



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO CEARÁ**  
**ESCOLA SUPERIOR DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO CEARÁ**  
**ESPECIALIZAÇÃO EM PROCESSO CIVIL E GESTÃO DO PROCESSO**

**ANTÔNIO CARLOS DE MARTINS MELLO FILHO**

**A TUTELA DE URGÊNCIA CONTRA A FAZENDA PÚBLICA**

**FORTALEZA**

**2017**

ANTÔNIO CARLOS DE MARTINS MELLO FILHO

A TUTELA DE URGÊNCIA CONTRA A FAZENDA PÚBLICA

Monografia apresentada ao Curso de Especialização em Processo Civil e Gestão de Processo da Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará.

Orientadora: Profa. Dra. Mércia Cardoso de Souza.

FORTALEZA

2017

ANTÔNIO CARLOS DE MARTINS MELLO FILHO

A TUTELA DE URGÊNCIA CONTRA A FAZENDA PÚBLICA

Monografia apresentada ao Curso de Especialização em Processo Civil e Gestão do Processo da Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará, como requisito parcial para obtenção do título de Especialista em Processo Civil.

Aprovada em \_\_\_\_/\_\_\_\_/\_\_\_\_.

BANCA EXAMINADORA

---

Profª. Dra. Mércia Cardoso de Souza (Orientadora)  
Universidade Federal do Ceará (UFC)

---

Prof. Dr. Flávio José Moreira Gonçalves  
Universidade Federal do Ceará (UFC)

---

Especialista Maria Alice Pinheiro Nogueira  
Universidade de Fortaleza (UNIFOR)

## AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus, pois sem Ele nada seria possível.

À minha esposa e companheira, Ju Bezerra, pelo incondicional amor e dedicação à família, bem como pela paciência durante o período em que tive que me ausentar em razão das aulas da especialização e, também, na elaboração da monografia.

Ao meu filho, Arthur, que nasceu no início do curso, no mês de setembro, e que agora completará dois anos, sendo motivo de felicidade e força para seguir adiante.

Aos meus pais, Antônio Carlos e Regina, e às minhas irmãs, Simone e Mônica, pelo incentivo e o excelente convívio familiar, essenciais para superar os obstáculos da vida.

Aos amigos do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, em especial, aos servidores do Gabinete da Desembargadora Tereze Neumann Duarte Chaves, pelo apoio e aprendizado diário.

À Desembargadora Tereze Neumann Duarte Chaves, por ter acreditado em mim, por me incentivar e ensinar todos os dias.

À minha orientadora, Mércia Cardoso de Souza, sempre educada, atenciosa e disposta a colaborar, o meu muito obrigado.

Aos professores e servidores da Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará - ESMEC, que sempre com zelo e atenção se dedicaram à especialização para que tudo ocorresse da melhor forma possível.

“O processo para ser justo, deve tratar de forma diferenciada os direitos evidentes, não permitindo que o autor espere mais que o necessário para a realização do seu direito.”  
(Luiz Guilherme Marinoni).

## RESUMO

No presente projeto de pesquisa será analisada a Tutela de Urgência contra a Fazenda Pública no Código de Processo Civil de 2015, com ênfase nas mudanças ocorridas com a promulgação do Novo Código. Para alcançar tal objetivo, é realizada inicialmente uma análise dos conceitos de Tutela Jurisdicional, Tutela Antecipada, Processo Cautelar, Tutela Provisória e Fazenda Pública. Em seguida, é desenvolvido o estudo sobre a evolução histórica da antecipação dos efeitos da sentença, desde o Estatuto Processual Civil de 1973, sendo visto os requisitos para o seu deferimento, a diferença entre o Processo Cautelar e a Tutela Antecipada, a fungibilidade entre a Medida Cautelar e a Tutela Antecipada e as vedações à concessão de Tutela Antecipada contra a Fazenda Pública. Tais estudos serão essenciais para entender as mudanças ocorridas no Código de Processo Civil de 2015, com o surgimento da Tutela Provisória, que substituiu a “Tutela Antecipada” e o “Processo Cautelar”. A Tutela Provisória objetiva antecipar os efeitos da decisão final de mérito, de maneira antecedente ou incidente, mediante a presença de determinados requisitos que gravitam em torno da presença da urgência ou da evidência, garantindo, assim, maior efetividade ao processo, porquanto o jurisdicionado, ao ingressar com uma ação judicial, dependendo da natureza da demanda, não pode esperar todo o andamento do processo para obter o provimento judicial. Essa tutela é uma das grandes novidades do Código de Processo Civil de 2015, fundamentando-se em Tutela de Urgência e Tutela de Evidência, podendo ser antecedente ou incidental, cujas espécies serão estudadas no presente trabalho. Por fim, é desenvolvido um estudo sobre as vedações à concessão de Tutela Provisória contra a Fazenda Pública no Código de Processo Civil de 2015, analisando o posicionamento doutrinário e jurisprudencial a respeito do tema, comparando com as previsões existentes à época do Código de Processo Civil de 1973, bem como, nas Leis Extravagantes que regulam a matéria.

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

## ABSTRACT

This paper will analyze the Emergency Guardianship against the Public Treasury in the Code of Civil Procedure of 2015, with emphasis on the changes that occurred with the promulgation of the New Code. To achieve this objective, an analysis of the concepts of Jurisdictional Protection, Early Protection, Precautionary Procedure, Provisional Protection and Public Finance. Then, the study on the historical evolution of the anticipation of the effects of the sentence, since the Civil Procedural Statute of 1973, was developed, being seen the requirements for its deferment, the difference between the Precautionary and Precautionary Procedure, the fungibility between the Precautionary Measure and the Anticipated Guardianship and the prohibitions to the concession of Anticipated Guardianship against the Public Treasury. Such studies will be essential to understand the changes that occurred in the Code of Civil Procedure of 2015, with the appearance of the Provisional Guardianship, which replaced the "Early Protection" and the "Cautelar Process". The Provisional Guardianship intends to anticipate the effects of the final merit decision, in an antecedent or incidental way, through the presence of certain requirements that revolve around the presence of urgency or evidence, thus guaranteeing greater effectiveness to the process, since the jurisdiction, When filing a lawsuit, depending on the nature of the claim, you can not wait for the entire process to be completed in court. This guardianship is one of the great novelties of the Code of Civil Procedure of 2015, based on Tutorship of Urgency and Tutorship of Evidence, which may be antecedent or incidental, whose species will be studied in the present work. Finally, a study on the prohibition of the granting of Provisional Tutorship against the Public Treasury in the Code of Civil Procedure of 2015 is analyzed, analyzing the doctrinal and jurisprudential positioning regarding the subject, comparing with the existing forecasts at the time of the Code of Civil Procedure 1973, as well as in the Extravagant Laws that regulate the matter.

**Keywords:** Civil Process. Emergency care. Temporary custody. Public Farm.

## LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

art.	Artigo
arts.	Artigos
c/c	Combinado com
CPC/15	Código de Processo Civil de 2015
CPC/73	Código de Processo Civil de 1973

## SUMÁRIO

	Introdução .....	10
<b>1</b>	<b>DA TUTELA JURISDICIONAL .....</b>	<b>12</b>
<b>1.1</b>	<b>Da Jurisdição .....</b>	<b>13</b>
<b>1.2</b>	<b>Da origem da tutela antecipada no Código de Processo Civil Brasileiro .....</b>	<b>15</b>
<b>1.3</b>	<b>Da gênese da tutela provisória no Código de Processo Civil Brasileiro .....</b>	<b>18</b>
<b>1.4</b>	<b>Conceito de tutela antecipada, processo cautelar e tutela provisória .....</b>	<b>19</b>
<b>1.5</b>	<b>Natureza jurídica da tutela antecipada .....</b>	<b>21</b>
<b>1.6</b>	<b>Conceito de Fazenda Pública .....</b>	<b>22</b>
<b>2</b>	<b>A TUTELA ANTECIPADA NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1973 .....</b>	<b>24</b>
<b>2.1</b>	<b>Legitimação para o requerimento da tutela antecipada .....</b>	<b>25</b>
<b>2.1.1</b>	<i>Distinções entre a cautelar e a tutela antecipada .....</i>	<i>25</i>
<b>2.1.2</b>	<i>Requisitos para a concessão da tutela antecipada .....</i>	<i>26</i>
<b>2.1.3</b>	<i>Outras hipóteses para a concessão da tutela antecipada .....</i>	<i>27</i>
<b>2.1.4</b>	<i>Fungibilidade entre a tutela cautelar e a antecipada .....</i>	<i>28</i>
<b>2.1.5</b>	<i>Da tutela específica no Código de Processo Civil (1973) .....</i>	<i>29</i>
<b>2.2</b>	<b>Da Tutela Antecipada contra a Fazenda Pública sob a égide do Código de Processo Civil .....</b>	<b>29</b>
<b>2.2.1</b>	<i>Das discussões iniciais acerca da tutela antecipada contra a Fazenda Pública ..</i>	<i>29</i>
<b>2.2.2</b>	<i>Vedações à concessão de tutela antecipada contra a Fazenda Pública .....</i>	<i>30</i>
<b>2.3</b>	<b>A remessa necessária como eventual obstáculo à concessão da tutela antecipada contra a Fazenda Pública .....</b>	<b>30</b>
<b>2.4</b>	<b>A previsão do precatório como eventual obstáculo à concessão da tutela antecipada contra a Fazenda Pública .....</b>	<b>33</b>
<b>2.5</b>	<b>A irreversibilidade da medida como obstáculo à concessão da tutela antecipada contra a Fazenda Pública .....</b>	<b>34</b>
<b>2.6</b>	<b>Ação Declaratória nº 4 do Supremo Tribunal Federal .....</b>	<b>35</b>
<b>2.7</b>	<b>Hipótese de concessão de tutela antecipada na sentença proferida contra o Poder Público .....</b>	<b>37</b>
<b>3</b>	<b>DA TUTELA PROVISÓRIA PREVISTA NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL (2015) .....</b>	<b>38</b>
<b>3.1</b>	<b>Da tutela de urgência .....</b>	<b>38</b>
<b>3.1.1</b>	<i>Da tutela de urgência em caráter antecedente .....</i>	<i>39</i>
<b>3.1.2</b>	<i>Da tutela de urgência cautelar em caráter antecedente .....</i>	<i>42</i>
<b>3.1.3</b>	<i>Da tutela de evidência .....</i>	<i>43</i>

3.1.4	<i>Considerações sobre a importância da tutela provisória no Código de Processo Civil (2015)</i> .....	44
3.2	<b>Da Tutela Antecipada contra a Fazenda Pública sob a égide do Código de Processo Civil 2015</b> .....	45
3.2.1	<i>Da previsão no Código de Processo Civil de 2015 sobre a vedação à concessão de tutela provisória contra a Fazenda Pública</i> .....	45
3.2.2	<i>Críticas sobre a vedação à concessão de tutela antecipada contra a Fazenda Pública no Código de Processo Civil de 2015</i> .....	45
3.3	<b>Comparativo entre o disposto no art. 1.059 do Código de Processo Civil (2015) e as leis extravagantes referentes à concessão de tutela antecipada contra a Fazenda Pública na égide do Código de Processo Civil (1973)</b> .....	47
3.3.1	<i>Análise dos arts. 1º a 4º da Lei nº 8.437, de 30 de julho de 1992, e no art. 7º, parágrafo 2º, da Lei nº 12.016, de 7 de agosto de 2009, previstos no caput do art. 1.059 do Código de Processo Civil (2015)</i> .....	47
3.4	<b>Da concessão da tutela antecipada contra a Fazenda Pública</b> .....	49
3.5	<b>Os meios de impugnação contra a tutela provisória deferida contra a Fazenda Pública</b> .....	50
3.6	<b>Das tutelas específicas contra a Fazenda Pública no Código de Processo Civil (2015)</b> .....	51
3.7	<b>Da remessa necessária como eventual obstáculo ao deferimento de tutela provisória contra a Fazenda Pública no Código de Processo Civil (2015)</b> .....	51
	<b>CONCLUSÃO</b> .....	53
	<b>REFERÊNCIAS</b> .....	55

## INTRODUÇÃO

Com a promulgação, em 16 de março de 2015, do Código de Processo Civil de 2015, por meio da Lei nº 13.105, o direito processual civil sofreu diversas alterações, dentre elas, o surgimento da tutela provisória, prevista nos arts. 294 e seguintes, que substituiu a “tutela antecipada” do art. 273 e do art. 461, § 3º, e o “processo cautelar” dos arts. 796 a 889, todos do Código de Processo Civil de 1973, de 11 de janeiro de 1973.

A tutela provisória visa a garantir a efetividade da decisão, podendo o julgador, uma vez preenchidos os requisitos *fumus boni iuris* e *periculum in mora*, deferir a sua concessão para antecipar os efeitos finais da tutela definitiva, evitando que a demora na tramitação do feito gere prejuízos irreversíveis aos demandantes, proporcionando que a parte usufrua o direito de forma antecipada.

A tutela provisória é gênero e se fundamenta em urgência e evidência, podendo ser antecedente ou incidental. Tanto a tutela provisória como as suas espécies serão estudadas no presente trabalho, com foco na tutela provisória contra a Fazenda Pública, haja vista as alterações advindas com o Novo Código de Processo Civil.

A antecipação dos efeitos da sentença já era prevista no Código de Processo Civil de 1973, contudo o Código de Processo Civil de 2015 trouxe novidades com a mencionada tutela provisória, as quais serão vistas no decorrer do trabalho.

O intuito do legislador ao prever a tutela provisória foi de adequar o Código de Processo Civil à nova realidade, haja vista o surgimento de novas demandas e, conseqüentemente, o aumento do número de ações em tramitação perante o Poder Judiciário, tornando-se necessária a criação de mecanismos para a redução da morosidade dos processos, a fim de dar ao jurisdicionado e aos profissionais do Direito, mais instrumentos de proteção e efetividade na busca da Justiça.

O Novo Código ampliou as hipóteses de antecipação dos efeitos da sentença, contudo permaneceu as restrições à concessão da tutela provisória, quando a parte adversa for a Fazenda Pública.

No presente trabalho monográfico verificar-se-á o conceito de Fazenda Pública e as vedações à concessão de tutela provisória em seu desfavor, desde o Código de Processo Civil de 1973 até os dias atuais, com a promulgação do Novo Código.

