



**UNIVERSIDADE ESTADUAL DO PIAUÍ**

Joyciane Carvalho Borges

**RESTRIÇÕES À CONCESSÃO DE TUTELAS PROVISÓRIAS E O  
DIREITO SOCIAL À SAÚDE**

**TERESINA**

**2017**

**JOYCIANE CARVALHO BORGES**

**RESTRIÇÕES À CONCESSÃO DE TUTELAS PROVISÓRIAS E O  
DIREITO SOCIAL À SAÚDE**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado  
à Universidade Estadual do Piauí como  
requisito para a obtenção do título de  
Bacharel em Direito.

**Orientador:** Prof. Esp. Thiago Brandão de  
Almeida.

TERESINA

2017

**JOYCIANE CARVALHO BORGES**

**RESTRIÇÕES À CONCESSÃO DE TUTELAS PROVISÓRIAS E O  
DIREITO SOCIAL À SAÚDE**

Monografia apresentada ao Curso de Bacharelado em Direito na Universidade Estadual do Piauí como exigência para a conclusão do Curso de Bacharelado em Direito.

Aprovada em \_\_\_\_/\_\_\_\_/2017

Nota:\_\_\_\_\_

---

Prof. Especialista Thiago Brandão de Almeida (Universidade Estadual do Piauí)  
(Orientador)

---

Joseli Lima Magalhães (Universidade Estadual do Piauí)

---

João Ricardo Imperes de Lima (Universidade Estadual do Piauí)

## **DEDICATÓRIA**

Dedico este trabalho Àquele que mais amou no mundo, o Senhor Jesus Cristo, bem como à minha família, aos diletos professores que partilharam seus conhecimentos ao longo da graduação, especialmente ao meu orientador e, ainda, aos que se valerem deste trabalho.

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço aos meus professores que repassaram seus conhecimentos e vivências ao longo desses cinco anos, especialmente meu orientador que me desafiou a compreender o processo civil desde de que lecionou a disciplina para a minha turma e a professora Gillian que do direito das sucessões a monografia jurídica aprendi a admirar, agradeço ainda, ao senhor José Nilton Veras Batista, presidente do NATEM, que me auxiliou na compreensão de aspectos pertinentes a este Trabalho de Conclusão do Curso.

“Sendo assim, ensina-nos, pois, a contar nossos dias, a fim de que possamos alcançar um coração verdadeiramente sábio!”

Salmo 90: 12 – Bíblia Sagrada

## **RESUMO**

O presente trabalho de conclusão de curso tem como objetivo geral analisar as tutelas provisórias de modo a definir a amplitude de aplicação do instituto, contempla para tanto as restrições de sua concessão e a aplicação elastecida do instituto quando tratam-se de demandas sociais de saúde. É preciso salientar que a vigência o CPC/2015 ampliou as hipóteses ordinárias de concessão de tutelas provisórias e disciplina de forma econômica diferenciações subjetivas e objetivas de aplicação das tutelas de cognição sumária. Esta revisão bibliográfica que valeu-se de método hipotético-dedutivo concluiu pela aplicação restritiva do instituto para além das vedações legais, especialmente em relação: a concessão de tutela de evidência em caráter liminar; a tutela de urgência (antecedente ou incidental) que importe em perda do objeto quando desprovida de calção a garantia, a não ser que o direito material seja muito relevante (como o direito social à saúde) e, mesmo assim, sem a possibilidade de uma estabilização que se pretenda coincidente com a imutabilidade do provimento; por fim, concluiu-se que a aplicação do instituto e dos princípios processuais deve ser diferenciada para considerar distinção quanto ao sujeito processual que é gestor do interesse público, bem como a relevância do direito material demandado. Desse modo, o estudo, soma-se aos debates sobre institutos processuais específicos, de modo a contribuir para a superação dos novos dilemas, nisto consiste a relevância do mesmo.

