que defira compensação de créditos tributários ou previdenciários<sup>109</sup>.

Em relação ao dispositivo legal acima transcrito, TEORI ALBINO ZAVASCKI aponta que o art. 1º e o respectivo § 1º são reproduções, praticamente literais, dos enunciados das Súmulas 8 e 9 do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, aprovadas no ano de 1987, com base em precedentes jurisprudenciais de lavra do Desembargador Galeno Lacerda, em especial o Mandado de Segurança nº 586027328. No referido acórdão, o Relator expõe que a extensão das vedações legais previstas para o mandado de segurança à ação cautelar tem por fundamento evitar fraudes às regras constitucionais e legais a respeito da competência por prerrogativa de função. Senão vejamos:

‘Ademais, embora não se apliquem às ações cautelares as regras de competência absoluta por prerrogativa de função, específicas para o mandado de segurança [...] a verdade é que, quando a cautelar consistir na suspensão do ato, as liminares no mandado e na ação cautelar terão o mesmo efeito e se dirigirão diretamente contra a autoridade. Por esse motivo, por coerência com o sistema constitucional e respeito ao princípio

<sup>107</sup> ZAVASCKI, Teori. **Antecipação da tutela**. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 200.

<sup>108</sup> DIDIER Jr., BRAGA e OLIVEIRA ensinam que: “Com a edição do Plano Collor I, em março de 1995, inúmeros jurisdicionados dirigiram-se ao Judiciário para reclamar a liberação imediata das quantias que haviam sido bloqueadas pelo Governo, com o propósito (mal sucedido) de impedir o crescimento da Inflação. O Presidente, então, editou Medida Provisória, depois convertida na Lei n. 8.437/1992, que, em seu art. 1º, estendeu às liminares concedidas em ações cautelares propostas contra o poder público as mesmas restrições”. (DIDIER Jr., Fredie; BRAGA, Paulo Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil**, vol.2: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 630)

<sup>109</sup> BRASIL. Lei n. 8.437 de 30 de junho de 1992. **Planalto**. Disponível em: < [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8437.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8437.htm)>. Acesso em: 19 nov. 2016.

de harmonia dos poderes, não se admitirá, por exemplo, que o juiz de primeiro grau suspenda, em ação cautelar, ato do Presidente da República, embora possa decretar-lhe a nulidade em ação ordinária movida contra a União. Quando a autoridade de que emanou o ato merecer o privilégio de foro que a Constituição ou a lei lhe asseguram em face do mandado de segurança, esse mesmo privilégio servirá de óbice a eventuais cautelas suspensivas de juízos incompetentes para o remédio constitucional'. (Comentários ao CPC, VIII/188, tomo I, 2ª ed.)<sup>110</sup>.

Nessa direção, em observância aos ensinamentos de GILMAR FERREIRA MENDES e PAULO GONET BRANCO, transcreve-se excerto dos fundamentos do voto do Ministro Sepúlveda Pertence, Redator do acórdão proferido na ADI 223/DF, no tocante à lei que estendeu as restrições previstas ao mandado de segurança para as cautelares, a qual, na sua visão, consistiu em:

'resposta à manifestação daquele entusiasmado e bem intencionado abuso da cautelar inominada [...] que vinha provocando um fenômeno inusitado na prática brasileira, a fuga do mandado de segurança para a ação cautelar inominada, porque, em relação a esta, não vigoravam as vedações e limitações antecedentes do mandado de segurança, nem mesmo a suspensão de liminar ou da sentença pelo Presidente do Tribunal competente para o recurso' (ADI 223/DF, voto do Min. Sepúlveda Pertence, RTJ, 132/571 (587))<sup>111</sup>.

Relativamente ao § 2º do art. 1º da Lei nº 8.437/1992, LEONARDO CARNEIRO DA CUNHA ressalta que, no âmbito de ação popular e ação civil pública, podem ser concedidas liminares cujos objetos estejam vedados pelo § 1º, ainda que o ato impugnado seja emanado de autoridade sujeita à competência originária de tribunal<sup>112</sup>.

O § 3º do art. 1º da Lei nº 8.437/1992, por sua vez, proíbe a concessão de liminar que “esgote, no todo ou em qualquer parte, o objeto da ação”, de onde se extrai, segundo TEORIA ALBINO ZAVASCKI, que estão vedadas as liminares satisfativas irreversíveis – aquelas cuja execução produz resultado prático que inviabiliza o retorno ao *status quo ante*, em hipótese de revogação<sup>113</sup>.

A esse respeito, FREDIE DIDIER JR., PAULA BRAGA e RAFAEL OLIVEIRA defendem que, rigorosamente, uma tutela provisória jamais irá exaurir o objeto de

<sup>110</sup> RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Mandado de Segurança nº 586027328. Impetrante: Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Des. Galeno Lacerda, Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, n.123, p.163 apud ZAVASCKI, Teori Albino. p. 207

<sup>111</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 8.ed. rev. e. atual. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 405.

<sup>112</sup> CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A Fazenda Pública em Juízo**. 13.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 299.

<sup>113</sup> ZAVASCKI, Teori. **Antecipação da tutela**. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 208.

uma demanda, porquanto, por natureza, deve ser sucedida por uma medida definitiva, dada em cognição exauriente, apontando que, provavelmente, o legislador pretendeu vedar, com a expressão “esgotar objeto da ação”, liminares com efeitos irreversíveis<sup>114</sup>.

Ocorre que, assim como previa o art. 273, §2º, do CPC/1973, o art. 300, § 3º, do CPC/2015 proíbe a concessão de tutela de urgência de natureza antecipada quando houver perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão, tornando-se, atualmente, prescindível a referida disposição legal.

Sobreveio, então, como mencionado no primeiro capítulo deste trabalho, a introdução da técnica antecipatória no CPC/1973, o que gerou discussões doutrinárias acerca da aplicabilidade das restrições previstas no art. 1º da Lei nº 8.437/1992 à tutela antecipada<sup>115</sup>. Tal debate restou pacificado com a edição da Medida Provisória nº 1.570-5, posteriormente convertida na Lei nº 9.494/1997, a qual expressamente estendeu as vedações legais à tutela antecipada, nos seguintes termos:

Art. 1º Aplica-se à tutela antecipada prevista nos arts. 273 e 461 do Código de Processo Civil o disposto nos arts. 5º e seu parágrafo único e 7º da Lei nº 4.348, de 26 de junho de 1964, no art. 1º e seu § 4º da Lei nº 5.021, de 9 de junho de 1966, e nos arts. 1º, 3º e 4º da Lei nº 8.437, de 30 de junho de 1992<sup>116</sup>.

Mais recentemente, o Novo Código de Processo Civil dispôs ser aplicável à tutela provisória requerida em face do poder público as regras restritivas previstas na Lei nº 12.016/2009 e na Lei nº 8.437/1992, conforme se depreende do exposto no art. 1.059 do CPC/2015, *verbis*:

Art. 1.059. À tutela provisória requerida contra a Fazenda Pública aplica-se o disposto nos arts. 1.º a 4.º da Lei n. 8.437, 30 de junho de 1992, e no art. 7.º, § 2.º, da Lei n. 12.016, de 7 de agosto de 2009<sup>117</sup>.

Com o advento da nova legislação processual civil, como bem apontam

<sup>114</sup> DIDIER Jr., Fredie; BRAGA, Paulo Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil**, vol.2: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 630.

<sup>115</sup> Luiz Guilherme Marinoni, a respeito do assunto, lembra que, nessa época, alguns tentavam contornar o veto, argumentando que o referido artigo não proibia a tutela antecipatória em face do Poder Público. (MARINONI, Luiz Guilherme. **Antecipação da Tutela**. 12.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 257).

<sup>116</sup> BRASIL. Lei n. 9.494 de 10 de setembro de 1997. **Planalto**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9494.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9494.htm)>. Acesso em: 21 nov. 2016.

<sup>117</sup> BRASIL. Lei n. 13.105 de 16 de março de 2015. **Planalto**. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm)>. Acesso em: 20 out. 2016.

FREDIE DIDIER JR., PAULA BRAGA e RAFAEL OLIVEIRA, “parece não haver mais discussão sobre a possibilidade de tutela provisória em face do Poder Público, até mesmo porque existe lei que a disciplina”<sup>118</sup>. Tal posicionamento também é adotado por LEONARDO CARNEIRO DA CUNHA, para quem é plenamente possível a concessão da tutela de urgência contra a Fazenda Pública nas hipóteses não vedadas pelas referidas legislações<sup>119</sup>.

---

<sup>118</sup> DIDIER Jr., Fredie; BRAGA, Paulo Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil**, vol.2: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 635.

<sup>119</sup> CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A Fazenda Pública em Juízo**. 13.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 298.

#### 4 CONSTITUCIONALIDADE DAS VEDAÇÕES LEGAIS

Como visto, há inúmeras hipóteses em que a legislação ordinária veda a concessão da tutela provisória em face do poder público, as quais, atualmente, estão previstas na Lei nº 12.016/2009 e na Lei nº 8.437/1992.

Desde a década de 1990<sup>120</sup>, instaurou-se intensa discussão doutrinária e jurisprudencial acerca da constitucionalidade das restrições previstas em lei, oportunizando que o Supremo Tribunal Federal se manifestasse acerca da questão.