Dessa forma, faz-se necessário estudar as alterações advindas com o Novo Estatuto, relacionadas à antecipação dos efeitos da tutela, comparando-a com as previsões do Código de Processo Civil de 1973, mormente quando for requerida contra a Fazenda Pública, haja vista o interesse público e suas prerrogativas, sendo desenvolvido, ainda, o estudo sobre o seu cabimento, hipóteses vedadas em lei, posicionamento doutrinário e jurisprudencial sobre o tema, dentre outros.

Sabe-se que o Poder Público é o maior demandado perante o Poder Judiciário, tendo a seu favor algumas prerrogativas que são inerentes ao interesse público, como o prazo em dobro para contestar e recorrer, bem como a intimação pessoal.

Há doutrinadores que concordam com as vedações à concessão de tutela contra a Fazenda Pública, enquanto outros aplicadores do Direito a criticam. Será que o Novo Código, ao prestigiar a segurança jurídica e a efetividade da justiça, com a previsão da tutela provisória, agiu corretamente ao manter as vedações à concessão da tutela provisória contra a Fazenda Pública?

O trabalho científico será de suma importância para entender o motivo pelo qual o legislador previu a tutela provisória em substituição à tutela antecipada e o processo cautelar, antes previstos no Código de Processo Civil de 1973, bem como em manter as vedações à concessão de tutela contra o Poder Público.

A pesquisa a ser desenvolvida na monografia será feita por meio de livros, artigos jurídicos, monografias, pesquisas jurisprudenciais, com intuito de trazer aos profissionais do Direito, esclarecimentos sobre a tutela provisória e as restrições à sua concessão em desfavor da Fazenda Pública.

## I DA TUTELA JURISDICIONAL

Os conflitos, antigamente, quando ainda não havia regulamentação da atividade judiciária, eram resolvidos por meio da autotutela, isto é, com as próprias mãos, na qual havia a imposição da força em sentido amplo para a solução da lide, podendo ser física, religiosa, econômica, dentre outras, resultando na vontade do vencedor, prevalecendo “a justiça do mais forte sobre o mais fraco” (NEVES, 2016, p. 18).

O Estado não tinha força suficiente para dirimir os conflitos, apenas definia os direitos, deixando aos particulares a missão de defendê-los da forma que eles entendiam mais apropriada, isto é, deixava ao livre arbítrio de cada um.

Essa forma de resolução de conflitos estava longe de ser a mais apropriada, mas era a única à disposição da sociedade, mostrando-se, contudo incapaz de gerar a paz social e resolver os conflitos de forma civilizada.

Nesse sentido, Theodoro Júnior (2016, p. 101) assevera que:

[...] o Estado era fraco e limitava-se a definir os direitos. Competia aos próprios titulares dos direitos reconhecidos pelos órgãos estatais defendê-los e realizá-los com os meios de que dispunham. Eram os tempos da justiça privada ou justiça pelas próprias mãos, que, naturalmente, era imperfeita e incapaz de gerar a paz social desejada para todos.

Por não ser o modelo ideal de solução de conflito, especialmente em um Estado Democrático de Direito, a tutela jurisdicional passou a ser prestada pelo Estado, após o seu fortalecimento, quando provocado por meio de um processo gerado por uma lesão ou ameaça de lesão a algum direito material, cabendo a ele dar em um prazo razoável uma solução aos demandantes sobre o direito discutido.

Nesse modelo de tutela jurisdicional é assegurado às partes o devido processo legal, bem como a ampla defesa e o contraditório e, principalmente, a igualdade de condições com a “paridade de armas” (CUNHA, 2016, p. 28).

A justiça privada foi sendo substituída pela justiça pública, e com o passar do tempo, o cidadão passou a confiar nos órgãos judiciários para a solução de suas lides, com a aplicação das normas jurídicas então vigentes, não prevalecendo mais o direito do mais forte sobre o direito do mais fraco, como acontecia na autotutela, mas sim a justiça no caso concreto, de acordo com as questões de fato e de direito trazidas aos autos.

## 1.1 Da Jurisdição

Com o desenvolvimento dos órgãos judiciários, o Estado passou então a exercer o monopólio dessa função estatal, que é denominada de jurisdição, cujo significado vem do latim *jurisdictio*, que, no Vocabulário Jurídico Conciso, de Silva (2008, p. 453-454), seria a ação de administrar a justiça, judicatura,

[...] formado, como se vê, das expressões *jus dicere*, *juris dictio*, é usado precisamente para designar as atribuições especiais conferidas aos magistrados, encarregados de administrar a justiça. Assim, em sentido eminentemente jurídico ou propriamente forense, exprime a extensão e limite do poder de julgar de um juiz.

De acordo com Theodoro Júnior (2016, p. 104)

[...] para desempenho da prestação jurisdicional de justiça, estabeleceu-se a jurisdição, como uma das funções do Estado, mediante a qual se substitui aos titulares dos interesses em conflito para, imparcialmente, buscar a pacificação do conflito que os envolve, como justiça.

Verifica-se que o Estado, na pessoa do magistrado (Estado-juiz), de forma imparcial, passou a ser o responsável para dar uma solução ao litígio, toda vez que era provocado em razão do surgimento de um conflito de interesse e uma resistência ao direito de outrem por uma das partes, sendo este o objetivo da jurisdição.

Para Didier Junior (2015, p. 153)

A jurisdição é a função atribuída a terceiro imparcial (a) de realizar o Direito de modo imperativo (b) e criativo (reconstrutivo) (c), reconhecendo/efetivando/protégendo situações jurídicas (d) concretamente reduzidas (e), em decisão insuscetível de controle externo (f) e com aptidão para tornar-se indiscutível (g).

Sobre a jurisdição há duas teorias, quais sejam, a unitária e a dualista. Na unitária cabe ao Estado-juiz, por meio do exercício da função jurisdicional, criar o direito subjetivo antes inexistente. Na dualista, o Estado não cria direitos subjetivos quando exerce a função jurisdicional, limitando-se ao reconhecimento de direitos preexistentes, razão pela qual essa teoria é conhecida também por teoria declaratória, sendo esta última a que predomina na doutrina (CÂMARA, 2012, p. 80).

A jurisdição é uma atividade “secundária”, pois o Estado pacifica o conflito que deveria ser solucionado pelas próprias partes; “instrumental”, em razão de ter como objetivo a

imposição das regras do direito; “declarativa ou executiva” ao declarar quem teria o direito no caso concreto; “desinteressada” e “provocada”, por ser imparcial e exercer a atividade jurisdicional mediante a provocação de uma das partes (THEODORO JÚNIOR, 2016, p. 108-109).

O Estado-juiz passou então a resolver as demandas ofertadas por meio de uma decisão judicial. Posteriormente, foi visto que não bastava conferir uma sentença ao cidadão, no sentido de dar uma resposta ao problema jurídico trazido, mas, também, precisava que essa resposta fosse tempestiva e efetiva.

Em razão disso, houve alterações na lei processual civil, com a promulgação do Código de Processo Civil de 2015, a fim de adequar a lei a essa realidade, especialmente, na parte que trata da antecipação dos efeitos da tutela.

Sobre o assunto, MARINONI e ARENHAT (2006, p. 32) afirmam que:

O direito de acesso à justiça, atualmente, é reconhecido como aquele que deve garantir a tutela efetiva de todos os demais direitos. A importância que se dá ao direito de acesso à justiça decorre do fato de que a ausência de tutela jurisdicional efetiva implica a transformação dos direitos garantidos constitucionalmente em meras declarações políticas, de conteúdo e função mistificadores. Por essas razões, a doutrina moderna abandonou a ideia de que o direito de acesso à justiça, ou o direito de ação, significa apenas direito à sentença de mérito. Esse modo de ver o processo, se um dia foi importante para a concepção de um direito de ação independente do direito material, não se coaduna com as novas preocupações que estão nos estudos dos processualistas ligados ao tema da ‘efetividade do processo’, que traz em si a superação da ilusão de que este poderia ser estudado de maneira neutra e distante da realidade social e do direito material.

Apesar de o Estado ser o responsável em dar ao jurisdicionado a resposta sobre a demanda apresentada, a autotutela se aplica atualmente de forma excepcional, possibilitando, todavia, a sua revisão pelo Poder Judiciário, como por exemplo, na legítima defesa (art. 188, inciso I, do Código Civil); apreensão do bem com penhor legal (art. 1.467, inciso I, do Código Civil) e desforço imediato no esbulho (art. 1.210, § 1º, do Código Civil).

Enfatizando a matéria discutida, Neves (2016, p. 75) assevera que:

A justificativa é de que o Estado não é onipresente, sendo impossível estar em todo lugar e a todo momento para solucionar violações ou ameaças ao direito objetivo, de forma que em algumas situações excepcionais é mais interessante ao sistema jurídico, diante da ausência do Estado naquele momento, a solução pelo exercício da força de um dos envolvidos no conflito.

Salienta-se que a tutela jurisdicional será de conhecimento (meramente declaratória, constitutiva e condenatória), executiva e cautelar, sendo dividida ainda em duas

espécies: tutela preventiva e tutela reparatória.

Será preventiva quando estiver voltada para o futuro visando a impedir a prática de ato ilícito; e reparatória voltada para aquilo que já ocorreu, na busca de reparar o prejudicado, considerando ter havido ato contrário ao direito, bem como o dano (NEVES, 2016, p. 128-130).

Ressalte-se que, além dos processos judiciais tradicionais, há outras formas alternativas de solução de conflitos, como por exemplo, a conciliação, a mediação, a negociação e a arbitragem, as quais poderão dar maior celeridade e tratamento adequado às demandas, contribuindo, assim, para o avanço da justiça.

Essas formas de solução de conflitos possibilitam ao jurisdicionado a chamada *multi-door courthouse*, que é o sistema de múltiplas portas, para que o cidadão possa resolver perante o Poder Judiciário as suas demandas da maneira mais apropriada e célere (MOURA, 2016, p. 22).

Destarte, com intuito de garantir maior celeridade e efetividade na Justiça, o Código de Processo Civil de 2015, no art. 3º, § 3º, prevê que a conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juizes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.

## **1.2 Da origem da tutela antecipada no Código de Processo Civil Brasileiro**

O Código de Processo Civil de 1973 foi estruturado para que cada tutela jurisdicional fosse prestada num processo específico. No processo de conhecimento se discutia a questão de fato e de direito, enquanto que na fase de execução se buscava a satisfação do direito, e para assegurar as questões consideradas urgentes havia o processo cautelar.

As ações cautelares eram propostas para resguardar um direito antes da prolação da sentença de mérito, podendo ser antecedentes ou incidentais. As cautelares antecedentes eram aquelas propostas antes do processo principal, enquanto que as incidentais eram apresentadas durante o curso da ação com o surgimento de alguma questão que ensejaria a interferência do Poder Judiciário.

Caso o autor optasse pela ação cautelar antecedente, para que a medida liminar continuasse surtindo efeito após o seu deferimento, ele teria que ingressar com a ação principal no prazo de 30 (trinta) dias, contada da sua efetivação, sendo cessada se não fosse executada dentro do prazo assinalado ou se o Juiz declarasse extinto o processo principal.

Antes de 2004, a tutela de urgência satisfativa era muito restrita, a qual, conforme Neves (2016, p. 633), dividia-se em duas espécies: (i) tutela cautelar, ampla e genérica, com o objetivo de assegurar o resultado útil do processo; (ii) liminares, restrita a algumas espécies de procedimento, com o objetivo de satisfazer o direito da parte.

Diante da ausência de uma tutela capaz de atender ao anseio da sociedade, os advogados passaram então a utilizar a chamada tutela cautelar de forma ampla, com o objetivo de se obter uma satisfação fática, e não uma mera garantia, tendo os julgadores, à época, concedido esse tipo de tutela, mesmo não havendo previsão legal.

A tutela satisfativa era distorcida para garantir a celeridade processual e a efetividade dos direitos, viabilizando, assim, a prestação jurisdicional antecipatória que somente poderia ser concedida ao final.

Sobre o legalismo, Maia Filho (2016, p. 79) preconiza que:

A proeminência da lei e, assim, em última análise, a hegemonia do legislador sobre o aplicador judicial do Direito, como já aludido, justificava-se (e se justifica ainda) na necessidade de se evitar que o quadro normativo seja descaracterizado ou destruído pela pluralidade de interpretações desuniformes; essa preocupação com a certeza e a segurança jurídicas levou cedo o preceito da legalidade a desbordar para o legalismo, de resto estéril e nefasto, por excluir aprioristicamente as adequações das prescrições das normas escritas às situações ou contextos objetivos e concretos, o que sempre lhes dá originalidade.

Em 1994, com as alterações do Código de Processo Civil de 1973, houve previsão, em seu art. 273, da chamada tutela antecipada, que poderia ser concedida desde que houvesse verossimilhança nas alegações, prova inequívoca e risco de grave lesão e de difícil reparação ou se verificasse ser abusiva ou protelatória a defesa do réu; permitindo, destarte, o desenvolvimento das “tutelas cautelares satisfativas”, afastando as “cautelares satisfativas” (NEVES, 2016, p. 634).

Muitos julgadores, ao se depararem com tutelas satisfativas requeridas nas ações cautelares, já na vigência do art. 273 do Código de Processo Civil de 1973, indeferiam os

pedidos liminares sob o argumento de que essas tutelas teriam que ser requeridas nas ações ordinárias, por ser o meio processual adequado, e não em sede de cautelar. Veja-se:

MEDIDA CAUTELAR INOMINADA - CUNHO SATISFATIVO - IMPOSSIBILIDADE - PROCESSO EXTINTO, SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA – 1. A Ação Cautelar tem cunho meramente instrumental tendente a garantir a utilidade prática do processo principal. 2. Consequentemente, é vedado conceder a título de medida cautelar de providência satisfativa que esgote o objeto da ação (TJ-MG – AC nº 10433130330684001 MG, Relator Des. Mota e Silva, 18ª Câmara Cível, Data de Julgamento: 11/03/2014, Data de Publicação: 14/03/2014).

Ressalte-se que as medidas cautelares satisfativas não desapareceram totalmente, haja vista que o Código de Processo Civil de 1973 previa a possibilidade de sua concessão em determinadas hipóteses, como por exemplo, no que concerne aos alimentos provisionais.