**PALAVRAS-CHAVE:** Tutelas provisórias. Fazenda Pública em juízo. Novo CPC. Direito à saúde.

## **ABSTRACT**

The present work of course completion has the general objective of analyzing the provisional tutelages in order to define the scope of application of the institute, contemplates for both the restrictions of its grant and the applied elasticity of the institute when dealing with social health demands. It should be noted that the CPC / 2015 period extended the ordinary hypotheses of granting provisional tutelages and discipline in an economic way subjective and objective differentiations of the application of the tutelages of summary cognition. This bibliographic review using the hypothetical-deductive method concluded by the restrictive application of the institute beyond the legal prohibitions, especially in relation to: the granting of evidence protection in an injunction; (Antecedent or incidental) protection that implies loss of the object when the guarantee is not used, unless the substantive law is very relevant (such as the social right to health), and even without the possibility of a Stabilization that is intended to coincide with the immutability of the provision; Finally, it was concluded that the application of the institute and the procedural principles must be differentiated in order to distinguish between the procedural subject who is the manager of the public interest and the relevance of the substantive law demanded. In this way, the study joins debates on specific procedural institutes, in order to contribute to overcoming the new dilemmas, in which lies the relevance of the same.

**KEYWORDS:** Guardianship provisional. Treasury in court. New CPC. Right to health.

## **LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS**

ADFT – Ato das Disposições Finais e Transitórias

Art. – Artigo

CF – Constituição Federal

CNJ – Conselho Nacional de Justiça

CPC – Código de Processo Civil

CRFB – Constituição da República Federativa do Brasil

DPJ – Departamento de Pessoa Judiciária

ENFAM – Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados

LRF – Lei de Responsabilidade na Gestão Fiscal

NATEM/PI– Núcleo Técnico de Apoio ao Magistrado do Estado do Piauí

**NCPC** – Novo Código de Processo Civil

**STF** – Supremo Tribunal Federal

**STJ** – Superior Tribunal de Justiça

**SUS** – Sistema Único de Saúde

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO .....</b>	<b>11</b>
<b>2 PROCESSO CONSTITUCIONALIZADO .....</b>	<b>14</b>
<b>2.1 Garantias Processuais na CF/88 .....</b>	<b>16</b>
2.1.1 Princípio da Igualdade e as Prerrogativas Processuais da Fazenda Pública .....	17
2.1.2 Princípio da Duração Razoável do Processo .....	19
2.1.3 Princípio do Contraditório Substancial .....	20
<b>2.2 A Inafastabilidade da Jurisdição Como Fundamento Constitucional para as Tutelas Provisórias .....</b>	<b>21</b>
<b>2.3 Princípios Constitucionais Orçamentários e as Garantias Processuais .....</b>	<b>23</b>
<b>3 TUTELAS FUNDADAS EM COGNIÇÃO SUMÁRIA .....</b>	<b>25</b>
<b>3.1 Histórico da Concessão de Tutelas Fundadas em Cognição Sumária no Direito Brasileiro .....</b>	<b>25</b>
<b>3.2 Histórico das Restrições a Concessão de Tutelas de Caráter Antecipatório Contra a Fazenda Pública .....</b>	<b>29</b>
<b>4. A LEGITIMAÇÃO DAS TUTELAS DE URGÊNCIA EM FACE DO ESTADO .....</b>	<b>35</b>
<b>4.1 Breve Histórico da Constitucionalização dos Direitos Sociais .....</b>	<b>35</b>
<b>4.2 A Repercussão da Judicialização das Demandas Sociais de Saúde na Flexibilização das Restrições do artigo 1059 do ADFT do CPC/2015 .....</b>	<b>39</b>
<b>5 A NOVA DISCIPLINA DAS TUTELAS PROVISÓRIAS E A FAZENDA PÚBLICA EM JUÍZO .....</b>	<b>43</b>
<b>5.1 Tutelas Provisórias no NCPC .....</b>	<b>44</b>
<b>5.2 Limites a Concessão de Tutelas Provisórias no NCPC a as Demandas Sociais de Saúde .....</b>	<b>48</b>