Como aponta Luiz Guilherme Marinoni, o exame da constitucionalidade das normas restritivas à concessão de liminares em desfavor do Poder Público deu azo ao surgimento de três posicionamentos principais na Corte Suprema, capitaneados por votos de lavra dos Ministros Moreira Alves, Celso de Mello e Sepúlveda Pertence<sup>121</sup>.

No julgamento da ADI nº 223/DF – MC, o Ministro Moreira Alves sustentou a constitucionalidade das restrições à concessão de medidas liminares, aduzindo que a Constituição Federal assegura a ação principal (tutela definitiva), não havendo óbice que, em certas hipóteses, seja restringida a satisfação provisória antecipada, nos seguintes termos:

‘O proibir-se, em certos casos, por interesse público, a antecipação provisória da satisfação do direito material lesado ou ameaçado não exclui, evidentemente, da apreciação do Poder Judiciário a lesão ou ameaça a direito, pois ela se obtém normalmente na satisfação definitiva que é proporcionada pela ação principal, que, esta sim, não pode ser vedada para privar-se o lesado ou ameaçado de socorrer-se do Poder Judiciário’<sup>122</sup>.

Alguns anos depois, ao apreciar a matéria na ADI 1.576/DF, o referido Ministro do STF reafirmou o seu posicionamento, defendendo a possibilidade de limitação das medidas provisórias, porquanto essas não possuem assento constitucional:

“A tutela antecipada não é instituto constitucional. Ela foi criada pela lei. Assim como foi criada, a princípio, sem certos limites, não vejo por que não

<sup>120</sup> DIDIER Jr., Fredie; BRAGA, Paulo Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil**, vol.2: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 632.

<sup>121</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Antecipação da tutela**. 12.ed. Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 264.

<sup>122</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Voto do Min. Moreira Alves na ADI 223/DF – MC (STF, Pleno rel. p/ Acórdão Min. Sepúlveda Pertence, DJU 29.06.90) apud MARINONI, Luiz Guilherme. **Antecipação da tutela**. 12.ed. Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 265.



se possa limitá-la, principalmente aplicando-lhe limitações do mandado de segurança [...]”<sup>123</sup>.

A segunda posição, sustentada pelo Ministro Celso de Mello no julgamento da ADI nº 223-6/DF, assenta-se na violação ao princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário, previsto no art. 5º, XXXV, da CF/88, *verbis*:

“[...] até mesmo a criação de obstáculos institucionais, que impossibilitem o acesso à jurisdição, traduz desrespeito à cláusula constitucional que impõe ao Estado o dever de tornar efetiva a prestação jurisdicional. Quando essa obrigação é descumprida pelos órgãos judiciários que compõem a estrutura institucional do Estado e este, por inércia ou inatividade, deixa de exercer a tutela jurisdicional invocada, incide, o Poder Público, em comportamento inconstitucional, posto que a indeclinabilidade, sendo um dos princípios que regem a jurisdição, funda-se no preceito da Carta Política que alberga o direito de ação e que impõe ao aparelho estatal o dever de administrar justiça”<sup>124</sup>.

Mais adiante em seu voto, prossegue o Ministro:

“A proteção jurisdicional imediata, dispensável a situações jurídicas expostas a lesão atual ou potencial, não pode ser inviabilizada por ato normativo de caráter infraconstitucional que, vedando o exercício liminar da tutela jurisdicional cautelar pelo Estado, enseje a aniquilação do próprio direito material. [...] O ato ora questionado inviabiliza o acesso a uma das modalidades da tutela jurisdicional do Estado e, por via de consequência, frustra, pela ausência de amparo imediato, a própria eficácia da proteção a ser conferida pelo Poder Judiciário em outro processo”<sup>125</sup>.

Por fim, destaca-se a posição defendida pelo Ministro Sepúlveda Pertence, no sentido de que, abstratamente, as normas restritivas são constitucionais, impondo ao julgador afastar a vedação, no caso concreto, quando a reputar inconstitucional, observando critérios de razoabilidade:

“é impossível, no cipoal de medidas provisórias que se subtraíram ao deferimento de tais cautelares *initio litis*, distinguir, em tese e só assim poderemos decidir neste processo –, até onde as restrições são razoáveis, até onde são elas contenções, não ao uso regular, mas ao abuso cautelar, e onde se inicia, inversamente, o abuso das limitações e a consequente afronta à jurisdição legítima do Poder Judiciário. [...] Assim, creio que a solução estará no manejo do sistema difuso, porque nele, em cada caso concreto, nenhuma medida provisória pode subtrair ao juiz da causa um exame da constitucionalidade, inclusive sob o prisma da razoabilidade, das restrições impostas ao seu poder cautelar, para, se entender abusiva essa

<sup>123</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Voto do Min. Moreira Alves na ADI 1.576/DF – MC (STF, Pleno rel. p/ Acórdão Min. Sepúlveda Pertence, DJU 06.06.2003) apud MARINONI, Luiz Guilherme. Antecipação da tutela. 12.ed. Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 265.

<sup>124</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Voto do Min. Celso de Mello na ADI 233-6/DF (STF, Pleno rel. p/ Acórdão Min. Sepúlveda Pertence, DJU 29.06.1990). Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=346264>. Acesso em: 08 dez. 2016.

<sup>125</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Voto do Min. Celso de Mello na ADI 233-6/DF (STF, Pleno rel. p/ Acórdão Min. Sepúlveda Pertence, DJU 29.06.1990). Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=346264>>. Acesso em: 08 dez. 2016.

restrição, se a entender inconstitucional, conceder a liminar, deixando de dar aplicação, no caso concreto, à medida provisória, na medida em que, em relação àquele caso, a julgue inconstitucional, porque abusiva”<sup>126</sup>.

Em relação ao tema, LUIZ GUILHERME MARINONI defende a posição adotada pelo Min. Celso de Mello, sustentando que qualquer tentativa de vedar a concessão de tutela antecipatória contra a Fazenda Pública, mesmo através de lei, é inconstitucional, por entender que a tutela antecipatória é corolário do direito à adequada tutela jurisdicional, sendo garantida pelo princípio da inafastabilidade<sup>127</sup>.

Nessa linha, a fim de fundamentar o seu convencimento acerca da inconstitucionalidade das restrições à concessão da tutela provisória em face dos entes públicos, o referido autor lembra que “todos têm direito à tutela jurisdicional efetiva, adequada e tempestiva”:

Ora, se o legislador infraconstitucional está obrigado em nome o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, a prever tutelas que, atuando internamente no procedimento, permitam uma efetiva e tempestiva tutela jurisdicional, ele não pode decidir, em contradição com o princípio da efetividade, que o cidadão somente tem direito à tutela efetiva e tempestiva contra o particular. Dizer que não há direito à tutela antecipatória contra a Fazenda Pública em caso de “fundado receio de dano” é o mesmo que afirmar que o direito do cidadão pode ser lesado quando a Fazenda é ré<sup>128</sup>.

Na mesma linha, CASSIO SCARPINELLA BUENO, em alusão à Lei nº 9.494/1997, sustenta que as restrições violam a cláusula constitucional de proteção à ameaça de direito (art. 5º, XXXV), a qual reconhece um verdadeiro ‘direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva’<sup>129</sup>.

Não é outra a posição defendida por ANTONIO DE MOURA CAVALCANTI NETO, para quem tanto a vedação apriorística à concessão de medidas antecipatórias quanto à exclusão de lesões ou ameaças de lesões a direito da apreciação do Poder Judiciário são inconstitucionais<sup>130</sup>.

<sup>126</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Voto do Min. Sepúlveda Pertence na ADI 233-6/DF (STF, Pleno rel. p/ Acórdão Min. Sepúlveda Pertence, DJU 29.06.1990). Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=346264>>. Acesso em: 08 dez. 2016.

<sup>127</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Antecipação da Tutela**. 12.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. passim.

<sup>128</sup> *Ibidem*, p. 258.

<sup>129</sup> BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil**, vol.4: tutela antecipada, tutela cautelar e procedimentos cautelares específicos. 6.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014. p.128.

<sup>130</sup> CAVALCANTI NETO, Antonio de Moura. A possibilidade de concessão de tutela da evidência contra a fazenda pública no projeto de novo código de processo civil: sobre acreditar ou não no acesso à justiça. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 238, 2014.

De igual modo, LUIZ RODRIGUES WAMBIER e EDUARDO TALAMINI entendem que as prerrogativas conferidas à Fazenda Pública não justificam nenhuma limitação à tutela de urgência ou de evidência, sob pena de ofensa aos princípios da isonomia e do acesso à justiça<sup>131</sup>.

Tais posicionamentos doutrinários, todavia, não foram adotados pelo Supremo Tribunal Federal, já que no julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 4<sup>132</sup>, aludindo ao entendimento manifestado anteriormente na ADI nº 223-6, restou confirmada a validade jurídico-constitucional do art. 1º da Lei nº 9.494/1997, que disciplina a tutela antecipada contra a Fazenda Pública, adotando-se o entendimento do Min. Sepúlveda Pertence.

A respeito desse importante precedente, oportunas as lições de LEONARDO CARNEIRO DA CUNHA:

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 pareça cabível a medida antecipatória, mesmo para determinar o pagamento de soma em dinheiro<sup>133</sup>.

Mais adiante, o autor exemplifica essa tendência de reduzir o campo de aplicação das normas restritivas:

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.

.....  
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

<sup>131</sup> WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil: cognição jurisdicional (processo comum de conhecimento e tutela provisória)**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. v. 2. p. 900.