Acerca da matéria, Marinoni e Arenhart (2006, p. 204) lecionam que:

A distinção entre a tutela antecipatória e a tutela cautelar é evidente. Cabe advertir que a tutela antecipatória foi introduzida no Código de Processo Civil justamente pela razão de que a doutrina e a jurisprudência anteriores ao ano de 1994 não admitiam que o autor pudesse obter a satisfação de seu direito mediante a ação cautelar, que nessa perspectiva seria usada como técnica de antecipação da tutela que deveria ser prestada pelo processo de conhecimento ou pelo processo de execução. Melhor explicando: como a prática forense evidenciou a necessidade de uma tutela mais célere, e assim da ‘antecipação’ – segundo a jurisprudência – não podia ser obtida por meio da ação cautelar, o legislador corrigiu o Código de processo Civil para viabilizar tutela tempestiva e efetiva nos casos de ‘fundado receio de dano’ e de ‘abuso de direito de defesa’, nele inserindo o art. 273.

Verifica-se que no ano de 1994 foi ampliada a possibilidade de concessão da tutela antecipada, que antes era concedida no processo de conhecimento, podendo, com as alterações do Código de Processo Civil de 1973, também ser concedida quando se pleiteasse providência de natureza cautelar, sempre que houvesse o preenchimento dos requisitos previstos em lei. No tocante a essa questão, Cunha (2016, p. 285-286) afirma que:

A tutela antecipada é técnica processual aplicada em qualquer processo, inclusive no cautelar. Quando se concede uma liminar no processo cautelar, está-se a deferir uma antecipação de tutela cautelar. Os efeitos da medida cautelar, que somente seriam produzidos com a prolação da sentença de procedência, são antecipados, pois não é possível aguardar sua prolação, mesmo sendo bastante abreviado o procedimento. Não se deve confundir a tutela cautelar com a tutela antecipada: aquela apenas assegura a possibilidade de fruição eventual e futura do direito acautelado, enquanto esta última possibilita a imediata realização do direito. A cautelar não é satisfativa.

Em 2002, a tutela antecipada sofreu alterações, surgindo à tutela antecipada

específica destinada ao cumprimento de obrigação de fazer, não fazer e de entregar coisa (arts. 461 e 461-A), sendo necessária para a sua concessão à coexistência da relevância do argumento e do justificado receio de ineficácia do provimento final, que para alguns se equiparam ao *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*.

O art. 461 do Código de Processo Civil de 1973 deu suporte ainda à concessão de tutela inibitória para proibir a prática de um ilícito, não sendo necessária a demonstração, nem a comprovação de dano, culpa ou dolo, mas somente a prática de um ilícito.

O Código de Processo Civil de 1973 também previu no parágrafo 6º, do art. 27, a concessão de tutela antecipada quando um ou mais dos pedidos cumulados ou parcela deles, mostrar-se incontroverso.

Ou seja, se o autor pleiteia o fornecimento de medicamento e a internação médica e a parte adversa concorda somente com o fornecimento de medicamento, não há motivo para aguardar até o fim do processo para entregar àquele a parte incontroversa do pedido.

### **1.3 Da gênese da tutela provisória no Código de Processo Civil Brasileiro**

Em 16 de março de 2015, foi promulgada a Lei nº 13.105, que trata do Novo Código de Processo Civil, que trouxe mudanças significativas no estatuto anterior, especialmente, na parte que dispõe sobre a antecipação dos efeitos da tutela, havendo a mudança de nomenclatura de “tutela antecipada” e do “processo cautelar” para “tutela provisória”, com alterações de suas espécies, requisitos, dentre outros, que precisa primeiro ser estudada para depois verificar sua aplicação quando a parte demandada for a Fazenda Pública, sendo alterado não apenas o nome do instituto, mas também os itens são mencionados.

A reforma da lei processual civil se deve à necessidade de ela ser ordenada, disciplinada e interpretada com observância do modelo constitucional, conforme os seus valores e as normas fundamentais estabelecidas na Carta Magna, de acordo com o art. 1º do Estatuto Processual Civil de 2015 (BUENO, 2017, p. 95).

Ademais, o Código de Processo Civil de 1973 passou por uma série de reformas, com intuito de acelerar a prestação jurisdicional, “tornando-a mais econômica, mais desburocratizada, mais flexível e mais efetiva no alcance de resultados práticos para os jurisdicionados” (THEODORO JÚNIOR, 2016, p. 22).

Além das emendas realizadas no Estatuto Processual de 1973, a jurisprudência dos Tribunais e os estudos doutrinários avançaram, surgindo, assim, a necessidade de elaboração de um novo código que fosse capaz de atender aos anseios da sociedade, atualizados às novas demandas do mundo moderno e ao entendimento já aplicado pelos Tribunais Superiores.

No que tange à tutela provisória, o Código de Processo Civil de 2015 visou a assegurar o resultado útil do processo, garantindo a sua concessão quando houver a urgência ou a evidência do direito invocado, após a análise do preenchimento dos requisitos previstos em lei.

#### **1.4 Conceito de tutela antecipada, processo cautelar e tutela provisória**

A tutela antecipada prevista no art. 273 do Código de Processo Civil de 1973, sendo uma inovação trazida pela reforma processual de 1994, veio permitir ao magistrado o deferimento da antecipação dos efeitos da tutela, isto é, a entrega do bem da vida pretendido, mesmo de forma satisfativa, mediante o preenchimento dos seguintes requisitos: prova inequívoca, verossimilhança das alegações e fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou caso caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu, previstos nos parágrafos 1º e 2º do mencionado dispositivo.

Já o procedimento cautelar, disposto nos arts. 796 a 889, todos do Estatuto Processual Civil de 1973, poderia ser instaurado antes ou no curso do processo principal, sendo sempre dependente deste, no qual o julgador, verificando a necessidade de medidas provisórias, e havendo fundado receio de que uma parte, antes do julgamento de mérito, causasse ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação, deferiria medida cautelar para resguardar o direito pleiteado, desde que o pedido não fosse satisfativo.

Verifica-se, portanto, que a tutela provisória prevista nos arts. 294 e seguintes, do Código de Processo Civil de 2015, substituiu a “tutela antecipada” do art. 273 e do art. 461, parágrafo 3º, e o “processo cautelar” dos arts. 796 a 889, todos do Estatuto Processual Civil de 1973.

A tutela provisória é um mecanismo processual que visa garantir a efetividade da decisão, antecipando os efeitos finais da tutela definitiva, evitando que a demora na tramitação do feito gere prejuízos irreversíveis aos demandantes, proporcionando que a parte

usufrua o direito de forma antecipada diante do preenchimento dos requisitos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*. Para Didier Junior, Braga e Oliveira (2015, p. 562)

A tutela definitiva satisfativa é aquela que visa certificar e/ou efetivar o direito material. Predispõe-se à satisfação de um direito material com a entrega do bem da vida almejado. É a chamada tutela-padrão.

A tutela cautelar é meio de preservação de outro direito, o direito acautelado, objeto da tutela satisfativa. A tutela cautelar é, necessariamente, uma tutela que se refere a outro direito, distinto do direito à própria cautela. Há o direito à cautela e o direito que se acautela. O direito à cautela é o direito à tutela cautelar; o direito que se acautela, ou direito acautelado, é direito sobre que recai a tutela cautelar. Essa referibilidade é essencial.

Sobre o conceito de tutela provisória Bueno (2017, p. 257) aduz que:

É correto entender a tutela provisória, tal qual disciplinada pelo CPC de 2015, como o conjunto de técnicas que permite ao magistrado, na presença de determinados pressupostos, que gravitam em torno da presença da “urgência” ou da “evidência”, prestar tutela jurisdicional, antecedente ou incidentalmente, com base em decisão instável (por isso, provisória) apta a assegurar e/ou satisfazer, desde logo, a pretensão do autor, até mesmo de maneira liminar, isto é, sem prévia oitiva do réu.

A tutela provisória é gênero e se fundamenta em urgência e evidência, podendo ser antecedente ou incidental, a fim de garantir uma prestação jurisdicional eficaz, ao possibilitar a antecipação dos efeitos da sentença de mérito, caso haja a presença dos requisitos.

Consoante Theodoro Júnior (2016, p. 487)

A tutela de urgência está precipuamente voltada a afastar o *periculum in mora*, serve, portanto, para evitar um prejuízo grave ou irreparável enquanto dura o processo (agravamento do dano ou a frustração integral da provável decisão favorável), ao passo que a tutela de evidência baseia-se exclusivamente no alto grau de probabilidade do direito invocado, concedendo-, desde já, aquilo que muito provavelmente virá ao final.

A tutela poderá ser definitiva ou provisória. Será definitiva quanto houver uma cognição exauriente do processo, de acordo com o devido processo legal, à ampla defesa e o contraditório, possibilitando às partes a produzir as provas que entenderem necessárias, podendo ser satisfativa ou cautelar.

Dessa forma, observa-se que a intenção do legislador foi de simplificar e unificar as tutelas antecipadas, concentrando-as na chamada “tutela provisória”, conferindo ao jurisdicionado, para evitar um dano irreparável e de difícil reparação, um mecanismo processual ainda mais amplo e eficaz para a antecipação dos efeitos da sentença, exigindo-se

para o seu deferimento o preenchimento dos requisitos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*.

### 1.5 Natureza Jurídica da tutela provisória

Sabe-se que muitas demandas não podem aguardar todo o seu trâmite para então ser entregue o direito a parte que o pleiteia, uma vez que poderá haver a preclusão ou mesmo a irreversibilidade da medida, sendo necessária, em determinadas hipóteses, mediante a presença do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, a antecipação dos efeitos da tutela para que seja assegurada a parte discutir a questão em Juízo, sem que haja prejuízo.

A tutela provisória está disciplinada no Livro V do Código de Processo Civil de 2015 nos arts. 294 a 311, sendo um instrumento processual que garante a antecipação dos efeitos da tutela definitiva, mediante cognição sumária e verificação das condições previstas em lei, tendo ela um tempo de duração predeterminado, por isso se denomina “provisória”.

De acordo com a previsão do art. 296, *caput*, do Código de Processo Civil de 2015, a tutela provisória conserva sua eficácia na pendência do processo, mas pode, a qualquer tempo, ser revogada ou modificada.

A tutela provisória também poderá, excepcionalmente, ser concedida na sentença, após cognição exauriente, tendo os seus efeitos suspensos nos casos previstos no art. 1.059 do Código de Processo Civil de 2015.

O Código de Processo Civil de 2015 prevê, ainda, a possibilidade de concessão da tutela provisória de urgência cautelar ou satisfativa, podendo ser concedida, em caráter antecedente ou incidental, a qual poderá ser de urgência ou de evidência.

Para Cunha (2016, p. 298)

O CPC adotou a expressão tutela provisória no lugar da tutela antecipada, utilizando o termo tutela antecipada como espécie do gênero tutela provisória. A tutela antecipada é uma tutela provisória, caracterizada por ser satisfativa de urgência. Por exclusão, se os textos normativos fossem lidos literalmente, a tutela de evidência não seria uma tutela antecipada e a tutela cautelar não poderia ser, propriamente, prestada por tutela antecipada.

Portanto, a tutela provisória é o mecanismo pelo qual o magistrado poderá antecipar os efeitos da sentença, como já acontecia na chamada tutela antecipada, contudo

garantiu as partes uma maior proteção jurisdicional, ao possibilitar a sua concessão não apenas quando houver a urgência, mas também a evidência do direito invocado, que independe da demonstração de perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo, basta que as afirmações do requerente, diante do contexto e das provas carreadas aos autos, seja mais robusta do que da parte contrária.

## 1.6 Conceito de Fazenda Pública

Quando se fala em Fazenda Pública se associa logo a figura do Estado, sendo a área da Administração Pública que trata da gestão das finanças, bem como da fixação e implementação de políticas econômicas, estando, assim, associada com o termo Erário.

A Fazenda Pública, sob o ponto de vista processual, que é o que interessa no presente trabalho, passou a ter um sentido *lato*, referindo-se ao Poder Público em Juízo, com prerrogativas que a diferencia dos demais, como por exemplo, o prazo em dobro para todas as suas manifestações processuais, cuja contagem terá início a partir da intimação pessoal, conforme disposto no art. 183 do Código de Processo Civil de 2015.

O termo Fazenda Pública abrange as pessoas jurídicas de direito público, que figurem nas ações judiciais, mesmo que a discussão não envolva matéria fiscal ou financeira, referindo-se a União, aos Estados, ao Distrito Federal e às suas respectivas autarquias e fundações, as associações públicas e as agências, tendo esta última natureza jurídica de autarquias especiais.

Leite (2003, p. 170) esclarece que

Fazenda Pública não é pessoa jurídica, de modo que, encontrando-se tal referência no processo, deverá ela ser interpretada como indicativa de que a parte é a União, o Estado, o Município, (administração direta) ou entidade autárquica ou fundacional (administração indireta), enfim, a pessoa jurídica de Direito Público a que se referir a Fazenda.

A Empresa Brasileira de Correio e Telégrafo - EBCT, embora constituída como empresa pública, prevalece o entendimento jurisprudencial que atribui a ela o regime jurídico processual, por ser relevante o fato de ser voltada à prestação de serviço público.

Ressalte-se que as empresas públicas e as sociedades de economia mista são pessoas jurídicas de direito privado, que exercem atividade econômica, razões pelas quais não

usufruem das prerrogativas processuais dos entes mencionados anteriormente.

A respeito do tema, Barros (2014, p. 28) assevera que:

Fazenda Pública é a expressão utilizada pela legislação para designar a presença em juízo de pessoa jurídica de direito público interno. Seu tratamento processual é distinto, pois goza de prerrogativas processuais, bem como há institutos processuais e procedimentos afetos apenas a si. Enfim, seu regime jurídico processual é próprio – este é o objeto de estudo do direito processual público.

O conceito de Fazenda Pública é importante para que se saiba quais as pessoas jurídicas de direito público gozam de prerrogativas atinentes à concessão da tutela provisória, porquanto no decorrer do trabalho estudar-se-á sobre as tutelas provisórias contra a Fazenda Pública, as suas peculiaridades e vedações, sob a égide do Código de Processo Civil de 2015.

## 2 A TUTELA ANTECIPADA NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1973

A partir da segunda metade do século XX a sociedade passou por uma série de mudanças, surgindo novos conflitos e direitos, sendo que o Poder Judiciário não conseguiu acompanhar esse avanço no sentido de dar uma resposta rápida ao jurisdicionado, seja pela falta de estrutura adequada como também pelo volume de meios de impugnação à disposição do jurisdicionado, surgindo a necessidade da criação de um mecanismo processual capaz de garantir a antecipação dos efeitos da sentença, para que a parte não precisasse aguardar até o julgamento final de mérito para obter o seu direito (MEDINA, 2016, p. 71-81).