<b>6 CONSIDERAÇÕES FINAIS .....</b>	<b>54</b>
<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>57</b>

## **1 INTRODUÇÃO**

A nova disciplina do Direito Processual Civil impõe reflexões acerca de institutos processuais introduzidos no Brasil, bem como as modificações operadas naqueles já conhecidos e consagrados. Nesse sentido, o presente trabalho realizou estudos acerca do delineamento conceitual para a concessão das tutelas provisórias em face do Estado, considerando o advento do novo Código de Processo Civil (CPC), para além de questões já pacificadas.

Este estudo intentou ser preciso na designação dos institutos, pois a própria linguagem materializada na escolha vocabular já poderá indicar uma filiação teórica. Dessa forma, caminhou-se para o aprofundamento teórico a fim de conhecer os limites de aplicação das tutelas provisórias frente ao Poder Público, em razão da peculiaridade desta parte, sendo diferenciada sua atuação em juízo, visto que ela atrai a aplicação do direito público e possui prerrogativas processuais e materiais em razão da gestão do interesse público.

À primeira vista parece obvia a delimitação de aplicação do instituto em face do Estado, pois deveria ser coincidir com a inexistência das vedações legais a que o art. 1059, do ADFT, do NCPC faz menção, quais sejam: art. 1º ao 5º, da Lei nº 8.437/1992 e o §2º, do art. 7º, da Lei nº 12.016/2009. Todavia, a evolução legislativa disposta ao longo do trabalho demonstra a necessidade de uma referibilidade constitucional por meio da aplicação de princípios processuais consagrados na Constituição Federal, e presentes também na legislação infraconstitucional destacadamente o NCPC. Além disso, há que se observar o interesse público, que é a busca pelos interesses da coletividade e que se perfaz pela prestação de serviço público, pela garantia dos direitos sociais mediante políticas públicas tanto quanto evitando-se repercussões injustificadas no erário. Porém, forçoso é reconhecer a sutileza na compreensão desse último aspecto, tendo em vista tratar-se de interesse público secundário.

Merece destaque o fato de que a compreensão das repercussões das tutelas provisórias contra o Estado alicerçou-se em conhecimentos anteriores e conceitos jurídicos emprestados de outros ramos do Direito. Imprescindível foi o conhecimento prévio da aplicação plena das normas constitucionais, ainda que por meio do direcionamento legislativo ou de seu efeito negativo; o conceito e a composição da Administração Pública, bem como do próprio conceito de Fazenda Pública em juízo, auxiliado pela compreensão da existência de

demandas sociais de massa, como se dá a sua efetivação e das legislações e doutrina pertinentes.

Partindo dessas concepções, serão esmiuçados os direitos e garantias que instruem o processo civil, especialmente voltados para a compreensão das tutelas sumárias. Nesse mister, será aprofundada a análise das demandas de massa que se referem ao direito social à saúde, uma vez que esse tipo de lide apresenta como características, especialmente: a) o poder público ser o grande demandado; b) as tutelas provisórias serem frequentes; c) estas geralmente imporem a perda do objeto da lide, pela natureza do Direito e pelo perfil dos autores; d) e finalmente, pela incompatibilidade da execução da demanda com o regime de precatórios e com a execução específica.

Muito embora o direito social à saúde seja plenamente difundido como oponível ao Estado, ainda que individualmente e sem demais considerações, é válido ressaltar que, por ser norma de eficácia contida, aplicável mediante política pública, ele toca o mérito administrativo, logo sua apreciação judicial não viola a separação de poderes quando a análise contempla apenas os limites do mérito, por exemplo, no caso da concessão do mínimo existencial pelo Poder Público à sociedade no que se refere à saúde e atenção básicas.