<sup>132</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 4. Requerentes: Presidente da República, Mesa do Senado Federal e Mesa da Câmara dos Deputados. Relator: Min. SYDNEY SANCHES, Relator p/ Acórdão: Min. CELSO DE MELLO. DJ, 15 out. 2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADC%24%2ESCLA%2E+E+4%2ENUME%2E%29+OU+%28ADC%2EACMS%2E+ADJ2+4%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/a7n892g>>. Acesso em: 24 nov. 2016.

<sup>133</sup> CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A Fazenda Pública em Juízo**. 13.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 301.

antecipada, mesmo nas hipóteses previstas no art. 1º da Lei 9.494 de 1997, não havendo afronta ao julgado proferido na ADC 4<sup>134</sup>.

FREDIE DIDIER JR., PAULA BRAGA e RAFAEL OLIVEIRA também visualizam essa intenção da Suprema Corte, pois entendem que “o STF, frequentemente, tem salientado que essas vedações devem ser interpretadas restritivamente”<sup>135</sup>. Nesse sentido, aliás, exaltam as valorosas lições advindas do julgamento da ADI nº 223-6, nos seguintes termos:

Firmou-se o entendimento – perfeitamente aplicável aos dispositivos legais que ainda hoje limitam a concessão de tutela provisória contra o Poder Público – de que a vedação é, em tese, constitucional, uma vez que é razoável implantá-la para garantir a integridade do interesse público, mas que, no caso concreto, quando ela representar um óbice ao livre acesso à ordem jurídica justa, deverá ser afastada, em controle difuso de constitucionalidade.

Reconhece a Suprema Corte que, embora não se tenha identificado a inconstitucionalidade do ato normativo em tese, ela pode ser detectada no caso concreto, em razão do conflito de valores existente. Isso porque nem toda conformação de interesses pode ser feita em abstrato, aprioristicamente. Nem sempre o legislador ou uma Corte Constitucional tem instrumentos adequados para fazê-la. Muitas vezes, a solução para um choque de valores fundamentais exige avaliação da realidade concreta e todas as suas nuances<sup>136</sup>.

Em consonância com o entendimento do Supremo Tribunal Federal, TEORI ALBINO ZAVASCKI leciona que, aprioristicamente, não são inconstitucionais as restrições previstas nas legislações ordinárias, ressalvando, contudo, que a legitimidade da concessão ou da vedação ao deferimento da medida deve ser aferida no caso concreto, mediante exame particular dos direitos fundamentais em colisão<sup>137</sup>.

Tais conclusões advêm do entendimento de que os direitos dos litigantes, embora sejam considerados fundamentais pela Constituição, não são absolutos, podendo ser mitigados, tanto pelo juiz que os concretiza, quanto pelo legislador que os regulamenta, a fim de possibilitar, no campo prático, a convivência harmônica e simultânea entre todos eles<sup>138</sup>.

Todavia, não é qualquer restrição à eficácia dos direitos fundamentais que

<sup>134</sup> CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A Fazenda Pública em Juízo**. 13.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 302.

<sup>135</sup> DIDIER Jr., Fredie; BRAGA, Paulo Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil**, vol.2: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 635.

<sup>136</sup> *Ibidem*, p. 638.

<sup>137</sup> ZAVASCKI, Teori. **Antecipação da tutela**. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 205.

<sup>138</sup> *Ibidem*, p. 203.

pode ser considerada legítima, motivo pelo qual o referido autor propõe limitações razoáveis, em observância aos princípios da necessidade, da menor restrição possível e da salvaguarda do núcleo essencial:

- a) o princípio da necessidade, segundo o qual a limitação somente será legítima quando for efetivamente necessária, ou seja, quando operar em situação de real conflito entre direitos fundamentais de mesma hierarquia;
- b) o princípio da menor restrição possível, segundo o qual a restrição imposta há de se operar nos limites razoáveis, não mais extensos do que os necessários à formulação da regra solucionadora do conflito;
- c) o princípio da salvaguarda do núcleo essencial, segundo o qual a regra de solução do conflito não será legítima quando, a pretexto de harmonizar direitos conflitantes, acabar eliminando um deles ou retirando dele a sua substância elementar<sup>139</sup>.

De igual forma, LUIZ RODRIGUES WAMBIER e EDUARDO TALAMINI afirmam que as limitações previstas no art. 1.059 do CPC/2015 devem ser interpretadas conforme a Constituição, a fim de que, caso a restrição ao emprego da tutela provisória inviabilize a prestação jurisdicional efetiva e adequada, elas sejam afastadas, motivadamente, no caso concreto<sup>140</sup>.

Não é outro o entendimento de LEONARDO CARNEIRO DA CUNHA, para quem as restrições não impedem a concessão de medidas liminares em face do Poder Público, pois se prestam, tão somente, a enrijecer os pressupostos para o deferimento de tutelas de urgência em face da Fazenda Pública – “com o notório objetivo de evitar, em assuntos mais sensíveis, a vulgarização de liminares”<sup>141</sup>.

É por esse motivo, aliás, que o referido autor defende que, em princípio, não é possível a concessão da tutela de urgência em desfavor da Fazenda Pública nos casos expressamente vedados em lei, o que, todavia, não impede que o julgador, demonstrando de forma fundamentada a necessidade de afastamento da restrição em determinado caso concreto, conceda a tutela de urgência em caráter excepcional<sup>142</sup>.

Em suma, embora ainda haja controvérsia doutrinária acerca da constitucionalidade das restrições à concessão de tutelas fundadas em cognição sumária em desfavor das pessoas jurídicas de direito público, o Supremo Tribunal

<sup>139</sup> ZAVASCKI, Teori. **Antecipação da tutela**. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 205.

<sup>140</sup> WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil: cognição jurisdicional (processo comum de conhecimento e tutela provisória)**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. v. 2. p. 900.

<sup>141</sup> CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A Fazenda Pública em Juízo**. 13.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 305-306.

<sup>142</sup> *Ibidem*, p. 306.

Federal firmou o entendimento de que, em controle abstrato, as vedações estão em consonância com a Constituição Federal.

Entretanto, nada obsta que, em controle incidental de constitucionalidade, o julgador afaste a incidência das normas restritivas, considerando a imprescindibilidade da tutela provisória no caso em apreço, bem como a existência de incompatibilidade entre o regime próprio à Fazenda Pública – e as inúmeras prerrogativas daí decorrentes – e o direito à proteção efetiva, tempestiva e adequada, como ocorre com frequência, por exemplo, nos casos envolvendo o fornecimento de medicamentos.

## **5 INOVAÇÕES EM MATÉRIA DE TUTELA PROVISÓRIA CONTRA A FAZENDA PÚBLICA**

### **5.1 ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA SATISFATIVA REQUERIDA EM CARÁTER ANTECEDENTE CONTRA A FAZENDA PÚBLICA**

Como já mencionado, deixando para trás o modelo de separação rígida do procedimento, o novo Código de Processo Civil pautou-se pelo sincretismo processual, seguindo a tendência adotada nas reformas processuais do CPC/1973, em especial as que deram azo à modificação do sistema de execução de títulos executivos judiciais (Lei nº 11.232/2005), permitindo que a fase de cumprimento de sentença fosse instaurada nos mesmo autos da fase de conhecimento.

Nesse sentido, uma das principais inovações do CPC/2015 diz respeito à possibilidade de a parte, nos casos em que a urgência for contemporânea à propositura da demanda, requerer a concessão de tutela provisória satisfativa de forma antecedente, indicando, tão somente, a lide e o pedido principal a ser deduzido oportunamente, sem, todavia, formulá-lo desde logo.

Por se tratar de técnica antecipatória não prevista no ordenamento jurídico brasileiro anteriormente, inúmeros são os questionamentos advindos da sua aplicação, sendo, por conseguinte, intenso o debate doutrinário sobre esse novo instituto do direito processual civil.

A referida técnica traz consigo uma mudança paradigmática no processo civil brasileiro, passando a possibilitar que o litígio seja resolvido por decisão fundada em cognição sumária. Isso porque, na hipótese de as partes virem a se conformar com o provimento judicial concedido em caráter antecedente, tornar-se-ão desnecessários o aprofundamento do conhecimento da lide e a prolação de decisão fundada em cognição exauriente ao final do procedimento.

A estabilização depende de conduta negativa do réu, consubstanciada na ausência de interposição do agravo de instrumento em face da decisão que concede a tutela antecipada, ante a previsão expressa do art. 304, §1º, do CPC/2015, dispondo acerca da extinção do processo nos casos de não interposição do recurso cabível pela parte prejudicada com o deferimento da medida.

Eis a primeira das discussões acerca desse novo instituto: inúmeros doutrinadores criticam a importância dada ao agravo de instrumento, defendendo

que qualquer forma de impugnação da parte contrária seria suficiente para obstar a estabilização e, por conseguinte, possibilitar o prosseguimento do feito, tais como a apresentação de contestação, o manejo de pedido de reconsideração etc.

A esse respeito, LUIZ GUILHERME MARINONI, SERGIO ARENHART e DANIEL MITIDIERO referem que, mesmo se não for interposto o agravo de instrumento, deve se entender que:

[...] a manifestação do réu no primeiro grau de jurisdição serve tanto quanto a interposição do recurso para evitar a estabilização dos efeitos da tutela. Essa solução tem a vantagem de economizar o recurso de agravo e de emprestar a devida relevância à manifestação de vontade constante da contestação ou do intento de comparecimento à audiência. Em ambas as manifestações, a vontade do réu é inequívoca no sentido de exaurir o debate com o prosseguimento do procedimento<sup>143</sup>.