A tutela jurisdicional efetiva é uma preocupação não apenas no Brasil, mas também de outros países, conforme se constata na Convenção Americana de Direitos Humanos (1969) - Pacto de São José da Costa Rica, o qual foi assinado e ratificado pelo Brasil, que assegura que toda pessoa tem direito a um processo com garantias, desenvolvido dentro de um prazo razoável.

Havia uma preocupação no Estatuto Processual Civil de 1973 em garantir uma prestação jurisdicional mais efetiva, que proporcionasse ao jurisdicionado mecanismos para que o direito pleiteado fosse analisado e entregue o mais rápido possível.

Dentre as inovações trazidas pelo referido Código, Theodoro Júnior (2016, p. 22) destaca as seguintes:

[...] a tutela antecipada, a nova roupagem do agravo de instrumento, o reforço da executividade das obrigações de fazer e não fazer, a outorga de autoexecutibilidade a todas as sentenças condenatórias (inclusive as relativas à obrigação de quantia certa), a ampliação dos títulos executivos, a racionalização do procedimento sumário, a criação da ação monitória etc.

Após o ciclo de reformas processuais de 1994, e no âmbito coletivo, com o advento do Código de Defesa do Consumidor, foi editada a Lei nº 8.952, de 13 de dezembro de 1994, que deu nova redação ao art. 273 criando a chamada "antecipação de tutela" ou "tutela antecipada".

O Código de Processo Civil de 1973 previa em seu art. 798, a possibilidade de deferimento de medidas cautelares antes ou no curso do processo, e até mesmo o deferimento de ofício de tais medidas, caso o julgador vislumbrasse o fundado receio de lesão grave e de difícil reparação.

Com o surgimento da "tutela antecipada" tornou-se possível ao magistrado garantir ao jurisdicionado, de forma preventiva, o deferimento de medida capaz de preservar o seu direito até a prolação da sentença, sem a necessidade do ajuizamento de ação cautelar prevista no art. 798 do Código de Processo Civil de 1973 (ARAÚJO; MELLO, 2017, p. 268).

## **2.1. Legitimação para o requerimento da tutela antecipada**

Quanto à legitimação para o requerimento da tutela antecipada, o art. 273 destacava em "requerimento da parte", sendo mais comum o autor na petição inicial requerer tal medida antecipatória a fim de garantir a efetividade de seu direito ao final com o julgamento de mérito.

Contudo, entendia-se que seria possível o réu pleitear a antecipação dos efeitos da tutela, nas situações em que assume a função de demandante, como por exemplo, na reconvenção (VIANA, 2003, p. 99).

### ***2.1.1 Distinções entre a cautelar e a tutela antecipada***

Uma das diferenças entre "antecipação de tutela" e "tutela cautelar" no Código de Processo Civil de 1973 era a possibilidade de ser concedida a primeira de forma satisfativa, o que não era possível nas ações cautelares.

Na antecipação de tutela era vedada a sua concessão de ofício, pois o art. 273 do Código de Processo Civil de 1973 previa "a requerimento da parte", sendo possível, todavia, na tutela cautelar em razão do poder geral de cautela do julgador (NERY JÚNIOR; NERY, 2014, p. 653).

No tocante à concessão de ofício da tutela antecipada havia divergência, tendo Neves (2016, p. 827) se posicionado pela admissão de sua concessão de ofício.

Outra diferença são os requisitos para as suas concessões, sendo na "tutela cautelar" a fumaça do bom direito e o fundado receio de lesão grave e de difícil reparação (*periculum in mora*), enquanto que na "tutela antecipada" são a prova inequívoca, a verossimilhança das alegações e o fundado receio de lesão grave e de difícil reparação (*periculum in mora*).

Um exemplo típico da cautelar no Estatuto anterior era o sequestro no qual a parte pleiteava a apreensão do bem até que fosse discutida a sua propriedade, garantindo, assim, a sua preservação em caso de sentença favorável.

Já na tutela antecipada o próprio bem da vida que se requer na sentença era adiantado de forma provisória, por exemplo, a concessão de tutela para o fornecimento de medicamento (ANDRADE, 1997, p. 165).

### 2.1.2 Requisitos para a concessão da tutela antecipada

O art. 273 *caput* e inciso I do Código de Processo Civil de 1973 estabelecia os requisitos para a concessão da tutela antecipada: a prova inequívoca, a verossimilhança das alegações e o fundado receio de lesão grave e de difícil reparação (*periculum in mora*).

Conforme os doutrinadores Marinoni e Arenhart (2006, p. 215),

A denominada 'prova inequívoca', capaz de convencer o juiz da 'verossimilhança da alegação', somente pode ser entendida como a 'prova suficiente' para o surgimento do verossímil, entendido como o não suficiente para a declaração da existência ou da inexistência do direito.

No tocante ao conceito de prova inequívoca, Donizetti (2008, p. 221) assevera que:

[...] por prova inequívoca entende-se a prova suficiente para levar o juiz a acreditar que a parte é titular do direito material disputado. Trata-se de um juízo provisório. Basta que, no momento da análise do pedido de antecipação, todos os elementos convisíveis no sentido aparentar a probabilidade das alegações.

No dicionário jurídico de Luz (2014, p. 386), a verossimilhança das alegações é “a qualidade ou caráter de verossímil. Semelhante a verdade; que parece verdadeiro; bastante provável.”

Para Paim (2012, p. 119), “[...] a prova inequívoca necessária para a concessão da tutela antecipada seria mais robusta que a simples aparência do bom direito, requerido para a concessão da medida cautelar.”

Já o fundado receio de lesão grave e de difícil reparação (*periculum in mora*) era o perigo na demora, caso a tutela não fosse concedida a tempo, não sendo recomendado que o pedido aguardasse a sentença de mérito, sob pena de perecer o direito invocado. O julgador

vislumbrando esse perigo, bem como a prova inequívoca e a verossimilhança das alegações, deveria conceder a tutela antecipada.

### ***2.1.3 Outras hipóteses para a concessão da tutela antecipada***

O inciso II do art. 273 do Código de Processo Civil de 1973 dispunha acerca da concessão da tutela antecipada, caso ficasse caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu.

Essa segunda hipótese de concessão de tutela antecipada não era exigível em conjunto com a primeira, na qual o julgador deveria verificar, no caso concreto, se teria ocorrido o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu, o que poderia ser demonstrado por meio de documentos e demais provas admitidas em direito.

O parágrafo 2º do art. 273 previa que não se concederia a antecipação da tutela quando houvesse perigo de irreversibilidade do provimento antecipado. Nesse caso, a irreversibilidade a que se referia o mencionado parágrafo, dizia respeito aos efeitos da decisão, e não à medida, pois esta era sempre provisória e reversível.

Ressalte-se que o parágrafo 4º do art. 273 do Código de Processo Civil de 1973 previa que a *“tutela antecipada poderá ser revogada ou modificada a qualquer tempo, em decisão fundamentada”*.

O perigo da irreversibilidade deveria ser analisado pelo magistrado no caso concreto, sopesando os valores e os bens em conflito, decidindo de acordo com a razoabilidade e a proporcionalidade.

Caso a irreversibilidade pudesse ser convertida em perdas e danos, esta não era oponível ao seu deferimento. No entanto, quando houvesse hipótese em que a situação sequer poderia ser convertida em perdas e danos, deveria ser vedada de acordo com o mencionado parágrafo 2º do art. 273 (NERY JÚNIOR; NERY, 2014, p. 658-659).

O parágrafo 6º do art. 273 do Código de Processo Civil de 1973 previa que a tutela poderia ser concedida quando um ou mais pedidos cumulados, ou parcela deles, mostrar-se incontroverso.

O promovido poderia não contestar parte do pedido do promovente contido em sua exordial e, assim, o este pleitearia a antecipação dos efeitos da tutela, ou poderia alegar na

réplica a revelia quanto a essa questão e requerer a procedência do pedido e o julgamento antecipado da lide, com base no art. 330, do Código de Processo Civil de 1973.

#### **2.1.4 Fungibilidade entre a tutela cautelar e a tutela antecipada**

O parágrafo 7º do art. 273 do Código de Processo Civil de 1973 dispõe que:

[...] se o autor, a título de antecipação de tutela, requerer providência de natureza cautelar, poderá o juiz, quando presentes os respectivos pressupostos, deferir a medida cautelar em caráter incidental do processo ajuizado.

Esse parágrafo foi acrescentado ao Estatuto Processual Civil, por meio da Lei nº 10.444, de 7 de maio de 2002, possibilitando a fungibilidade entre a tutela antecipada e a medida cautelar.

Caso o promovente pleiteasse medida cautelar incidental e o julgador verificasse que fosse o caso de antecipação de tutela poderia intimar a parte para que adaptasse o seu pedido, para que demonstrasse os requisitos autorizadores da medida adequada, podendo ser negada se não fosse atendida a determinação judicial.

Na hipótese de a parte ter requerido a antecipação da tutela, e fosse o caso de medida cautelar, poderia o julgador também aplicar o princípio da fungibilidade, e estando preenchidos os requisitos necessários, concedia a liminar requerida.

Com essa alteração processual, verifica-se a evolução do legislador e a sua intenção de se afastar das formalidades, possibilitando que a parte obtenha uma prestação jurisdicional célere e eficaz, com uma maior economia processual, independentemente se o jurisdicionado requereu tutela antecipada ou medida cautelar, adaptando as demandas às necessidades das partes.

Em sua obra “Estudos Sobre o Processo Cautelar”, Guerra (1995, p. 98) se utiliza da expressão *tutela cautelar antecipatória*, para se referir a liminar que pode ser obtida em sede do próprio processo principal, sem a necessidade do ajuizamento de um processo autônomo cautelar.

Dinamarco assevera que (2003, p. 60):

É verdadeiramente correta, útil e oportuna a inovação trazida pela segunda Reforma, ditando a fungibilidade entre medidas cautelares e antecipatórias. É correta no plano

conceitual, porque não há razão para distinguir tão rigidamente umas de outras. É útil na prática, porque permite superar erros ou divergências quanto à correta qualificação de uma demanda ou de uma medida em uma dessas categorias, ou na outra, o que vem sendo causa de dificuldades e constrangimentos para partes, advogados, juízes. E, metodologicamente, a regra explícita da fungibilidade tem o mérito de sugerir a visão unitária do grande gênero medidas urgentes, que é o caminho aberto para o enriquecimento da teoria das medidas antecipatórias, à luz das inúmeras regras explícitas endereçadas pelo Código de Processo Civil às cautelares.

Salienta-se que a tutela antecipada poderia ser concedida em qualquer procedimento do processo de conhecimento (processo ordinário, sumário, adotado nos Juizados Especiais e procedimentos especiais).

A tutela antecipada prevista no art. 273 do Código de Processo Civil não se aplicava aos casos em que a lei dispunha acerca de sua concessão, como no mandado de segurança e nas ações possessórias, nos quais se admitiam a antecipação satisfativa da tutela por meio de medida liminar (PAIM, 2012, p. 116).

### ***2.1.5 Da tutela específica no Código de Processo Civil (1973)***

Nos arts. 461 e 461-A do Código de Processo Civil de 1973 havia previsão das chamadas “tutelas específicas”, que tratavam sobre as ações em que se buscavam a prestação de obrigação de fazer ou não fazer e de entrega de coisa, sendo facultado pelo legislador a antecipação dos efeitos da tutela na hipótese de preenchimento dos requisitos ensejadores da medida, quais sejam, relevância da fundamentação e risco de ineficácia do provimento final (LIMA, 2009, p. 117).

Essas “tutelas específicas” também são encontradas no art. 213 da lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente); art. 84 da lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor); art. 62 da lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011 (Lei Antitruste) e no art. 11 da lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985 (Lei da Ação Civil Pública).

## **2.2 Da Tutela Antecipada contra a Fazenda Pública sob a égide do Código de Processo Civil (1973)**

### ***2.2.1 Das discussões iniciais acerca da tutela antecipada contra a Fazenda Pública***

Com as alterações processuais trazidas pela Lei nº 8.952, de 13 de dezembro de 1994, que deu nova redação ao art. 273, criando a chamada "antecipação de tutela" ou "tutela antecipada", os aplicadores do direito lançaram estudos sobre a aplicabilidade ou não dessa tutela em face da Fazenda Pública, em virtude das especificidades inerentes ao Poder Público, como por exemplo, a remessa necessária, a previsão do precatório e a sentença judiciária e o risco de irreversibilidade da antecipação da tutela (VIANA, 2003, p.125-126).

### ***2.2.2 Vedações à concessão de tutela antecipada contra a Fazenda Pública***

As restrições à concessão de tutela antecipada contra a Fazenda Pública podem ser vistas no art. 1º da Lei nº 9.494, de 10 de setembro de 1997, ao prever que:

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.

O art. 273 do Código de Processo Civil de 1973 tratava sobre a concessão da tutela antecipada, nada ressaltando em relação à Fazenda Pública, havendo, posteriormente, vedações à concessão dessas tutelas nas leis extravagantes, conforme visto no parágrafo anterior.

O art. 461, que tratava sobre a concessão de tutela específica nas ações, que tinham como objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, determinava providências que assegurassem o resultado prático equivalente ao do adimplemento e, como ocorreu no art. 273, houve, posteriormente, vedações à concessão dessas tutelas nas leis extravagantes.

A Lei nº 4.348, de 26 de junho de 1964, foi revogada pela Lei nº 12.016, de 7 de agosto de 2009, que disciplina o mandado de segurança individual e coletivo e dá outras providências, sendo previsto no parágrafo 2º, do art. 7º, que

[...] 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.

As vedações em relação a tais matérias também eram aplicadas à tutela antecipada

do art. 273 e a tutela específica nas ações que tinham como objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer dispostas no art. 461, ambos do Código de Processo Civil de 1973, conforme previsto no parágrafo 5º, do art. 7º, da Lei nº 12.016/2009, “as vedações relacionadas com a concessão de liminares previstas neste artigo se estendem à tutela antecipada a que se referem os arts. 273 e 461 da Lei nº 5.869, de 11 janeiro de 1973 - Código de Processo Civil.”

A Lei nº 5.021, de 9 de junho de 1966, também foi revogada pela Lei nº 12.016/2009. O art. 1º e parágrafo 4º da lei revogada tratavam sobre a concessão de tutela antecipada para o pagamento de vencimentos e vantagens pecuniárias, matérias estas previstas na lei revogadora, no parágrafo 2º do art. 7º.

A Lei n 8.437, de 30 de junho de 1992, dispõe em seu art. 1º, que

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.

Esse artigo visou ampliar as vedações de antecipação dos efeitos da tutela previstas na Lei nº 12.016/2009, a qualquer outra ação que a parte pretenda ingressar, para que não houvesse dúvida ou interpretação por parte do Julgador e da doutrina.

Na hipótese de procedência do pedido relacionado ao acréscimo de vencimentos ou de reclassificação funcional em desfavor da pessoa jurídica de direito público, o recurso voluntário eventualmente interposto e a remessa necessária terão efeitos suspensivos, isto é, não poderão ser concedidos em tutela antecipada na sentença ou executados provisoriamente pela parte promovente (art. 3º da Lei n 8.437, de 30 de junho de 1992).

O art. 4º da Lei nº 8.437/1992 abrange ainda mais o controle das antecipações de tutela contra a Fazenda Pública, ao possibilitar que o Presidente do Tribunal suspenda a execução da liminar, por meio de despacho fundamentado, nas ações movidas contra o Poder Público ou seus agentes, a requerimento do Ministério Público ou da pessoa jurídica de direito público interessada, em caso de manifesto interesse público ou de flagrante ilegitimidade, e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia pública.

### **2.3 A remessa necessária como eventual obstáculo à concessão da tutela antecipada contra a Fazenda Pública**

Um dos argumentos utilizados pela Fazenda Pública para vedar a concessão de tutela antecipada em seu desfavor foi a chamada remessa necessária, prevista no art. 475 do Código de Processo Civil de 1973, que assim dispõe:

Art. 475. Está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal, a sentença: (Redação dada pela Lei nº 10.352, de 26.12.2001)

I - proferida contra a União, o Estado, o Distrito Federal, o Município, e as respectivas autarquias e fundações de direito público; (Redação dada pela Lei nº 10.352, de 26.12.2001).

II - que julgar procedentes, no todo ou em parte, os embargos à execução de dívida ativa da Fazenda Pública (art. 585, VI). (Redação dada pela Lei nº 10.352, de 26.12.2001)

§ 1º Nos casos previstos neste artigo, o juiz ordenará a remessa dos autos ao tribunal, haja ou não apelação; não o fazendo, deverá o presidente do tribunal avocá-los. (Incluído pela Lei nº 10.352, de 26.12.2001)

§ 2º Não se aplica o disposto neste artigo sempre que a condenação, ou o direito controvertido, for de valor certo não excedente a 60 (sessenta) salários mínimos, bem como no caso de procedência dos embargos do devedor na execução de dívida ativa do mesmo valor. (Incluído pela Lei nº 10.352, de 26.12.2001)

§ 3º Também não se aplica o disposto neste artigo quando a sentença estiver fundada em jurisprudência do plenário do Supremo Tribunal Federal ou em súmula deste Tribunal ou do tribunal superior competente. (Incluído pela Lei nº 10.352, de 26.12.2001).

Para o Poder Público, caso a sentença seja contrária a seus interesses está sujeita à remessa necessária, somente trará efeitos, após confirmada pelo Tribunal competente, consequentemente, a tutela antecipada não poderia ser concedida antecipando os efeitos da sentença

Essa compreensão parece equivocada, vez que o art. 475 do Código de Processo Civil de 1973 era claro ao prever que é a sentença que está sujeita ao duplo grau de jurisdição, e não a decisão interlocutória.

Nesse sentido, Nery Júnior e Nery (2014, p. 885) afirmam que:

Somente as sentenças de mérito estão sujeitas à remessa necessária de que trata a norma sob comentário. As sentenças de extinção do processo sem julgamento do mérito (CPC267), bem como todas as decisões provisórias, não definitiva, como é o caso das liminares e das tutelas antecipadas, não são atingidos pela remessa necessária. Assim, liminares concedidas em mandado de segurança, ação popular, ação civil pública etc., bem como tutelas antecipadas concedidas contra o poder público, devem ser executadas independentemente de reexame necessário. Apenas as sentenças de mérito, desde que subsumíveis às hipóteses do art. 475, é que somente produzem efeitos depois de reexaminadas pelo tribunal.

Ressalta-se que já se tentou estabelecer procedimento semelhante da remessa necessária às decisões interlocutórias desfavoráveis à Fazenda Pública, por meio da Medida

Provisória nº 375, de 23 de novembro de 1993, art. 5º, III, §§ 4º e 5º, sendo, todavia, rejeitado pelo Supremo Tribunal Federal na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 975-3/DF, Relator Ministro Carlos Velloso.

É certo que ampliar a vedação à concessão de tutela antecipada contra a Fazenda Pública colocaria em cheque a efetividade da Justiça, uma vez que, mesmo sendo o caso de a sentença de mérito estar sujeita ao duplo grau obrigatório, não leva ao entendimento de que estaria vedada a antecipação dos efeitos da tutela antecipada a toda e qualquer situação fora daquelas hipóteses elencadas no art. 1º da Lei nº 9.494, de 10 de setembro de 1997.

Para Viana (2003, p. 154),

A remessa obrigatória, prevista para situações especiais, não pode ser interpretada ou aplicada de forma tão ampla e quase absoluta. Medida excepcional que é, deve, a nosso ver, ser interpretada restritivamente, em especial, quando o animus legislativo é de permitir a sua dispensa em certas situações. A nosso sentir, a previsão da devolução oficial do teor da sentença, ao final, por si só considerada não é óbice bastante a impedir a antecipação de tutela contra o Poder Público.

Imagine-se a seguinte situação: uma pessoa portadora de patologia grave pleiteia judicialmente contra o Poder Público o fornecimento de medicamento essencial para o seu tratamento, por não ter condições financeiros para adquiri-lo, requerendo a antecipação dos efeitos da tutela para o seu fornecimento imediato, sob pena de agravamento de seu estado de saúde. Agora, reflita se houvesse a vedação de tutela contra a Fazenda Pública. Provavelmente a parte iria a óbito e o processo não alcançaria a sua efetividade.

Portanto, prevalece até os dias atuais, tanto na doutrina como na jurisprudência, a compreensão de que não se aplica a remessa necessária à tutela antecipada.

#### **2.4 A previsão do precatório como eventual obstáculo à concessão da tutela antecipada contra a Fazenda Pública**

A Fazenda Pública para vedar a concessão de tutela antecipada em seu desfavor também se utilizava do alegado regime do precatório, que é a requisição de pagamento expedida pelo Poder Judiciário para cobrar de Municípios, Estados ou da União, assim como de Autarquias e Fundações, o pagamento de valores devidos após a condenação judicial definitiva.

A previsão do pagamento por meio do precatório está previsto no art. 100 da Constituição Federal de 1988. Veja-se:

Os pagamentos devidos pelas Fazendas Públicas Federal, Estaduais, Distrital e Municipais, em virtude de sentença judiciária, far-se-ão exclusivamente na ordem cronológica de apresentação dos precatórios e à conta dos créditos respectivos, proibida a designação de casos ou de pessoas nas dotações orçamentárias e nos créditos adicionais abertos para este fim.

A alegação do regime do precatório para vedar a concessão de tutela antecipada em desfavor da Fazenda Pública deve ser visto com parcimônia.

Observa-se que o art. 100 da Constituição Federal prevê o precatório para o pagamento de valores devidos pelas Fazendas Públicas Federal, Estaduais, Distrital e Municipais, em virtude de sentença judiciária. Ou seja, não faz menção à hipótese de concessão de tutela antecipada em obrigações de fazer e não fazer e de entrega de coisa contrária à Fazenda Pública.

Portanto, a concessão de tutela antecipada contra o Poder Público não está sujeita ao mencionado dispositivo constitucional, salvo quando for para o pagamento de quantia certa. Nesse sentido, Viana (2003, p. 186) leciona que:

De fato, admitir-se a antecipação de tutela contra a Fazenda Pública não poderia implicar total abolição da via do precatório. Cuidando-se de decisão antecipatória de pagar quantia certa, aquele seria, sem dúvida, utilizado como instrumento operacionalizador da antecipação, respeitando-se, assim, o *modus* traçado pela *Lex Magna*.

## **2.5 A irreversibilidade da medida como obstáculo à concessão da tutela antecipada contra a Fazenda Pública**

Outra questão invocada pela Fazenda Pública como argumento a impedir a concessão de tutela antecipada em seu desfavor é a reversibilidade da medida. Essa reversibilidade era citada no art. 273, parágrafo 2º, do Código de Processo Civil de 1973, não sendo essa condição apenas relativas às tutelas antecipadas contra a Fazenda Pública, mas a qualquer outra antecipação de tutela.

Ressalte-se que a reversibilidade da medida como condição para deferimento da tutela antecipada já foi objeto de discussão em tópico anterior, no qual restou ressaltado que a reversibilidade não é da tutela, pois esta é sempre reversível e provisória. A reversibilidade é dos fatos decorrentes do deferimento da medida antecipatória.

Há casos, conforme foi visto, que a irreversibilidade da medida pode ser convertida em perdas e danos, não havendo, assim, empecilho para o seu deferimento.

Contudo, existem outros que não é possível essa conversão, por exemplo, a demolição de uma casa tombada pelo patrimônio público, sendo vedada o seu deferimento.

Salienta-se que o deferimento ou não da tutela, mesmo nas hipóteses de irreversibilidade, deve ser analisada no caso concreto pelo julgador, devendo ser relativizada, porquanto poderá ocorrer situação de a tutela ser irreversível, mas que o direito invocado deve se sobrepor, como são as causas envolvendo fornecimento de medicamento (ZAVASCKI, 1996, p. 97).

## 2.6 Ação Declaratória nº 4 do Supremo Tribunal Federal

Salienta-se que as restrições à concessão de antecipação de tutela contra a Fazenda Pública foram questionadas perante o Supremo Tribunal Federal, uma vez que algumas instâncias têm deferido tutela antecipada contra a Fazenda Pública, sob o argumento de que seria inconstitucional o art. 1º da Lei nº 9.494/1997, enquanto outras instâncias indeferiram, declarando constitucional o mencionado dispositivo.

Em razão dessa disparidade de decisões, foi admitida a Ação Declaratória de Inconstitucionalidade proposta pelo Presidente da República e as Mesas do Senado Federal e da Câmara dos Deputados, autuada sob o nº 04, tendo o Supremo Tribunal Federal, em 01 de outubro de 2008, por maioria de votos, decidido pela constitucionalidade do art. 1º da Lei nº 9.494/97, com efeito vinculante e eficácia geral *ex tunc*.

O Acórdão proferido na Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 04 restou ementado da seguinte forma:

ACÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE – PROCESSO OBJETIVO DE CONTROLE NORMATIVO ABSTRATO – NATUREZA DÚPLICE DESSE INSTRUMENTO DE FISCALIZAÇÃO CONCENTRADA DE CONSTITUCIONALIDADE – POSSIBILIDADE JURÍDICO-PROCESSUAL DE CONCESSÃO DE MEDIDA CAUTELAR EM SEDE DE ACÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE – INERÊNCIA DO PODER GERAL DE CAUTELA EM RELAÇÃO À ATIVIDADE JURISDICCIONAL – CARÁTER INSTRUMENTAL DO PROVIMENTO CAUTELAR CUJA FUNÇÃO BÁSICA CONSISTE EM CONFERIR UTILIDADE E ASSEGURAR EFETIVIDADE AO JULGAMENTO FINAL A SER ULTERIORMENTE PROFERIDO NO PROCESSO DE CONTROLE NORMATIVO ABSTRATO – IMPORTÂNCIA DO CONTROLE JURISDICCIONAL DA RAZOABILIDADE DAS LEIS RESTRITIVAS DO PODER CAUTELAR DEFERIDO AOS JUÍZES E TRIBUNAIS – INOCORRÊNCIA DE QUALQUER OFENSA, POR PARTE DA LEI Nº 9.494/97 (ART. 1º), AOS POSTULADOS DA PROPORCIONALIDADE E DA RAZOABILIDADE – LEGITIMIDADE DAS RESTRIÇÕES ESTABELECIDAS EM REFERIDA NORMA LEGAL E JUSTIFICADAS POR

RAZÕES DE INTERESSE PÚBLICO – AUSÊNCIA DE VULNERAÇÃO À PLENITUDE DA JURISDIÇÃO E À CLÁUSULA DE PROTEÇÃO JUDICIAL EFETIVA – GARANTIA DE PLENO ACESSO À JURISDIÇÃO DO ESTADO NÃO COMPROMETIDA PELA CLÁUSULA RESTRITIVA INSCRITA NO PRECEITO LEGAL DISCIPLINADOR DA TUTELA ANTECIPATÓRIA EM PROCESSOS CONTRA A FAZENDA PÚBLICA – OUTORGA DE DEFINITIVIDADE AO PROVIMENTO CAUTELAR QUE SE DEFERIU, LIMINARMENTE, NA PRESENTE CAUSA – AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE JULGADA PROCEDENTE PARA CONFIRMAR, COM EFEITO VINCULANTE E EPICÁCIA GERAL E 'EX TUNC', A INTEIRA VALIDADE JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DO ART. 1º DA LEI 9.494, DE 10/09/1997, QUE DISCIPLINA A APLICAÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA CONTRA A FAZENDA PÚBLICA.

Com o julgamento da referida Ação Declaratória de Constitucionalidade, a Fazenda Pública poderá, com fundamento no art. 102, inciso I, alínea "I", da Constituição Federal, ingressar com a Reclamação Constitucional perante o Supremo Tribunal Federal, caso haja o descumprimento da ordem emanada.

Ocorre que, como ressaltado por Lima (2009, p. 129), a decisão proferida na Ação Declaratória nº 04 vem sendo invocada de forma equivocada por parte do Poder Público, porquanto a Fazenda Pública alega em determinados casos o descumprimento do referido *decisum*, quando muitas vezes o pedido de tutela sequer se enquadra nas hipóteses previstas no art. 1º da Lei nº 9.494/97. Veja-se:

RECLAMAÇÃO CONSTITUCIONAL. DEFERIMENTO DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA PARA NOMEAÇÃO E POSSE EM CARGO PÚBLICO. AUSÊNCIA DE DESRESPEITO AO ACÓRDÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA ADC 4. 1. Ao conceder a medida cautelar na Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 4, esta nossa Corte vedou apenas a concessão de tutela antecipada que contrarie o disposto no art. 1º da Lei 9.494/97. 2. A reclassificação ou equiparação de servidores públicos e a concessão de aumento ou extensão de vantagens (art. 5º da Lei 4.348/64) cuidam da específica situação em que um servidor público postula tais direitos em Juízo. O mesmo vale para o pagamento de vencimentos e vantagens pecuniárias de que trata o § 4º do art. 1º da Lei 5.021/66. 3. A determinação para que candidatos sejam nomeados e empossados em cargo público não ofende a decisão do STF na ADC 4. A postulação para ingresso nos quadros funcionais do Estado diz respeito ao direito de acesso aos cargos, empregos e funções de natureza pública. Direito expressamente assegurado pelo inciso II do art. 37 da Constituição Federal e consistente na instauração de vínculo jurídico até então inexistente. Direito, portanto, à formação de um liame jurídico a que o Poder Público, no caso, resiste. Já os demais direitos subjetivos, versados na ADC 4, esses dizem respeito à continuidade de uma relação jurídica preexistente ou, se se preferir, dizem respeito a institutos jurídicos que têm por pressuposto de incidência uma anterior relação jurídica entre o servidor público e a pessoa do Estado. Relação jurídica em nenhum momento posta em causa quanto à juridicidade de sua formação ou continuidade. 4. Reclamação que se julga improcedente. (STF - Rel: 7212 PI, Relator: Min. AYRES BRITTO, Data de Julgamento: 02/06/2010, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-120 DIVULG 30-06-2010 PUBLIC 01-07-2010 EMENT VOL-02408-03 PP-00882).