Quanto a esse ponto, a necessidade de interposição do agravo de instrumento para impedir a extinção do feito (CPC/2015, art. 304, § 1º) vai de encontro à intenção do legislador de diminuir o número de decisões interlocutórias atacáveis por meio do referido recurso, visivelmente manifestada pela adoção de um rol taxativo de hipóteses de cabimento (CPC/2015, art. 1.015).

Exemplificativamente, suponha-se que o réu tenha ciência de que a probabilidade de provimento do seu agravo de instrumento é mínima, já que a prova necessária para infirmar as alegações do autor deve ser produzida mediante perícia técnica ou, então, por meio da oitiva de testemunhas. Em casos como esse, sob a ótica do CPC/1973, não haveria vantagem na interposição de recurso, todavia, como a parte tem interesse na decisão concedida com base em cognição exauriente, estará obrigada a recorrer, com a finalidade de, tão somente, obstar a estabilização dos efeitos da tutela antecipada.

Em relação a esse ponto, EDUARDO DE AVELAR LAMY E FERNANDO VIEIRA LUIZ pontuam que “a estabilização provoca recursos pela fazenda pública – maior litigante brasileiro – em situações em que esta não recorreria usualmente, aumentando, ao invés de diminuir, o número de recursos”<sup>144</sup>.

Contudo, trata-se de questão controvertida no âmbito da doutrina brasileira, em relação à qual LEONARDO CARNEIRO DA CUNHA refere que o texto normativo

---

<sup>143</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil**: tutela dos direitos mediante procedimento comum. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. v. 2. p. 212.

<sup>144</sup> LAMY, Eduardo de Avelar; LUIZ, Fernando Vieira. Estabilização da tutela antecipada no Novo Código de Processo Civil. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 260, 2016.



é claro ao dispor ser o recurso o único meio de impedir a preclusão e, por conseguinte, a estabilização dos efeitos da tutela<sup>145</sup>.

FRANCISCO DE BARROS E SILVA NETO, igualmente, sustenta que qualquer outro tipo de manifestação nos autos, “que não o agravo de instrumento interposto contra a decisão liminar, não se mostra apto a impedir a estabilização da tutela”<sup>146</sup>.

Entendimento corroborado por FREDERICO AUGUSTO GOMES, para quem não se pode desconsiderar que, antes da aprovação da Lei nº 13.105/2015, alterou-se a previsão inicial de que a “impugnação” do réu afastaria a estabilização, passando a constar da norma legal expressamente o vocábulo “recurso”. Nesse sentido, afirma se tratar de termo técnico, cujo sentido pode ser encontrado no próprio Código de Processo Civil, de onde se extrai a inexistência de autorização legislativa para interpretá-lo extensivamente como impugnação genérica<sup>147</sup>.

Por outro lado, BRUNO GARCIA REDONDO aduz que, não obstante a referida modificação de nomenclatura ao longo do processo legiferante, “a interpretação constitucional mais adequada à luz das garantias do contraditório e da ampla defesa, é a de que qualquer ato impugnativo *lato sensu* do réu” deve impedir a estabilização da tutela antecedente<sup>148</sup>.

De qualquer forma, uma vez estabilizados os efeitos da decisão que concedeu a tutela antecipada em caráter antecedente, qualquer um dos litigantes poderá demandar a parte contrária com a intenção de rever, reformar ou invalidar os efeitos estabilizados da tutela antecipada (CPC/2015, art. 304, § 2º), os quais permanecerão eficazes enquanto não sobrevier decisão de mérito (CPC/2015, art. 304, § 3º).

<sup>145</sup> CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A Fazenda Pública em Juízo**. 13.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 313.

<sup>146</sup> SILVA NETO, Francisco de Barros e. Tutela Provisória no novo Código de Processo Civil. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 259, set. 2016. Disponível em: <<http://revistadoatribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad832f100000158dec e3cab80c67358&docguid=I9c3157e06ffc11e6a6d1010000000000&hitguid=I9c3157e06ffc11e6a6d1010000000000&spos=83&epos=83&td=2888&context=73&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 20 out. 2016.

<sup>147</sup> GOMES, Frederico Augusto. Estabilização da tutela antecipada antecedente contra o Poder Público. In: TALAMINI, Eduardo; DIDIER Jr., Fredie (Coord.). **Processo e Administração Pública** (Coleção Repercussões do Novo CPC, v.10). Salvador: Juspodivm, 2016. p. 295.

<sup>148</sup> REDONDO, Bruno Garcia. Estabilização, modificação e negociação da tutela de urgência antecipada antecedente: principais controvérsias. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 244, 2015.

O direito de propor a referida ação extingue-se após o transcurso de 2 (dois) anos, contados da ciência da decisão extintiva do feito (CPC/2015, art. 304, § 5º). Após o termo final do prazo, o CPC/2015 dispõe que não haverá formação de coisa julgada (CPC/2015, art. 304, § 6º). Entretanto, a estabilidade dos efeitos da decisão concessiva da tutela antecipada só poderá ser afastada por meio da ação que a revir, reformar ou invalidar, nos termos do § 2º do art. 304.

Em relação aos §§ 5º e 6º do art. 304 do NCPC, os processualistas civis revelaram-se extremamente criativos na sua interpretação, o que tem ocasionado muita discussão no âmbito doutrinário.

O primeiro ponto controvertido relaciona-se à natureza do prazo para o ajuizamento da ação tendente a rever, reformar ou invalidar os efeitos estabilizados da tutela antecipada, o qual, segundo a doutrina majoritária, é decadencial.

Nessa direção, LUIZ RODRIGUES WAMBIER e EDUARDO TALAMINI perfilham o entendimento de que se trata de prazo submetido à decadência, “pois limita temporalmente o exercício de um direito potestativo (o direito de desconstituir a tutela que se estabilizou)”<sup>149</sup>.

Em sentido diverso, FREDERICO AUGUSTO GOMES considera estar-se diante de um prazo preclusivo, com base nos seguintes fundamentos:

Isso porque prazo decadencial é aquele cujo decurso extingue o direito potestativo. Ora, está-se a tratar do direito fundamental de ação, que não pode ser extinto. O art. 5º, XXXV, da Constituição da República Federativa do Brasil impede que a lei exclua da apreciação do Judiciário lesão ou ameaça a direito. Destarte, qualquer prazo que, no plano material, extinga o direito de ação é inconstitucional. Portanto, a única forma de encerrar os referidos prazos – da ação para rever a estabilização da tutela de urgência, mandado de segurança ou ação rescisória – de modo compatível com a Constituição é atribuir-lhes caráter processual. São preclusivos (ou qualquer outro nome que se queira lhes dar, desde que não decadenciais)<sup>150</sup>.

ARAKEN DE ASSIS, por outro lado, refuta o entendimento de que o direito de revisar a decisão estabilizada submete-se a prazo preclusivo, justificando se tratar a preclusão fenômeno interno ao processo, enquanto os efeitos estabilizados da tutela antecipada repercutem externamente:

<sup>149</sup> WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil: cognição jurisdicional (processo comum de conhecimento e tutela provisória)**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. v. 2. p. 897.

<sup>150</sup> GOMES, Frederico Augusto. Estabilização da tutela antecipada antecedente contra o Poder Público. In: TALAMINI, Eduardo; DIDIER Jr., Fredie (Coord.). **Processo e Administração Pública** (Coleção Repercussões do Novo CPC, v.10). Salvador: Juspodivm, 2016. p. 282.

A regra jurídica concreta produzirá seus efeitos típicos, vinculando as partes, no plano substancial, e os demais órgãos judiciários, não lhes cabendo emitir pronunciamentos divergentes a esse comando, até que seja revista, reformada ou invalidada por decisão de mérito transitada em julgado, a teor do art. 304, §3º. É, portanto, coisa julgada potencial, atenuada porque os litigantes podem se desvincular sem a necessidade de ação rescisória. Vencido o prazo de dois anos, forçoso admitir a aquisição da coisa julgada pela decisão concessiva da tutela antecipada. [...] A partir do trânsito em julgado, vencidos os dois anos do art. 304 §5º, fluirá o prazo da rescisória (art. 975), remédio cabível nos termos do art. 966, não se confundindo com a ação do art. 304, §2º, por seu pressuposto (coisa julgada) e fundamentos<sup>151</sup>.

No trecho acima transcrito, o referido autor expõe outras duas questões muito discutidas atualmente pelos processualistas civis no âmbito dos efeitos estáveis da tutela antecipada, as quais se relacionam à coisa julgada e ao cabimento da ação rescisória.

O caput do art. 966 do CPC/2015 dispõe acerca da possibilidade de a decisão de mérito transitada em julgado vir a ser rescindida, demonstrando, assim, demonstrando a interligação entre os institutos.

Dessa forma, em princípio, aqueles que defendem o cabimento da ação rescisória, entendem que, após o transcurso do prazo de 2 (dois) anos, os efeitos estabilizados da tutela antecipada estariam acobertados pelo manto da coisa julgada.

Nessa linha, como adiantado acima, ARAKEN DE ASSIS sustenta que transcorrido o prazo de dois anos, confere-se à decisão antecipatória a autoridade da coisa julgada, iniciando-se, por conseguinte, o prazo para ajuizamento da ação rescisória (CPC/2015, art. 975)<sup>152</sup>.