Evidencia-se que o Poder Público pretendeu estender às tutelas antecipadas os

efeitos da decisão proferida na Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 04 (Reclamação nº 3763/CE, DJ de 27.4.2006), todavia não obteve êxito.

Assim, deverá haver cautela por parte dos juízes na aplicação do julgamento da Ação Declaratória nº 4 do Supremo Tribunal Federal, pois não são todos os casos que se enquadram na referida ação declaratória, não sendo permitida a sua amplitude para beneficiar a Fazenda Pública.

## **2.7 Hipótese de concessão de tutela antecipada na sentença proferida contra o Poder Público**

Se uma tutela antecipada era concedida por meio de uma decisão interlocutória e, posteriormente, era proferida uma sentença de mérito e confirmado os efeitos da tutela, entendia-se, em consonância com o art. 520, inciso VI, do Código de Processo Civil de 1973, que não haveria óbice ao cumprimento da tutela e que ela não estaria sujeita à remessa necessária, sendo recebida a apelação somente no efeito devolutivo, podendo a tutela ser cumprida de imediato, salvo nas hipóteses previstas em lei.

Portanto, é possível na sentença a concessão de tutela antecipada contra a Fazenda Pública, sendo recebidas a remessa necessária e a apelação cível somente no efeito devolutivo, com exceção das hipóteses em que a lei prevê restrição a essas concessões.

### **3 DA TUTELA PROVISÓRIA PREVISTA NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL (2015)**

O Código de Processo Civil de 2015 trata da tutela provisória, dividindo-a em tutela provisória de urgência (cautelar e antecipada) e da evidência.

A tutela provisória está prevista no Livro V do Código de Processo Civil de 2015, nos arts. 294 a 311. Contudo, há outras disposições referentes à tutela provisória no Estatuto Processual Civil de 2015 (art. 558 c/c 562) e nas Leis Especiais (art. 7º, III, da Lei nº 12.016/09).

Conforme comentado nos tópicos anteriores, houve uma mudança de nomenclatura da “tutela antecipada” e do “processo cautelar” previstos no Estatuto Processual Civil de 1973 para “tutela provisória” no CPC/2015.

Essas tutelas têm o objetivo de antecipar os efeitos da decisão de mérito no sentido de garantir a parte que se socorre ao Poder Judiciário a efetividade da justiça, evitando o prejuízo oriundo da possível demora na prolação da sentença de mérito, antecipando os seus efeitos, caso o julgador vislumbre o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*.

#### **3.1 Da tutela de urgência**

A tutela provisória de urgência, como já ressaltado, será concedida para garantir a efetividade jurisdicional, haja vista a vida útil do processo, que dependendo do caso poderá durar anos, não podendo a parte aguardar o trânsito em julgado do feito para então ser efetivado o seu direito.

A tutela de urgência, como o próprio nome sugere, requer urgência no seu deferimento, pois, caso contrário, poderá tornar irreversível a situação da parte que a pleiteia, devendo o julgador evitar um dano irreparável ou de difícil reparação.

Essa tutela é fundada em um juízo de probabilidade e de aparência que esse direito realmente exista, sendo, todavia, provisória, podendo ser revogada a qualquer tempo pelo juízo competente, seja por meio de reconsideração ou recurso de agravo de instrumento interposto pela parte adversa junto ao Tribunal competente, e no caso do Poder Público ainda há possibilidade do incidente de suspensão de liminar.

A tutela provisória de urgência, cautelar ou antecipada, pode ser concedida em

caráter antecedente ou incidental (parágrafo único do art. 294).

Para a sua concessão se faz necessário que haja elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo, conforme disposto no art. 300 do Código de Processo Civil de 2015. Isto é, os requisitos para a sua concessão são os mesmos, quais sejam, *fumus boni iuris* e *periculum in mora*.

Conforme o caso, o magistrado poderá exigir caução real ou fidejussória idônea para ressarcir os danos que a outra parte possa vir a sofrer com o deferimento da tutela provisória, podendo a caução ser dispensada se a parte economicamente hipossuficiente não puder oferecê-la (parágrafo 1º, do art. 300, do Código de Processo Civil de 2015).

A tutela de urgência pode ser concedida liminarmente ou após justificação prévia, conforme disposto no parágrafo 2º, do art. 300, do Código de Processo Civil de 2015.

Caso o magistrado não se convença *prima facie* das alegações da parte promovente poderá designar audiência de justificação prévia para que sejam produzidas mais provas e, assim, verificar se é o caso de deferimento ou não da tutela provisória requerida.

### ***3.1.1 Da tutela de urgência em caráter antecedente***

No que concerne à tutela antecipada requerida em caráter antecedente, o art. 303 do Código de Processo Civil de 2015, prevê que:

Nos casos em que a urgência for contemporânea à propositura da ação, a petição inicial pode limitar-se ao requerimento da tutela antecipada e à indicação do pedido de tutela final, com a exposição da lide, do direito que se busca realizar e do perigo de dano ou do risco ao resultado útil do processo.

Trata-se de um procedimento novo previsto no Código de Processo Civil de 2015, no qual o autor em sua petição inicial poderá se limitar em requerer a tutela, contudo, deverá expor a controvérsia, o direito que afirma possuir e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.

Por exemplo, se a parte ingressar com ação requerendo a retirada de seu nome do cadastro de inadimplente, sem requerer pedido de indenização por dano moral, e ter em seu poder toda a documentação necessária para provar que tal cobrança é indevida, poderá ingressar com pedido de tutela antecipada, em caráter antecedente, para que seu pedido seja deferido, sem precisar o seu processo passar por todos os trâmites previstos no Código de

Processo Civil de 2015.

A parte deverá comprovar a contemporaneidade da urgência à propositura da ação, sendo este um traço marcante dessa espécie de tutela. Para Bueno (2017, p. 269). “Não fosse por ela, o caso não seria de tutela antecipada antecedente, afastada, destarte, a incidência do art. 303 e, conseqüentemente, a possibilidade de sua estabilização nos termos do art. 304.”

De acordo com o art. 302, parágrafo 4º, do Código de Processo Civil de 2015, a parte autora deverá indicar o valor da causa em sua peça inicial, que deve levar em consideração o pedido de tutela final.

Ora, se o pedido é de tutela de urgência antecedente, como exigir, de logo, o valor das custas com base na tutela final, se o promovente poderá fazer esse pedido de tutela final quando do aditamento da peça, após o deferimento da medida. Parece que incorreu em erro o legislador ao prever tal pagamento na forma prevista no artigo (BUENO, 2017, p. 269).

Se concedida a tutela antecipada antecedente, o autor deverá aditar a petição inicial, com a complementação de sua argumentação, a juntada de novos documentos e a confirmação do pedido de tutela final, em 15 (quinze) dias ou em outro prazo maior que o juiz fixar; e o réu será citado e intimado para a audiência de conciliação ou de mediação na forma do art. 334. (art. 303, parágrafo 1º, incisos I e II, do Código de Processo Civil de 2015).

Não havendo o aditamento já mencionado, o processo será extinto sem resolução de mérito (art. 303, parágrafo 2º, incisos I e II, do Código de Processo Civil de 2015).

O réu será citado e intimado para a audiência de conciliação ou de mediação na forma do art. 334. Não havendo autocomposição, o prazo para contestação será contado na forma do art. 335.

O autor deverá deixar claro em sua exordial que requer a tutela de urgência antecedente prevista no *caput* do art. 303 do Código de Processo Civil de 2015 (parágrafo 5º, do art. 303, do Código de Processo Civil de 2015).

De acordo os parágrafos 1º 2º e 3º, do art. 304, do Código de Processo Civil de 2015, sendo concedida a tutela, e não sendo interposto o respectivo recurso, a interlocutória tornar-se-á estável (art. 304 do Código de Processo Civil de 2015), e o processo será extinto. A tutela antecipada conservará seus efeitos enquanto não revista, reformada ou invalidada por decisão de mérito proferida na ação.

Há divergência na doutrina se somente com a interposição de recurso seria

possível evitar a estabilidade da tutela ou se a apresentação de outra resignação seria possível tal efeito.

A Fazenda Pública, por exemplo, além do recurso de agravo de instrumento, ainda tem a sua disposição o incidente de suspensão de liminar.

De acordo com Bueno (2017, p. 273-274), deve-se aceitar interpretação ampliativa ao art. 304 do Código de Processo Civil de 2015, ou seja, “qualquer manifestação expressa do réu em sentido contrário à tutela provisória antecipada em seu desfavor deve ser compreendida no sentido de inviabilizar a incidência do art. 304.”

Qualquer das partes poderá requerer o desarquivamento dos autos em que foi concedida a medida, para instruir a petição inicial da ação a que se refere o parágrafo 2º, com intuito de rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada estabilizada, sendo prevento o juízo em que a tutela antecipada foi concedida (art. 304, §4º, do Código de Processo Civil de 2015).

Ressalte-se que o direito de rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada, extingue-se após 2 (dois) anos, contados da ciência da decisão que extinguiu o processo (art. 304, parágrafo 5º, do Código de Processo Civil de 2015).

A decisão que concede a tutela não fará coisa julgada, mas a estabilidade dos respectivos efeitos só será afastada por decisão que a revir, reformar ou invalidar, proferida em ação ajuizada por uma das partes (art. 304, parágrafo 6º, do Código de Processo Civil de 2015).

Na hipótese de não concessão da tutela de urgência antecedente, em razão de o julgador não vislumbrar elementos para a concessão de tutela antecipada, o órgão jurisdicional determinará a emenda da petição inicial em até 5 (cinco) dias, sob pena de ser indeferida, e de o processo ser extinto sem resolução de mérito (parágrafo 6º, do art. 303, do Código de Processo Civil de 2015).

Assim, o intuito do dispositivo é possibilitar que o julgador conceda a parte promotora, a oportunidade de tentar demonstrar o seu direito, por exemplo, com a juntada de documentos, para o deferimento da tutela de urgência requerida.

A questão é saber como fica o pedido de tutela de urgência antecedente quando o requerido for a Fazenda Pública? Nesse caso, tem-se que verificar se os pedidos encontram vedação no art. 1.059 do Código de Processo Civil. Caso não tenham, entende-se possível o seu deferimento.

### 3.1.2 Da tutela cautelar requerida em caráter antecedente

A tutela cautelar, como o próprio nome diz, busca resguardar o direito do autor, sem que ele precise aguardar o julgamento final de mérito da ação, mediante cognição sumária, bastando apenas a demonstração do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, sendo concedida após a análise de mera probabilidade.

Para Neves (2016, p. 685)

A tutela cautelar é ampla, geral e irrestrita, significando que a parte que dela necessita deve apenas demonstrar o preenchimento do *fumus boni iuris* e o *periculum in mora* no caso concreto para recebê-la, consagrados atualmente no art. 300 do Novo CPC. Significa dizer que, pensando-se em poder jurisdicional, a tutela cautelar deve ser entendida como a proteção jurisdicional prestada pelo Estado para afastar o perigo de ineficácia do resultado final da pretensão definitiva da parte, funcionando como aspecto concreto da promessa constitucional de inafastabilidade da tutela jurisdicional (art. 5.º, XXXV, da CF).

Salienta-se que, efetivada a tutela cautelar, de acordo com o art. 308 do Código de processo Civil de 2015, o pedido principal terá de ser formulado pelo autor, no prazo de 30 (trinta) dias, caso em que será apresentado nos mesmos autos em que deduzido o pedido de tutela cautelar, não dependendo do adiantamento de novas custas processuais. Basta o autor aditar a sua peça inicial e formular o pedido principal, podendo também aditar a causa de pedir (art. 308, parágrafo 2º, do Código de Processo Civil de 2015).

Assim, apesar de a finalidade da tutela cautelar ser a mesma do Código de Processo Civil de 1973 - resguardar o direito -, o procedimento se diferencia do que antes era aplicado, porquanto não é necessário ajuizar uma ação cautelar e, em seguida, a ação principal, isto é, todos esses atos ocorrerão no mesmo processo, sendo requerida a tutela cautelar e depois o pedido principal no prazo retro citado.

Observa-se que o indeferimento da tutela cautelar não obsta que a parte formule o pedido principal, nem influi no julgamento desse, salvo se o motivo do indeferimento for o reconhecimento de decadência ou de prescrição (art. 310 do Código de Processo Civil de 2015).

Ressalte-se que no Código de Processo Civil de 1973 havia a previsão da chamada cautelar incidental, que era aquela que poderia ser requerida quando o processo principal já estava em curso, não sendo, todavia, mais prevista no Código de Processo Civil

de 2015.

O art. 301 do Código de Processo Civil de 2015 prevê que a tutela de urgência de natureza cautelar pode ser efetivada mediante arresto, sequestro, arrolamento de bens, registro de protesto contra alienação de bem e qualquer outra medida idônea para assecuração do direito.

Verifica-se que o novo código não prevê as cautelares típicas, todavia faz citação a elas ao mencionar que a cautelar será efetivada mediante arresto, sequestro, arrolamento de bens, registro de protesto contra alienação de bem e qualquer outra medida idônea para assecuração do direito.

### 3.1.3 Da tutela da evidência

A tutela de evidência está prevista no art. 311, *caput*, do Código de Processo Civil de 2015, sendo concedida, independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, em diferenciação clara e indiscutível com a tutela de urgência.

A respeito da tutela de evidência Medina (2016, p. 534) ressalta que:

Enaltece o legislador aquilo a que, na doutrina, se tem chamado de tutela de evidência sem urgência ou tutela de evidência pura, que corresponde à tutela de um direito que, de tão claro, impele a uma rápida proteção jurisdicional, hipótese em que, embora não haja o risco de dano à esfera jurídica do autor (grau nenhum) ou embora este risco seja desprezível (grau mínimo), o juiz decide conceder a tutela em face da certeza ou quase certeza do direito alegado (grau máximo).

Os incisos do art. 311 do Código de Processo Civil de 2015 preveem as hipóteses de deferimento da tutela de evidência.

O inciso I, que dispõe sobre a concessão de tutela de evidência quando “ficar caracterizado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório da parte”, deve ser visto com cautela, porquanto nem sempre nesses casos o direito do autor estará demonstrado para o deferimento da antecipação dos efeitos da sentença, devendo, portanto, essa hipótese ser analisada em consonância com as razões de fato e de direito expostas na inicial e nas provas colacionadas aos autos.

Na tutela de evidência o tempo não é considerado como requisito para a sua concessão, como ocorre na tutela provisória de urgência. Para o deferimento da tutela de evidência, não precisa ser demonstrada a urgência, com o perigo do dano, basta que o direito

do promovente seja mais provável em comparação com o direito da outra parte, que possua mais certeza e liquidez, isto é, “elementos de convicção suficientes para o juízo de mérito em favor de uma das partes” (THEODORO JÚNIOR, 2016, p. 689).

Assim, em consonância com o inciso II, basta que as alegações de fato possam “ser comprovadas apenas documental e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante.”

No que tange à tutela de evidência, Theodoro Júnior (2016, p. 689) assevera que “A tutela de evidência não se funda no fato da situação geradora do perigo de dano, mas no fato de a pretensão de tutela imediata se apoiar em comprovação suficiente do direito material da parte.”

Os outros requisitos estão nos incisos III, que seria quando “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”; e IV, “quando a petição inicial for instruída com prova documental suficiente dos fatos constitutivos do direito do autor, a que o réu não oponha prova capaz de gerar dúvida razoável.”

O parágrafo único do art. 311 dispõe que nas hipóteses dos incisos II e III, o juiz poderá decidir liminarmente.

No tocante ao assunto, Neves (2016, p. 701) ressalta que as hipóteses de tutela da evidência deveriam ser mais amplas, porquanto no Código de Processo Civil de 2015 há previsão de liminares que continuam sendo espécies de tutela da evidência, levando a crer, portanto, que o rol acima seria exemplificativo.

### ***3.1.4 Considerações sobre a importância da tutela provisória no Código de Processo Civil (2015)***

Observa-se que o Código de Processo Civil de 2015 evoluiu ao tratar da tutela provisória, porquanto garantiu a todos o acesso a uma tutela jurisdicional mais efetiva, ampliando as hipóteses de concessão da antecipação dos efeitos da tutela, não apenas aos casos de urgência, mas também quando houver a evidência do direito suscitado, podendo o julgador, inclusive, exigir caução real ou fidejussória se entender necessário.

O novo código possibilitou, ainda, a concessão da tutela antecedente, garantindo à

parte a entrega do direito pleiteado de forma antecipada, mediante o preenchimento de certos requisitos previstos em lei, sem que tenha que aguardar todo o trâmite do processo até a prolação de uma sentença de mérito, mecanismo este não previsto no CPC/1973.

### **3.2 Da tutela antecipada contra a Fazenda Pública sob a égide do Código de Processo Civil de 2015**

#### ***3.2.1 Da previsão no Código de Processo Civil de 2015 sobre a vedação à concessão de tutela provisória contra a Fazenda Pública***

O Código de Processo Civil de 2015 inovou ao prever, em seu art. 1.059, que a tutela provisória requerida contra a Fazenda Pública aplica-se o disposto nos arts. 1º a 4º da Lei nº 8.437/1992, e no art. 7º, parágrafo 2º, da Lei nº 12.016/2009.

A inovação a que se refere o parágrafo anterior não é em relação às vedações, mas sim a previsão expressa no Estatuto Processual Civil, uma vez que no Código anterior não existia essa previsão expressa, somente nas leis extravagantes.

#### ***3.2.2 Críticas sobre a vedação à concessão de tutela provisória contra a Fazenda Pública no Código de Processo Civil de 2015***

Wambier *et al* (2015, p. 1544) e Bueno (2017, p. 289) tecem críticas às vedações de concessão de tutela provisória contra a Fazenda Pública.

Segundo os juristas acima nominados, essas vedações violam os princípios da isonomia e da inafastabilidade do controle jurisdicional (2015, p. 1059), e o direito do acesso à justiça, insculpido no art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal (2017, p. 289-290).

Nesse sentido, o Código de Processo Civil Anotado, coordenado por Tucci *et al.* (2015 p. 1707), ao fazer a análise sobre o art. 1.059 do Código de Processo Civil de 2015, salienta que:

O art. 1.059 do Código de Processo Civil de 2015, de certa forma, afasta-se do espírito que norteou a redação do novo diploma. De fato, o legislador de 2015 extirpou vários benefícios processuais do Poder Público, como o prazo quádruplo para contestar (CPC/2015, art. 183), bem como reduziu as hipóteses de remessa necessária (CPC/2015, art. 496, § 3º). O art. 496 também afasta o duplo grau de jurisdição obrigatório quando a decisão for calçada em súmula de tribunal superior, acórdãos do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça em

recursos repetitivos, em entendimento vinculante do próprio ente público, em resoluções de demandas repetitivas ou de assunção de competência.

Para Decomain (2009, p. 302-308) e Pontes de Miranda (2009, p. 114-115) não há inconstitucionalidade na restrição quanto à concessão de tutela provisória contra a Fazenda Pública, pois, segundo eles, as hipóteses de vedação previstas no art. 1.059 do Código de Processo Civil de 2015 se enquadram como situações irreversíveis ou que estão ausentes o *periculum in mora*.

Cunha (2016, p. 305) afirma que não há inconstitucionalidade nas vedações à concessão de tutela provisória contra a Fazenda Pública, previstas no art. 1.059 do Código de Processo Civil de 2015, porém ressalta que: “Se, concreta e excepcionalmente, estiver demonstrado pela parte autora o grave risco de dano, deverá, afastando-se a vedação legal, ser concedida a medida, em prol da efetividade e da inafastabilidade da tutela jurisdicional.”

As limitações à concessão de tutela provisória contra a Fazenda Pública, sob a alegação de supremacia do interesse público, não foi um avanço do Código de Processo Civil de 2015, por tratar o Poder Público de forma diferenciada, violando, assim, os princípios da isonomia e da inafastabilidade do controle jurisdicional, tendo a parte prejudicada que aguardar o trânsito em julgado da ação para obter a entrega de seu direito.

Entende-se que essa vedação de tutela provisória contra a Fazenda Pública não deveria existir, porquanto se houve uma violação a direito por parte do Poder Público, e havendo o preenchimento do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, este deve ser reparado de imediato, sendo, portanto uma prerrogativa que não se coaduna com o princípio do interesse público, invocado pela Fazenda Pública para fundamentar a vedação à concessão dessa tutela.

Os processos, muitas vezes, tramitam durante vários anos, não apenas pela escassez de funcionários atuando perante o Poder Judiciário, mas também pelos diversos meios de impugnação previstos no ordenamento jurídico brasileiro.

Sobre as restrições à concessão de tutela contra a Fazenda Pública, Bueno (2003, p. 192), em sua obra intitulada “o Poder Público em Juízo”, ressalta que:

Sempre opinei no sentido de que nenhuma restrição desse tipo é constitucional. Por um motivo, bastante e suficiente: o art. 5º, XXXV, da Constituição federal, ao estabelecer que a lei não excluirá do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito, não faz nenhuma distinção entre quem tem esse direito, quem o ameaça, quem o lesiona ou quem sofre a ameaça ou a lesão.

O Código de Processo Civil de 2015 deveria deixar a critério do magistrado analisar e decidir, no caso concreto, se haveria a irreversibilidade da medida ou se estaria ausente o *periculum in mora* para o deferimento ou não de tutela provisória em desfavor da Fazenda Pública, e não taxar as hipóteses de não cabimento.

### **3.3 Comparativo entre o disposto no art. 1.059 do Código de Processo Civil (2015) e as leis extravagantes referentes à concessão de tutela antecipada contra a Fazenda Pública na égide do Código de Processo Civil (1973)**

Observa-se que o Novo Estatuto Processual Civil de 2015, no art. 1.059, não menciona a Lei nº 9.494/97, que, em seu art. 1º, prevê:

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.

A mencionada lei, em seu art. 1º, faz menção à tutela antecipada, e não à tutela provisória, além disso, as Leis nº 4.348/64 e 5.021/66, citadas em seu *caput*, foram revogadas pela Lei nº 12.016/09. Destarte, tornou-se inadequada e despicienda a sua previsão no art. 1.059 do Código de Processo Civil de 2015.

O referido dispositivo da Lei nº 9.494/97, dispõe que se aplica à tutela antecipada contra a Fazenda Pública os arts. 1º, 3º e 4º, da Lei nº 8.437/92.

Já o art. 1.059 do Código de Processo Civil de 2015 prevê que a tutela provisória requerida contra a Fazenda Pública aplica-se o disposto nos arts. 1º a 4º da Lei nº 8.437/92. Passa-se, então, à análise de cada artigo da citada lei.

#### **3.3.1 Análise dos arts. 1º a 4º da Lei nº 8.437, de 30 de julho de 1992, e no art. 7º, parágrafo 2º, da Lei nº 12.016, de 7 de agosto de 2009, previstos no caput do art. 1.059 do Código de Processo Civil (2015)**

O art. 1º, *caput*, da Lei nº 8.437/92 dispõe que:

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.

Assim, quando houver alguma medida liminar que não possa ser concedida contra a Fazenda Pública em mandado de segurança, em razão das vedações legais previstas no parágrafo 2º da Lei nº 12.016/09, também não poderá ser deferida no procedimento cautelar ou em quaisquer outras ações de natureza cautelar ou preventiva.

O parágrafo 1º dispõe que “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.”

O mencionado dispositivo não acrescenta restrição à concessão de tutela contra a Fazenda Pública, apenas restringe o ajuizamento de pedido cautelar quando o ato puder ser impugnado via *mandamus*, em sede de competência originária; sendo ressalvado, todavia que tal previsão não se aplica aos processos de ação popular e de ação civil pública (parágrafo 2º).

Salienta-se, ainda, que não será cabível a medida liminar que esgote, no todo ou em parte, o objeto da ação (parágrafo 3º), isto é, veda a tutela satisfativa contra a Fazenda Pública. Sobre a matéria, o Tribunal de Justiça do Distrito Federal decidiu que:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. MANDADO DE SEGURANÇA. MEDIDA LIMINAR. ALVARÁ DE CONSTRUÇÃO. NATUREZA SATISFATIVA. IMPOSSIBILIDADE. DECISÃO MANTIDA. 1. NOS TERMOS DO ART. 1º, § 3º, DA LEI Nº 8.437/92, 'NÃO SERÁ CABÍVEL MEDIDA LIMINAR QUE ESGOTE, NO TODO OU EM QUALQUER PARTE, O OBJETO DA AÇÃO'. 2. O PEDIDO DE LIMINAR DEVE SER INDEFERIDO QUANDO TIVER CARÁTER SATISFATIVO E A SUA CONCESSÃO ESGOTA POR COMPLETO A SOLUÇÃO DA DEMANDA. 3. DECISÃO MANTIDA (TJ-DF - AGI: 20140020027679 DF 0002779-68.2014.8.07.0000, Relator GISELENE PINHEIRO, 5ª Turma Cível. Data de Julgamento: 9.4.2014. Data de Publicação: Publicado no DJE: 14.4.2014. Pág.: 123)

Contudo, há entendimento de que mesmo que a liminar seja satisfativa, a depender dos valores envolvidos, o direito deve ser tutelado, mas dependerá da análise do caso concreto (BUENO, 2017, p. 287). Veja-se:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. DECISÃO MONOCRÁTICA. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. CAUTELAR INOMINADA SATISFATIVA. POSSIBILIDADE. CASO CONCRETO. As tutelas cautelares, em regra, não devem apresentar natureza satisfativa, todavia, excepcionalmente se admite que repercutam tal efeito, diante das nuances do caso concreto e desde que presentes os requisitos das ações cautelares: o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*. Assim, deve prosseguir o pleito, com análise da liminar requerida. Mantida a decisão, porém, que determinou a retificação do pólo ativo. AGRAVO DE INSTRUMENTO PARCIALMENTE PROVIDO. (TJ-RS - Agravo de Instrumento Nº 70065871709, Relatora Desa. Angela Terezinha de Oliveira Brito, Décima Quarta Câmara Cível. Julgado em 17.8.2015).

O parágrafo 4º prevê que “Nos casos em que cabível medida liminar, sem prejuízo

da comunicação ao dirigente do órgão ou entidade, o respectivo representante judicial dela será imediatamente intimado.”

Tal previsão possibilita ao dirigente tomar conhecimento do deferimento da tutela provisória para que possa, se entender pertinente, interpor o recurso cabível.

O parágrafo 5º dispõe que “Não será cabível medida liminar que defira compensação de créditos tributários ou previdenciário”, sendo essa previsão disposta também no parágrafo 2º, do art. 7º, da Lei nº 12.016/2009.

No que concerne o art. 2º da Lei nº 8.437/92, nota-se que o Novo Código, em seu art. 1.059, diferentemente do art. 1º da Lei nº 9.494/97, previu a sua aplicação quando se tratar de concessão de tutela provisória contra a Fazenda Pública.

Esse dispositivo deixou claro que no mandado de segurança coletivo e na ação civil pública, quando ambas forem ajuizadas em desfavor da Fazenda Pública, e não apenas quando for oriunda de atos do Poder Público, 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.

### **3.4 Da concessão de tutela provisória na sentença contra a Fazenda Pública**

Conforme ressaltado nos itens anteriores, a Lei nº 8.437/92, e a Lei nº 12.016/09, preveem vedações à concessão de tutela provisória contra a Fazenda Pública.

Destarte, por mais que a tutela provisória tenha sido deferida na sentença, esta estará sujeita ao duplo grau obrigatório, ou seja, a remessa necessária e o recurso de apelação cível serão recebidos nos efeitos devolutivo e suspensivo pelo Tribunal competente, podendo ser executado somente quando do trânsito em julgado da ação.