---

<sup>151</sup> ASSIS, Araken de. Processo Civil Brasileiro, volume II: parte geral: institutos fundamentais: tomo 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 491-492 apud VELOSO, Vitor Lanza. Tutela de urgência antecipatória e a Fazenda Pública no Novo Código de Processo Civil. In: TALAMINI, Eduardo; DIDIER Jr., Fredie (Coord.). **Processo e Administração Pública** (Coleção Repercussões do Novo CPC, v.10). Salvador: Juspodivm, 2016. p. 373.

<sup>152</sup> ASSIS, Araken de. Processo civil brasileiro, volume II: parte geral: institutos fundamentais: tomo 2. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 491-492 apud VELOSO, Vitor Lanza. Tutela de urgência antecipatória e a Fazenda Pública no Novo Código de Processo Civil. In: TALAMINI, Eduardo; DIDIER Jr., Fredie (Coord.). **Processo e Administração Pública** (Coleção Repercussões do Novo CPC, v.10). Salvador: Juspodivm, 2016. p. 373.

GUILHERME THOFEHRN LESSA também compreende que, decorrido o lapso de 2 (dois) anos, a decisão resultaria acobertada pela coisa julgada, desafiando, por conseguinte, o manejo de ação rescisória<sup>153</sup>.

Trata-se, todavia, de entendimento minoritário no âmbito da doutrina brasileira, pois a maioria dos processualistas civis sustenta ser a decisão concessiva da tutela antecedente inapta para se tornar imutável pela coisa julgada, tampouco podendo ser rescindida. E isso, inclusive, extrai-se do Enunciado nº 33 do Forum Permanente de Processualistas Civis: “Não cabe ação rescisória nos casos de estabilização da tutela antecipada de urgência”<sup>154</sup>.

De acordo com os ensinamentos de FREDIE DIDIER JR., PAULA SARNO e RAFAEL OLIVEIRA, embora seus efeitos também irradiem para fora do processo, a estabilidade da tutela satisfativa antecedente não se confunde com a coisa julgada, o que afasta o cabimento da ação rescisória:

Está é uma estabilidade processual distinta da coisa julgada, embora também com eficácia para fora do processo [...] Exatamente por isso, não caberá ação rescisória da decisão que concede a tutela provisória, mesmo após os dois anos para ajuizamento da ação a que se refere o § 5º do art. 304. Note, ainda, como reforço de argumentação, que, por expressa previsão legal, a coisa julgada não se estende à questão prejudicial incidental no caso de revelia (art. 503, § 1º, II, CPC) – exatamente a situação de que se trata<sup>155</sup>.

Na mesma direção, LEONARDO CARNEIRO DA CUNHA refere não haver julgamento hábil à formação da coisa julgada, porquanto o juiz se limita a verificar a presença dos requisitos da tutela provisória de urgência, não declarando a existência do direito do autor. Daí porque, tão somente antecipa os efeitos mandamentais ou executivos da tutela definitiva, com base em cognição superficial, o que demonstra o não cabimento da ação rescisória<sup>156</sup>.

Em igual sentido, VITOR LANZA VELOSO assevera que a imutabilidade da coisa julgada é prerrogativa dos provimentos obtidos mediante cognição exauriente, não sendo aplicável à decisão fundada em cognição sumária, em relação à qual,

<sup>153</sup> LESSA, Guilherme Thofehrn. Críticas à estabilização da tutela: a cognição exauriente como garantia de um processo justo. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 259, 2016.

<sup>154</sup> FÓRUM PERMANENTE DE PROCESSUALISTAS CIVIS, Carta de São Paulo, São Paulo, 2016. Disponível em: <<http://portalprocessual.com/wp-content/uploads/2016/05/Carta-de-S%C3%A3o-Paulo.pdf>>. Acesso em: 18 out. 2016.

<sup>155</sup> DIDIER Jr., Fredie; BRAGA, Paulo Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil**, vol.2: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 613.

<sup>156</sup> CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A Fazenda Pública em Juízo**. 13.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 314-315.

además, o NCPC dispôs expressamente não ser hipótese de coisa julgada, ainda que seus efeitos venham, eventualmente, a se tornar estáveis<sup>157</sup>.

Por outro lado, LUIZ GUILHERME MARINONI, SERGIO ARENHART e DANIEL MITIDIERO questionam como deve ser qualificada a força conferida à estabilidade após o transcurso do biênio previsto no art. 304, § 2º, do CPC/2015, nos casos em que as partes não propuserem a ação com a finalidade de exaurir a cognição, *verbis*:

O legislador é claríssimo ao afirmar que a decisão que concede a tutela antecipada antecedente não faz coisa julgada. Além de dizê-lo expressamente (art. 304, §6º), prevê ainda ação exauriente para o aprofundamento da cognição (art. 304, §§ 2º e 5º) [...] O legislador é igualmente claro – embora não tenha se atrevido a dizê-lo diretamente: se a ‘estabilidade dos respectivos efeitos só será afastada por decisão’ tomada na ação exauriente (art. 306, §6º), então é evidente que, inexistindo ação posterior ajuizada no prazo legal, a estabilidade torna-se ‘inafastável’. Em outras palavras: ‘imutável’ e ‘indiscutível’ (art. 502)<sup>158</sup>.

Os referidos autores, ao mesmo tempo em que elogiam a introdução de técnicas processuais alternativas ao procedimento comum, questionam a constitucionalidade da equiparação dos efeitos inafastáveis da decisão estabilizada com a imutabilidade própria à coisa julgada:

O que é de duvidosa legitimidade constitucional é equiparar os efeitos do procedimento comum – realizado em contraditório, com ampla defesa e direito à prova – com os efeitos de um procedimento cuja sumariedade formal e material é extremamente acentuada. [...] Sendo a obtenção de uma decisão justa uma das finalidades do processo civil no Estado Constitucional, o que remete para a necessidade de construirmos procedimentos orientados à sua busca, parece-nos que a limitação do direito ao contraditório e do direito à prova ínsita à sumarização procedimental e material da ação antecedente atua em sentido contrário à busca por uma decisão justa [...] portanto, impede que se tenha como constitucional a formação da coisa julgada na tutela antecipada requerida de forma antecedente no caso de transcurso do prazo legal sem o exaurimento da cognição<sup>159</sup>.

Com base nesses fundamentos, concluem que a tutela antecipada antecedente não se presta à formação da coisa julgada, motivo pelo qual, transcorridos os 2 (dois) anos, remanesce o direito de aprofundar a cognição, até

<sup>157</sup> VELOSO, Vitor Lanza. Tutela de urgência antecipatória e a Fazenda Pública no Novo Código de Processo Civil. In: TALAMINI, Eduardo; DIDIER Jr., Fredie (Coord.). **Processo e Administração Pública** (Coleção Repercussões do Novo CPC, v.10). Salvador: Juspodivm, 2016. p. 373.

<sup>158</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil**: tutela dos direitos mediante procedimento comum. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. v. 2. p. 217.

<sup>159</sup> *Ibidem*, p. 217-218.

que se operem os prazos previstos no direito material, tais como a prescrição, a decadência e a *supressio*<sup>160</sup>.

Tal solução também é adotada por LUIZ RODRIGUES WAMBIER e EDUARDO TALAMINI, para os quais o prazo bienal destina-se, exclusivamente, à ação de revisão da tutela estabilizada, pois a discussão do mérito da pretensão principal submete-se a outros prazos prescricionais ou decadenciais, de acordo com o direito material<sup>161</sup>.

De igual forma, EDUARDO DE AVELAR LAMY e FERNANDO VIEIRA LUIZ manifestam-se no sentido de que, à luz da Constituição Federal, a aplicação prática do instituto possibilitará a propositura da ação no prazo prescricional, de modo a proteger o acesso à justiça, em observância à inafastabilidade do controle jurisdicional<sup>162</sup>.

TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER *et al.* pontuam que vedar a possibilidade de ajuizamento de uma nova demanda relativa ao bem da vida discutido na ação previamente extinta, “seria o mesmo que dar prevalência a uma decisão de cognição sumária em relação a uma decisão fruto de cognição exauriente e completa”<sup>163</sup>.

O referido entendimento, todavia, não é compartilhado pela doutrina majoritária<sup>164</sup>, segundo a qual, conquanto não se revista da imutabilidade decorrente da coisa julgada, não é possível afastar os efeitos estabilizados da tutela antecipada depois de transcorrido o biênio previsto no art. 304, § 5º do NCPC.

De modo a exemplificar o posicionamento acima referido, LEONARDO CARNEIRO DA CUNHA afirma que “escoado o prazo de 2 (dois) anos para a

<sup>160</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil**: tutela dos direitos mediante procedimento comum. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. v. 2. p. 218.

<sup>161</sup> WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil: cognição jurisdicional (processo comum de conhecimento e tutela provisória)**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. v. 2. p. 897.

<sup>162</sup> LAMY, Eduardo de Avelar; LUIZ, Fernando Vieira. Estabilização da tutela antecipada no Novo Código de Processo Civil. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 260, 2016.

<sup>163</sup> WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. **Primeiros Comentários ao Novo Código de Processo Civil**: artigo por artigo. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 567.

<sup>164</sup> MITIDIERO, Daniel. Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil. ARRUDA ALVIM Coord. Teresa Arruda Alvim et al, Ed. RT, 2015, p.790 apud ARRUDA WAMBIER, Teresa Alvim et al. **Primeiros Comentários ao Novo Código de Processo Civil**: artigo por artigo. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 567.

propositura dessa demanda, não cabe mais nada; não é cabível, nem mesmo ação rescisória depois de passado o prazo de 2 (dois) anos<sup>165</sup>.