Ressalte-se que a sentença “que importe em outorga ou adição de vencimentos ou de reclassificação funcional, terá efeito suspensivo”, segundo o art. 3º da Lei nº 8.437/92, terá efeito suspensivo, em caso de recurso voluntário, que seria a Apelação Cível, ou *ex officio*, que no Código de Processo Civil de 2015 corresponde à Remessa Necessária (art. 496).

Dessa forma, ainda que seja confirmada ou concedida tutela provisória na sentença, nas hipóteses de outorga ou adição de vencimentos ou de reclassificação funcional, e nos demais casos previstos na Lei nº 8.437/92 e na Lei nº 12.016/09, terá efeito suspensivo,

não podendo ser executada em desfavor da Fazenda Pública, sendo, portanto, excepcionada a regra do inciso V, do parágrafo 1º, do art. 1.012, do Código de Processo Civil de 2015.

### **3.5 Os meios de impugnação contra a tutela provisória deferida contra a Fazenda Pública**

A tutela provisória deferida contra a Fazenda Pública poder ser combatida por meio do recurso de Agravo de Instrumento, com esteio nos arts. 1.015 e seguintes, do Código de Processo Civil de 2015.

Com o julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 4, que declarou constitucional o art. 1º, da Lei nº 9.494/97, bem como o disposto no art. 988, inciso III e IV do Código de Processo Civil de 2015, a Fazenda Pública poderá ingressar com Reclamação.

Além disso, o art. 4º da Lei nº 8.437/92 prevê que a requerimento do Ministério Público ou da pessoa jurídica de direito público interessada, em caso de manifesto interesse público ou de flagrante ilegitimidade, e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas, poderá apresentar perante o Presidente do Tribunal ao qual couber o conhecimento do respectivo recurso, pedido de suspensão da execução da liminar nas ações movidas contra o Poder Público ou seus agentes.

Ressalte-se que o art. 15 da Lei nº 12.016/09 também prevê a apresentação do incidente de suspensão da liminar e da sentença perante o Presidente do Tribunal ao qual couber o conhecimento do respectivo recurso, para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas.

Verifica-se que o justifica a suspensão da liminar e da sentença não é a injuridicidade da decisão, mas sim o risco de lesão entre a decisão proferida e o interesse público (RODRIGUES, 2000, p. 134-135).

Assim, a Fazenda Pública terá que demonstrar no incidente a lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas. Para Rocha Junior (2005, p. 236-237):

O pedido de sustação deve ser endereçado diretamente à Presidência dos Tribunais, trata-se, portanto, de uma competência exclusiva desse órgão. Ao apreciar o requerimento, deve o Presidente limitar-se a verificar a ocorrência de lesão aos valores tutelados pela Lei n 4.348/1964, pois não compete a esse analisar a existência de ilegalidade na decisão vergastada. Caso contrário, ao adentrar no mérito da questão subjacente ao pedido de sustação, estaria excedendo sua função e suprimindo uma instância, uma afronta ao princípio do juízo natural.

Salienta-se que a decisão proferida pelo Presidente do Tribunal que suspender os efeitos da liminar ou da sentença vigorará até o trânsito em julgado da decisão de mérito na ação principal (parágrafo 9º, do art. 4º, da Lei nº 8.437/92).

### **3.6 Das tutelas específicas contra a Fazenda Pública no Código de Processo Civil (2015)**

Em relação às tutelas específicas, o art. 497 do Código de Processo Civil de 2015 que trata das tutelas de cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, corresponde ao art. 461 do Código de Processo Civil de 1973, com algumas alterações no texto.

O art. 497 do Estatuto Processual Civil de 2015 não foi citado no art. 1.059 do mencionado Código. Portanto, as tutelas específicas podem ser concedidas contra a Fazenda Pública, salvo nos casos 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 (art. 7º, parágrafo 2º, da Lei nº 12.016/09, citado no *caput* do art. 1.059 do Código de Processo Civil de 2015).

### **3.7 Da remessa necessária como eventual obstáculo ao deferimento de tutela provisória contra a Fazenda Pública no Código de Processo Civil de 2015**

Os obstáculos à concessão de tutela contra a Fazenda Pública lançados à época do Código de Processo Civil de 1973 continuam os mesmos, como a remessa necessária, previsão do precatório e a sentença judiciária e o risco de irreversibilidade da antecipação da tutela (VIANA, 2003, p.125-126).

No que concerne à remessa necessária, que para alguns doutrinadores seria obstáculo para a concessão de tutela antecipada contra a Fazenda Pública, conforme visto no tópico anterior, observa-se que no Código de Processo Civil de 2015, no art. 496, as hipóteses do duplo grau de jurisdição sofreram alterações em comparação com o art. 475 do Código de Processo Civil de 1973.

O Estatuto Processual anterior previa que não se aplicava à remessa necessária sempre que a condenação, ou o direito controvertido, fosse de valor certo não excedente a 60 (sessenta) salários-mínimos, bem como no caso de procedência dos embargos do devedor na

execução de dívida ativa do mesmo valor, e também quando a sentença estiver fundada em jurisprudência do plenário do Supremo Tribunal Federal ou em súmula deste Tribunal ou do Tribunal Superior competente.

Já o novo Código estabelece, no art. 496, parâmetros diferentes de valores de condenação da Fazenda Pública, a depender da pessoa jurídica, para a aplicação da remessa necessária. Veja-se que, se a condenação da União e as respectivas autarquias e fundações de direito público for inferior em valor líquido e certo de 1.000,00 (mil) salários-mínimos, não se aplica a remessa necessária.

No caso de condenação dos Estados, o Distrito Federal, as respectivas autarquias e fundações de direito público e os Municípios que constituam capitais dos Estados, em 500 (quinhentos) salários-mínimos, não se aplica a remessa necessária.

Ademais, se a condenação dos demais Municípios e respectivas autarquias e fundações de direito público for em 100 (cem) salários-mínimos, também não se aplica o mencionado art. 496.

Dessa forma, verifica-se que o Novo Código de Processo Civil de 2015 trouxe explicitamente em seu texto, especificamente no *caput* do art. 1.059, as vedações à concessão de tutela provisória contra a Fazenda Pública, pondo fim à discussão de que não haveria a sua previsão no Estatuto Processual Civil e que, portanto, não seriam aplicadas, mas somente nas leis extravagantes.

Ao mesmo tempo em que o citado art. 1.059, com acerto, deixou de mencionar as Leis nº 4.348/64 e a Lei nº 5.021/66, como havia no art. 1º da Lei nº 9.494/97, uma vez que foram revogadas pela Lei nº 12.016/09.

Portanto, quanto às vedações lançadas pela Fazenda Pública à concessão de tutela provisória em seu desfavor, não houve alterações do Código anterior para o Novo, vez que a Lei nº 8.437/92, e Lei nº 12.016/09, continuaram em vigor.

## CONCLUSÃO

A tutela antecipada visou garantir a efetividade do processo, para que a parte obtivesse o bem da vida pretendido sem que precisasse aguardar até o trânsito em julgado da ação, com o julgamento de todos os recursos porventura interpostos.

A tutela antecipada no Código de Processo Civil, como instrumento processual capaz de antecipar os efeitos da sentença de mérito, mediante o preenchimento de certos requisitos previstos em lei, sofreu alterações desde a sua implantação, com a reforma processual de 1994, até os dias atuais.

Essas alterações no direito processual civil surgiram com intuito de adequá-lo à nova realidade e, conseqüentemente, reduzir a morosidade na tramitação dos feitos, dando ao jurisdicionado e aos profissionais do direito, mais instrumentos de proteção e efetividade na busca da justiça.

Com a promulgação da Lei nº 13.105, em 16 de março de 2015, que trata do Novo Código de Processo Civil, houve mudanças significativas no estatuto anterior, especialmente, na parte que trata da antecipação dos efeitos da tutela, havendo a mudança de nomenclatura de “tutela antecipada” e “processo cautelar” para “tutela provisória”, com alterações de suas espécies, requisitos, dentre outros.

Verificou-se no presente trabalho que o legislador pretendeu ampliar as hipóteses de concessão de tutela antecipada, garantindo o seu deferimento não apenas quando houvesse a urgência, mas também a evidência do direito invocado.

O Código de Processo Civil de 2015 ainda previu a chamada tutela antecedente, que poderá ser deferida e efetivada sem a necessidade de uma sentença de mérito ao final, ou seja, basta a concessão da tutela e a entrega do direito pretendido, mecanismo este não previsto no Estatuto Processual Civil de 1973.

No tocante à tutela de urgência contra a Fazenda Pública, o Código de Processo Civil de 2015 inovou ao prever, em seu art. 1.059, que se aplicava a tutela provisória requerida contra a Fazenda Pública o disposto nos arts. 1º a 4º da Lei nº 8.437, de 30 de julho de 1992, e no art. 7º, parágrafo 2º, da Lei nº 12.016, de 7 de agosto de 2009.

Ressalte-se que a inovação a que se refere o parágrafo anterior não é em relação às vedações, mas sim a previsão expressa no Estatuto Processual Civil, uma vez que no Código

anterior não existia essa previsão expressa, somente nas leis extravagantes.

Observou-se que o legislador manteve as vedações às concessões de tutela antecipada contra a Fazenda Pública, como previsto no Estatuto Processual Civil de 1973, reforçando a sua previsão ao dispor, expressamente, no art. 1.059 do Código de Processo Civil de 2015.

O Novo Código, ao tempo em que ampliou as hipóteses de concessão de tutela antecipada, optou em manter as restrições à sua concessão contra a Fazenda Pública, o que gerou críticas de doutrinadores como Bueno (2003, p. 192), especialmente, em razão dos princípios da isonomia e da inafastabilidade do controle jurisdicional e do direito ao acesso à justiça, insculpido no art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal.

Já Cunha (2016, p. 305), defende que não há inconstitucionalidade nas vedações à concessão de tutela provisória contra a Fazenda Pública, previstas no art. 1.059 do Código de Processo Civil de 2015, porém ressalta que, em situações excepcionais, poderá haver a concessão da tutela mesmo nos casos vedados em lei, na hipótese de ser comprovado o risco de dano.

Mesmo sendo mantidas essas vedações, deve-se aguardar o posicionamento dos Tribunais e das Cortes Superiores a respeito do tema, mormente nos casos em que há vedação expressa na lei processual civil.

Conclui-se, portanto, que o Novo Código de Processo Civil inovou ao ampliar as hipóteses de concessão de tutela antecipada, garantindo ao cidadão mais proteção jurisdicional e efetividade à Justiça, todavia, permaneceram as restrições quanto ao deferimento dessas tutelas quando a parte contrária for a Fazenda Pública, inclusive dispondo, explicitamente, no art. 1.059 a respeito dessas vedações.

## REFERÊNCIAS

- ANDRADE, Sérgio Monteiro. Tutela antecipada. **Revista dos Tribunais**. São Paulo. v. 740, p. 165, jun. 1997.
- ARAÚJO, Luis Carlos de; MELLO, Cleyson de Moraes. (coord.) **Curso do novo processo civil**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editora, 2017.
- BARROS, Guilherme Freire de Melo. **Poder público em juízo**. 4. ed. Salvador: JusPODIVM, 2014.
- BRASIL. **Lei Nº 5.869**, de 11 de janeiro de 1973. Código de Processo Civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L5869.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm)>. Acesso em 22 agosto 2017.
- BRASIL. **Lei Nº 13.105**, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm)> Acesso em 22 agosto 2017.
- BUENO, Cassio Scarpinella. **Manual de direito processual civil**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- . **O poder público em juízo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, São Paulo. 2003.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2012.
- CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A fazenda pública em juízo**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.
- DECOMAIN, Pedro Roberto. **Mandado de segurança: o tradicional, o novo e o polêmico na Lei 12.016/09**. São Paulo: Dialética, 2009.
- DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil**. 17 ed., Salvador: JusPODIVM, 2015.
- ; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil – v. 2: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória**. 10. ed. Salvador: JusPODIVM, 2015.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. **A nova era do processo civil**. 2. ed., São Paulo, Malheiros, 2003.
- DONIZETTI, Elpidio. **Curso didático de direito processual civil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2008.
- GUERRA, Marcelo Lima. **Estudos sobre o processo cautelar**. 1. ed., São Paulo. Malheiros, 1995.
- LEITE, Ezequias da Silva. O cidadão e a fazenda pública. **THEMIS – Revista da Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará**. Fortaleza, CE, v. 3, n. 2, 2003.

- LIMA, Tiago Asfor Rocha. **Antecipação dos efeitos da tutela**. Salvador: JusPODIVM, 2009.
- LUZ, Valdemar P. da. **Dicionário jurídico**. São Paulo: Manole, 2014.
- MAIA FILHO, Napoleão Nunes. **Princípios jurídicos e garantismo judicial**. 1 ed. Fortaleza: Curumim, 2016.
- MARINONI, Luis Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual do processo de conhecimento**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- MEDINA, José Miguel Garcia. **Direito processual civil moderno**. 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
- MOURA, Gregório Moreira. Conciliação e advocacia pública. **Justiça & Cidadania**, Rio de Janeiro, RJ, ed. 193, set. 2016.
- NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de processo civil comentado**. 14. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. 8. ed. Salvador: JusPODIVM, 2016.
- . **Manual de direito processual civil**. Rio de Janeiro: Método, 2012.
- PAIM, Gustavo Bohrer. **Estabilização da tutela antecipada**. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2012.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **O novo regime jurídico do mandado de segurança: comentários à Lei n. 12.016, de 07 de agosto de 2009**. São Paulo: MP Ed., 2009.
- ROCHA JÚNIOR, Raimundo Lívio. **Revista Cearense Independente do Ministério Público**. Fortaleza, Ano VIII, 26 jun. 2005.
- RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Suspensão de segurança: Sustação da eficácia de decisão judicial proferida contra o poder público**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. São Paulo, 2000.
- SILVA, Plácido e. **Vocabulário jurídico conciso**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. 57. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.
- TUCCI, José Rogério Cruz e. *et al.* (Org.). **Código de processo civil anotado**. São Paulo: Associação dos Advogados de São Paulo, 2015.
- VIANA, Juvêncio Vasconcelos. **Efetividade do processo em face da fazenda pública**. São Paulo: Dialética, 2003.
- WABIER, Teresa Arruda. *et al.* **Primeiros comentários ao novo código de processo civil: artigo por artigo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.
- ZAVASCKI, Teori Albino. Antecipação de Tutela e Colisão de Direitos Fundamentais. *In* TEIXEIRA. Sávio de Figueiredo. **A reforma do código de processo civil**. São Paulo:

Saraiva, 1996.