Além dessas inúmeras divergências no tocante à estabilização da decisão antecipatória, FREDIE DIDIER JR, PAULA BRAGA e RAFAEL DE OLIVEIRA apontam que a discussão pode se acentuar nos casos em que a Fazenda Pública figure no polo passivo. Vejamos:

A estabilização é uma generalização da técnica monitoria no processo civil brasileiro e muito já se discutia a possibilidade de uso dessa técnica em face da Fazenda Pública desde o regime do CPC-1973, embora agora haja regra expressa permitindo (art. 700, § 6º, CPC)<sup>166</sup>.

Os referidos autores parecem estar com a razão, porquanto, assim como acontecia em relação ao procedimento monitorio na vigência do CPC/1973, parcela da doutrina sustenta que a estabilização dos efeitos em face das pessoas jurídicas de direito público depende de prévia remessa necessária (CPC/2015, art. 496), a fim de que o tribunal confirme a concessão da tutela satisfativa de urgência<sup>167</sup>.

VITOR LANZA VELOSO pondera que, nos litígios envolvendo o Poder Público, poder-se-ia pretender que a estabilidade dos efeitos se limitasse aos atos decisórios submetidos ao duplo grau de jurisdição, baseando-se no reexame necessário. Não obstante, aponta ser insustentável esse entendimento, porquanto, em interpretação literal dos dispositivos atinentes à remessa necessária (CPC/2015, art. 496), essa somente seria exigível para as sentenças. Ocorre que tais pronunciamentos judiciais se caracterizam por extinguir a fase cognitiva do procedimento comum ou a execução, diferindo, por conseguinte, da decisão que concede a tutela antecipada em caráter antecedente<sup>168</sup>.

A respeito do tema, prossegue o autor:

[...] o instituto do reexame necessário serve à garantia de que atos decisórios contrários à Fazenda Pública e aptos a se estabilizarem pela força da coisa julgada possam ser objeto de uma nova análise, por parte de

<sup>165</sup> CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A Fazenda Pública em Juízo*. 13.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 315.

<sup>166</sup> DIDIER Jr., Fredie; BRAGA, Paulo Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil**, vol.2: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 609-610.

<sup>167</sup> 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*. Alexandre Freire (coord. exec.). São Paulo: Saraiva, 2016 apud CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A Fazenda Pública em juízo**. 13.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 315.

<sup>168</sup> VELOSO, Vitor Lanza. Tutela de urgência antecipatória e a Fazenda Pública no Novo Código de Processo Civil. In: TALAMINI, Eduardo; DIDIER Jr., Fredie (Coord.). **Processo e Administração Pública** (Coleção Repercussões do Novo CPC, v.10). Salvador: Juspodivm, 2016. p. 371.

órgão julgador colegiado. Ou seja, a aplicação do instituto está estreitamente ligada à aptidão do provimento em fazer coisa julgada. Trata-se de uma benesse adicional conferida à Fazenda Pública com fundamento na natureza dos direitos e interesses por ela defendidos em juízo e na repercussão que o referido ato tem perante toda a sociedade<sup>169</sup>.

Da mesma forma, LEONARDO CARNEIRO DA CUNHA afirma que “a remessa necessária é imprescindível para que se produza a coisa julgada”, com a qual não se confunde a estabilização. Daí porque entende não ser passível de reexame obrigatório a decisão que concede a tutela de urgência contra a Fazenda Pública<sup>170</sup>.

FRANCISCO DE BARROS E SILVA NETO assevera inexistir óbice à estabilização dos efeitos da tutela antecipada em face da Fazenda Pública, por se tratar de mecanismo similar ao das ações monitórias, em que o silêncio do demandado produz efeito relevante. Nesse contexto, oportuna a visão do autor acerca da temática:

Todos os argumentos utilizados para se defender a impossibilidade de estabilização da tutela de urgência contrária à Fazenda Pública (desrespeito à remessa necessária, risco de fraudes, proteção ao interesse público etc.) foram debatidos quando do cabimento da ação monitória e, como cediço, a jurisprudência os rejeitou, ao ponto de o novo Código incorporar dispositivo expresso sobre o tema (art. 700, § 6º)<sup>171</sup>.

Embora essa constatação não seja inverídica, FREDERICO AUGUSTO GOMES, aludindo às similitudes existentes entre a estabilização da tutela antecipada e a ação monitória, alerta que a questão não deve ser tratada com simplicidade. Em sua visão, a tutela antecipada estabilizada deve ser compreendida em diálogo constante com os posicionamentos que prevaleceram, sob a égide do CPC/1973, na discussão envolvendo os limites da ação monitória ajuizada em desfavor do Poder Público. Todavia, não podem ser desconsideradas as inovações

<sup>169</sup> VELOSO, Vitor Lanza. Tutela de urgência antecipatória e a Fazenda Pública no Novo Código de Processo Civil. In: TALAMINI, Eduardo; DIDIER Jr., Fredie (Coord.). **Processo e Administração Pública** (Coleção Repercussões do Novo CPC, v.10). Salvador: Juspodivm, 2016. p. 375.

<sup>170</sup> CUNHA, Leonardo Cordeiro da. **A Fazenda Pública em Juízo**. 13.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 315.

<sup>171</sup> SILVA NETO, Francisco de Barros e. Tutela Provisória no novo Código de Processo Civil. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 259, set. 2016. Disponível em: <<http://revistadoatribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad832f100000158dec e3cab80c67358&docguid=I9c3157e06ffc11e6a6d1010000000000&hitguid=I9c3157e06ffc11e6a6d1010000000000&spos=83&epos=83&td=2888&context=73&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 20 out. 2016.



do procedimento monitorio, de modo a compatibilizá-las com o instituto previsto nos arts. 303 e 304 do CPC/2015<sup>172</sup>.

Nesse particular, cita como exemplo o exposto no art. 701, §4º, do NCPC, que dispõe ser aplicável à ação monitoria não embargada o regime obrigatório do duplo grau de jurisdição, materializado pela remessa necessária, ressaltando que, até a entrada em vigor da atual legislação processual civil, prevalecia a inaplicabilidade desse instituto aos casos em que o poder público não opusesse embargos monitorios<sup>173</sup>.

Por fim, destacando a desnecessidade de que a decisão venha a ser confirmada pelo tribunal, VITOR LANZA VELOSO indica que, caso o ente público entenda ser necessário insurgir-se contra os efeitos estabilizados, poderá se valer dos meios previstos na legislação para afastá-los, desde que observe o prazo decadencial<sup>174</sup>.

Verifica-se, portanto, a existência de inúmeras questões controvertidas em relação à estabilização dos efeitos da tutela antecipada requerida em caráter antecedente, as quais já provocam questionamentos acerca da incidência dessa interessante técnica processual às demandas envolvendo as pessoas jurídicas de direito público.

Não obstante os processualistas civis defendam que a estabilização é compatível com o regime diferenciado previsto ao Poder Público, a prática forense certamente trará novas indagações aos operadores do direito, em especial nos casos de demanda versando sobre interesses indisponíveis<sup>175</sup>.

<sup>172</sup> GOMES, Frederico Augusto. Estabilização da tutela antecipada antecedente contra o Poder Público. In: TALAMINI, Eduardo; DIDIER Jr., Fredie (Coord.). **Processo e Administração Pública** (Coleção Repercussões do Novo CPC, v.10). Salvador: Juspodivm, 2016. passim.

<sup>173</sup> *Ibidem*, p. 291.

<sup>174</sup> VELOSO, Vitor Lanza. Tutela de urgência antecipatória e a Fazenda Pública no Novo Código de Processo Civil. In: TALAMINI, Eduardo; DIDIER Jr., Fredie (Coord.). **Processo e Administração Pública** (Coleção Repercussões do Novo CPC, v.10). Salvador: Juspodivm, 2016. p. 375.

<sup>175</sup> TALAMINI, EDUARDO. Tutela de urgência no Projeto de novo Código de Processo Civil: a estabilização da medida urgente e a “monitorização” do processo brasileiro. Revista de Processo. v. 209, ano 37. São Paulo: Revista dos Tribunais, jul. 2012. p. 29 apud REDONDO, Bruno Garcia. Estabilização, modificação e negociação da tutela de urgência antecipada antecedente: principais controvérsias. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 244, jun. 2015. Disponível em: <<http://revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srcuid=i0ad82d9a00000158dec743820a69b79c&docguid=Ib78f4dd0222311e5bdc501000000000&hitguid=Ib78f4dd0222311e5bdc5010000000000&spos=2&epos=2&td=7&context=31&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 03 set. 2016.

## 5.2 TUTELA DE EVIDÊNCIA CONTRA O PODER PÚBLICO

Relativamente à tutela de evidência, a novel legislação processual civil ampliou as hipóteses de concessão, oportunizando o surgimento de novas discussões sobre essa espécie de provimento antecipado.

Como não poderia ser diferente, em decorrência do tratamento diferenciado conferido à Fazenda Pública em juízo, tanto no que diz respeito às prerrogativas quanto às vedações legais à concessão da tutela provisória, questiona-se a incidência dessas restrições à tutela de evidência.

Acerca do tema, muito embora o art. 1.059 do CPC/2015 preveja, sem ressalvas, a submissão da tutela provisória (gênero) às regras restritivas previstas na Lei nº 12.016/2009 e na Lei nº 8.437/1992, a doutrina majoritária não vem interpretando as restrições de forma literal, o que deu ensejo, inclusive, ao Enunciado nº 35 do Fórum Permanente de Processualistas Civis, *verbis*:

N.º 35. (Art. 311, CPC/2015) As vedações à concessão de tutela provisória contra a Fazenda Pública limitam-se às tutelas de urgência<sup>176</sup>.

Exemplificativamente, FRANCISCO DE BARROS E SILVA NETO afirma que a tutela de evidência depende de uma demonstração mais contundente da probabilidade do direito – em comparação com a tutela de urgência –, de modo que essa estrutura “peculiar e mais rigorosa” permite o deferimento da tutela de evidência, mesmo nos casos em que a legislação ordinária veda a concessão de liminar em mandado de segurança<sup>177</sup>.

Ou seja, há um entendimento predominante de que as vedações legais não seriam aplicáveis à tutela fundada na evidência, com o qual não comunga LEONARDO CARNEIRO DA CUNHA, que defende ser a hipótese do inciso IV do art. 311 do CPC/2015 equivale ao mandado de segurança. Nesse sentido, malgrado seja cabível a concessão da tutela provisória de evidência contra a Fazenda Pública,

<sup>176</sup> FÓRUM PERMANENTE DE PROCESSUALISTAS CIVIS, Carta de São Paulo, São Paulo, 2016. Disponível em: <<http://portalprocessual.com/wp-content/uploads/2016/05/Carta-de-S%C3%A3o-Paulo.pdf>>. Acesso em: 18 out. 2016.

<sup>177</sup> SILVA NETO, Francisco de Barros e. Tutela Provisória no novo Código de Processo Civil. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 259, set. 2016. Disponível em: <

o deferimento dessa espécie deve considerar os casos em que há vedação legal. Vejamos:

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 da tutela provisória<sup>178</sup>.

Na mesma direção, DANIEL DE OLIVEIRA PONTES sustenta que a tutela de evidência, como espécie do gênero tutela provisória, também se submete às restrições previstas nas supramencionadas legislações. A partir disso, o autor defende, que, embora o parágrafo único do art. 311 do CPC/2015 permita a concessão de tutela de evidência antes de ouvida a parte contrária, tal possibilidade não seria cabível em face do Poder Público<sup>179</sup>.

Isso porque o deferimento de liminar contra a Fazenda Pública depende do prévio contraditório do seu representante judicial, conforme o disposto no art. 2º da Lei nº 8.437/1992:

Art. 2º No mandado de segurança coletivo e na ação civil pública, a liminar será concedida, quando cabível, após a audiência do representante judicial da pessoa jurídica de direito público, que deverá se pronunciar no prazo de setenta e duas horas<sup>180</sup>.

Tal entendimento decorre do fato de que, em se tratando de medida provisória fundada na evidência, a antecipação dos efeitos da tutela definitiva advém da elevada probabilidade de êxito da pretensão do requerente, motivo pelo qual não depende da existência de “perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo”, tal como demonstrado na primeira parte do presente trabalho.

O abrandamento da referida previsão legal somente se mostraria razoável

<sup>178</sup> CUNHA, Leonardo Cordeiro da. **A Fazenda Pública em Juízo**. 13.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 320.

<sup>179</sup> PONTES, Daniel de Oliveira. A tutela de evidência no novo Código de Processo Civil: uma gestão mais justa do tempo na relação processual. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 261, nov. 2016. Disponível em: [http://revistadoatribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad82d9a00000158dec4c449ecca39e3&docguid=laba048d08f9b11e6862e010000000000&hitguid=laba048d08f9b11e6862e010000000000&spos=2&epos=2&td=3827&context=13&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1](http://revistadoatribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad82d9a00000158dec4c449ecca39e3&docguid=laba048d08f9b11e6862e01000000000&hitguid=laba048d08f9b11e6862e010000000000&spos=2&epos=2&td=3827&context=13&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1). Acesso em: 02 dez. 2016.

<sup>180</sup> BRASIL. Lei n. 8.437 de 30 de junho de 1992. **Planalto**. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8437.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8437.htm). Acesso em: 23 nov. 2016.

nos casos em que a urgência na concessão do provimento não permitisse a prévia oitiva dos procuradores da Fazenda Pública, não sendo suficiente a alta probabilidade que, de regra, caracteriza a tutela de evidência.

Acerca da necessidade de urgência no provimento jurisdicional a fim de mitigar o contraditório prévio do representante da pessoa jurídica de direito público, DANIEL DE OLIVEIRA PONTES faz os seguintes apontamentos:

[...] a jurisprudência firme da Corte Suprema é de que apenas um qualificado risco de perecimento do direito autoriza o deferimento de pleito antecipatório contra o Poder Público sem contraditório anterior.

Ou seja, não basta que a pretensão deduzida em juízo seja altamente provável, tampouco que exista mera urgência na concessão da medida, impondo-se um inequívoco risco de perecimento do direito, tal como se depreende do seguinte excerto de acórdão do Supremo Tribunal Federal:

Sustenta-se, entretanto, que, quando houver urgência na concessão da liminar ou prejuízo de difícil ou quase impossível reparação, seria dispensável a notificação.

Dispõe o art. 2º da Lei 8.437, de 1992, que, 'no mandado de segurança coletivo e na ação civil pública, a liminar será concedida, quando cabível, após a audiência do representante judicial da pessoa jurídica de direito público, que deverá se pronunciar no prazo de setenta e duas horas'.

Concedo que, na iminência de perecimento de direito, ou na possibilidade de ocorrer prejuízo de difícil ou quase impossível reparação, poderia o juiz, em decisão fundamentada (C.F., art. 93, IX), conceder a cautelar sem a oitiva do representante judicial da pessoa jurídica de direito público<sup>181</sup>.

Muito embora sem referir-se ao Poder Público, ALVIM WAMBIER *et al.* criticam a opção legislativa de autorizar a concessão da tutela de evidência liminarmente, asseverando que, ante a inexistência de risco de dano ou de inutilidade do processo, não haveria razão para postergar o contraditório<sup>182</sup>.

<sup>181</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental na Petição nº 2.066-9. Agravante: Sindicato dos empregados em estabelecimentos bancários. Agravada: União. Relator: Min. Carlos Velloso. Dj.28fev.2003 Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=369786>>. Acesso em: 02 dez. 2016.

<sup>182</sup> WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. **Primeiros Comentários ao Novo Código de Processo Civil**: artigo por artigo. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 580.

Portanto, a inexistência de receio de dano ou de ineficácia do provimento final afastaria a possibilidade de concessão da tutela de evidência liminarmente contra os entes públicos, com fundamento nos incisos II e III do art. 311 do CPC/2015, assim sendo impositiva a prévia oitiva do representante judicial da pessoa jurídica de direito público demandada<sup>183</sup>.

---

<sup>183</sup> PONTES, Daniel de Oliveira. A tutela de evidência no novo Código de Processo Civil: uma gestão mais justa do tempo na relação processual. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 261, nov. 2016. Disponível em: <<http://revistadoatribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad82d9a00000158dec4c449ecca39e3&docguid=laba048d08f9b11e6862e01000000000&hitguid=laba048d08f9b11e6862e01000000000&spos=2&epos=2&td=3827&context=13&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 02 dez. 2016.

## CONCLUSÃO

A partir das considerações elaboradas no presente trabalho acerca da tutela provisória e da sua compatibilização com o regime especial conferido à Fazenda Pública, depreende-se que muitas das inovações introduzidas no ordenamento jurídico brasileiro pelo Novo Código de Processo Civil ainda não possuem respostas satisfatórias na doutrina, o que demandará muito diálogo entre as fontes do direito, de modo a amoldar os novos institutos à realidade brasileira.

Como tem ocorrido desde a década de 1990, cada vez que uma legislação introduz uma nova hipótese de restrição à concessão de liminares em face do Poder Público ou a estende a outras espécies de procedimentos, inúmeros são os questionamentos que surgem acerca de sua constitucionalidade, em especial ante a mitigação do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, adequada e tempestiva, corolário da cláusula de inafastabilidade do Poder Judiciário (art. 5º, XXXV, da CF/88).

Desde então, o Supremo Tribunal Federal tem resolvido os conflitos de forma linear, assentando o entendimento de que, em controle abstrato, as vedações apriorísticas à concessão de liminares estão em consonância com os ditames da Constituição Federal. Essa conclusão, de acordo com a Corte Suprema, não obsta que, em exame concreto do litígio, o juiz resolva pela mitigação das normas restritivas, de modo a solucionar os conflitos entre direitos fundamentais, desde que apresente as razões do seu convencimento de forma motivada.

A superveniência do Novo Código de Processo Civil não deve alterar o panorama jurisprudencial acerca da constitucionalidade das normas restritivas. Isso porque a atual conjuntura econômica, repleta de cortes nos gastos públicos, deverá dar ensejo ao aumento no número de demandas judiciais tendentes a compelir os entes públicos ao atendimento dos direitos assegurados pela Constituição Federal. Esse acréscimo, por conseguinte, levará à concessão de um número ainda maior de medidas liminares em desfavor das pessoas jurídicas de direito público.

Nesse cenário que se avizinha, além da provável introdução de novas leis tendentes a restringir provimentos provisórios em face da Fazenda Pública, o Supremo muito provavelmente adotará postura ainda mais condescendente com os

interesses do Poder Público, como, de regra, tem se caracterizado a sua atuação ao longo dos últimos anos.

Dessa forma, embora a doutrina majoritária venha interpretando restritivamente o art. 1.059 do CPC/2015, a fim de conferir a maior efetividade possível ao regime da tutela provisória, possivelmente, novas restrições serão introduzidas no sistema pelo legislador. Não seria surpreendente a inserção no ordenamento jurídico de novos dispositivos legais complementares ao acima referido, prevendo, por exemplo, a impossibilidade de estabilização dos efeitos da tutela antecipada em desfavor do Poder Público, ou, ainda, restringindo o deferimento de provimentos liminares fundados na evidência do direito alegado.

Por esses motivos, assume importante relevo o estudo dessas novas técnicas processuais destinadas à concessão da tutela provisória, de modo a conformá-las ao regime diferenciado da Fazenda Pública, mormente no que diz respeito à tutela antecipada antecedente.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BRASIL. Lei n. 2.770 de 04 de maio de 1956. **Planalto**. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/1950-1969/l2770.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/l2770.htm)>. Acesso em: 18 nov. 2016.
- BRASIL. Lei n. 4.348 de 26 de junho de 1964. **Planalto**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L4348.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L4348.htm)>. Acesso em: 18 nov. 2016.
- BRASIL. Lei n. 5.021 de 09 de junho de 1966. **Planalto**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L5021.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5021.htm)>. Acesso em: 19 nov. 2016.
- BRASIL. Lei n. 8.437 de 30 de junho de 1992. **Planalto**. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8437.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8437.htm)>. Acesso em: 23 nov. 2016.
- BRASIL. Lei n. 9.494 de 10 de setembro de 1997. **Planalto**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9494.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9494.htm)>. Acesso em: 21 nov. 2016.
- BRASIL. Lei n. 12.016 de 07 de agosto de 2009. **Planalto**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2009/lei/l12016.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12016.htm)>. Acesso em: 15 nov. 2016.
- BRASIL. Lei n. 13.105 de 16 de março de 2015. **Planalto**. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm)>. Acesso em: 11 out. 2016.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 233-6/DF. STF, Pleno rel. p/ Acórdão Min. Sepúlveda Pertence, Dj. 29 jun. 1990. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=346264>>. Acesso em: 08 dez. 2016.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental na Petição nº 2.066-9. Agravante: Sindicato dos empregados em estabelecimentos bancários. Agravada: União. Relator: Min. Carlos Velloso. Dj, 28 fev. 2003. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=369786>>. Acesso em: 02 dez. 2016.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 4. Requerentes: Presidente da República, Mesa do Senado Federal e Mesa da Câmara dos Deputados. Relator: Min. SYDNEY SANCHES, Relator p/ Acórdão: Min. CELSO DE MELLO. Dj, 15 out. 2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADC%24%2ESCLA%2E+E+4%2ENUME%2E%29+OU+%28ADC%2EACMS%2E+ADJ2+4%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/a7n892g>>. Acesso em: 24 nov. 2016.
- BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil**, vol.4: tutela antecipada, tutela cautelar e procedimentos cautelares específicos. 6.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.



CAVALCANTI NETO, Antonio de Moura. A possibilidade de concessão de tutela da evidência contra a Fazenda Pública no Projeto de novo Código de Processo Civil: sobre acreditar ou não no acesso à justiça. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 238, dez. 2014. Disponível em: <<http://revistadoatribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad82d9a00000158de77e18ec4a50ca0&docguid=I8988dbd06aff11e4b823010000000000&hitguid=I8988dbd06aff11e4b823010000000000&spos=1&epos=1&td=609&context=38&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 20 out. 2016.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A Fazenda Pública em Juízo**. 13.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

DIDIER Jr, Fredie; BRAGA, Paulo Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil**, vol.2: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. Salvador: Juspodivm, 2015.

FÓRUM PERMANENTE DE PROCESSUALISTAS CIVIS, Carta de São Paulo, São Paulo, 2016. Disponível em: <<http://portalprocessual.com/wp-content/uploads/2016/05/Carta-de-S%C3%A3o-Paulo.pdf>>. Acesso em: 18 out. 2016.

GAIO JÚNIOR, Antonio Pereira. Apontamentos para a tutela provisória (urgência e evidência) no novo Código de Processo Civil brasileiro. **Revista de processo**, São Paulo, n. 254, abr. 2016. Disponível em: <<http://revistadoatribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad82d9a00000158dea827ed0ba6fe81&docguid=I4a324ae018c611e6a66f010000000000&hitguid=I4a324ae018c611e6a66f010000000000&spos=4&epos=4&td=73&context=111&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 23 out. 2016.

GOMES, Frederico Augusto. Estabilização da tutela antecipada antecedente contra o Poder Público. In: TALAMINI, Eduardo; DIDIER Jr., Fredie (Coord.). **Processo e Administração Pública** (Coleção Repercussões do Novo CPC, v.10). Salvador: Juspodivm, 2016.

LAMY, Eduardo de Avelar; LUIZ, Fernando Vieira. Estabilização da tutela antecipada no Novo Código de Processo Civil. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 260, out. 2016. Disponível em: <<http://revistadoatribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad82d9a00000158dead0761c0517fec&docguid=I4337fe10853611e6b2b4010000000000&hitguid=I4337fe10853611e6b2b4010000000000&spos=1&epos=1&td=226&context=126&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 08 nov. 2016.

LESSA, Guilherme Thofehn. Críticas à estabilização da tutela: a cognição exauriente como garantia de um processo justo. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 259, set. 2016. Disponível em: <  
<http://revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad82d9b00000158ded18f214ea30ae3&docguid=I9c167ce06ffc11e6a6d1010000000000&hitguid=I9c167ce06ffc11e6a6d1010000000000&spos=2&epos=2&td=2&context=84&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>  
 >. Acesso em: 25 out. 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Antecipação da Tutela**. 12.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

\_\_\_\_\_. **Técnica processual e tutela dos direitos**. 4.ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

\_\_\_\_\_; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. v. 2.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 31.ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2014.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 8.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

MITIDIERO, Daniel. Tendências em matéria de tutela sumária: da tutela cautelar à técnica antecipatória. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 197, jul. 2011. Disponível em: <  
<http://revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad82d9b00000158deba1ac1c806150c&docguid=lbc83c830b29111e0a26700008558bdfc&hitguid=lbc83c830b29111e0a26700008558bdfc&spos=4&epos=4&td=970&context=157&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>  
 >. Acesso em: 04 dez. 2016.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do Processo na Constituição Federal**. 11.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

NUNES, Alan Titonelli. As prerrogativas da Fazenda Pública e o Projeto de Lei nº 166/10: Novo Código de Processo Civil. **Fórum Administrativo**, Belo Horizonte, n. 132, fev. 2012. Disponível em: <  
<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=77656>>. Acesso em: 03 set. 2016.

PONTES, Daniel de Oliveira. A tutela de evidência no novo Código de Processo Civil: uma gestão mais justa do tempo na relação processual. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 261, nov. 2016. Disponível em: <  
<http://revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad82d9a00000158dec4c449ecca39e3&docguid=laba048d08f9b11e6862e010000000000>  
 >

&hitguid=laba048d08f9b11e6862e01000000000&spos=2&epos=2&td=3827&context=13&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1  
>. Acesso em: 02 dez. 2016.

REDONDO, Bruno Garcia. Estabilização, modificação e negociação da tutela de urgência antecipada antecedente: principais controvérsias. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 244, jun. 2015. Disponível em: <  
<http://revistadotribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad82d9a00000158dec743820a69b79c&docguid=lb78f4dd0222311e5bdc5010000000000&hitguid=lb78f4dd0222311e5bdc5010000000000&spos=2&epos=2&td=7&context=31&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>  
>. Acesso em: 03 set. 2016.

SILVA, Jaqueline Mielke. **A tutela provisória no novo Código de Processo Civil**. 3.ed. rev. e. atual. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2017.

SILVA, Maiza Ferian Cerveira da. As prerrogativas de prazo para Fazenda Pública, Ministério Público e Defensoria Pública. In: TALAMINI, Eduardo; DIDIER Jr., Fredie (Coord.). **Processo e Administração Pública** (Coleção Repercussões do Novo CPC, v.10). Salvador: Juspodivm, 2016.

SILVA NETO, Francisco de Barros e. Tutela Provisória no novo Código de Processo Civil. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 259, set. 2016. Disponível em: <  
<http://revistadotribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad832f100000158dece3cab80c67358&docguid=I9c3157e06ffc11e6a6d1010000000000&hitguid=I9c3157e06ffc11e6a6d1010000000000&spos=83&epos=83&td=2888&context=73&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>  
>. Acesso em: 20 out. 2016.

VELOSO, Vitor Lanza. Tutela de urgência antecipatória e a Fazenda Pública no Novo Código de Processo Civil. In: TALAMINI, Eduardo; DIDIER Jr., Fredie (Coord.). **Processo e Administração Pública** (Coleção Repercussões do Novo CPC, v.10). Salvador: Juspodivm, 2016.

ZAVASCKI, Teori. **Antecipação da tutela**. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil: cognição jurisdicional** (processo comum de conhecimento e tutela provisória). 16.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. v. 2.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. **Primeiros Comentários ao Novo Código de Processo Civil**: artigo por artigo. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

WATANABE, Kazuo. **Da cognição no Processo Civil**. 3.ed. São Paulo: DPJ, 2005.