Desse modo, é de alta relevância a análise deste tipo de demanda, a fim de delimitar conceitualmente as possibilidades de concessão de tutelas provisórias de urgência, em caráter antecedente e incidental (liminar ou no curso do processo), bem como suas consequências (execução provisória e estabilização da demanda).

Não obstante, as tutelas de evidência prescindem de uma relação com as demandas sociais de saúde, sendo um instituto vastamente utilizado em diferentes lides, contudo elas foram analisadas ao longo do trabalho considerando o contexto desse tipo de demanda social pela larga utilização desse instituto em lides dessa natureza, pelo potencial alto de concessão mesmo frente as restrições do instituto quando o Estado encontra-se no polo passivo e, finalmente, por terem sido modificadas ao longo do novo código imprimindo assim novos desafios a sua aplicação. Dessa maneira, estabeleceu-se um panorama dos limites à concessão de tutelas fundadas em cognição sumária contra o Estado em paralelo com as flexibilizações no contexto de demandas sociais de saúde.

Uma vez esclarecido o objeto de estudo deste trabalho, é preciso estabelecer a metodologia que será utilizada. Na espécie, a pesquisa bibliográfica foi auxiliada pela análise de julgados pertinentes ao tema, à observação atenta à nova legislação e aos dados fornecidos

pelos órgãos oficiais acerca dos maiores litigantes, ainda que a perfeita compreensão dos institutos não se resuma a dados estatísticos. Vale ressaltar, que o estudo em questão não prescindirá da análise dos mecanismos que o Judiciário dispõe para deferir tutelas sumarizadas com um maior grau de certeza.

A pesquisa será realizada a partir dos paradigmas da pesquisa científica, porém, de modo a considerar as peculiaridades da pesquisa nas ciências humanas. Neste objetivo, será majoritariamente utilizado o suporte teórico nacional, a fim de pensar o objeto de estudo a partir de teorias próprias, embora possam ser valorosas as comparações com as teorias estrangeiras. Toda a análise bibliográfica da literatura pertinente será feita a partir da concepção de adequação do Direito às normas com valor constitucional, tais como a própria Constituição e os atos de disposição transitórios.

O constitucionalismo reverberou em diferentes aspectos do direito, transformando o próprio conceito da tutela jurisdicional. Numa compreensão evolutiva desse paradigma, atualmente, o dever de tutelar não se restringe a edição de normas e as atividades fático-administrativas, sendo também necessário a tutela jurisdicional dos direitos fundamentais incluindo-se nestes o direito fundamental a tutela jurisdicional efetiva<sup>1</sup>, materializado principalmente nas tutelas provisórias.

Vale dizer que tanto a Constituição quanto o constitucionalismo são criações conceituais humanas arquitetadas e aperfeiçoadas ao longo do tempo. A conformação atual não é uma descoberta científica tal qual nas ciências naturais, mas uma construção que culminou num sistema jurídico no qual a Constituição garantista é fundamento de validade para todo o ordenamento jurídico, ou seja, a situação fático jurídico normativa hodierna é o resultado de um processo racional de construção do sistema jurídico que culminou em uma certa ruptura da compreensão anterior. O constitucionalismo não permaneceu incólume ao tempo, adquirindo uma nova interface, conhecida como neoconstitucionalismo, marcada especialmente pela redemocratização da Europa continental no pós-Guerra.

No Brasil, a inserção desse modelo não foi imediata. A Constituição Federal de 1988 foi quem rompeu com a tradição das cartas políticas anteriores, ao legislar acerca de diversos ramos do Direito, retirando a centralidade que outrora era conferida aos códigos, impondo uma leitura conforme a constituição para todo o ordenamento jurídico brasileiro. Ademais a própria alteração de postura do Supremo Tribunal Federal, visto que a corte constitucional de Moreira Alves interpretava mais restritivamente as atribuições do Supremo.

Não obstante, a mudança paradigmática foi possibilitada principalmente pelo advento do Constitucionalismo Contemporâneo<sup>2</sup>, *in verbis*:

1 MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo (Curso de Processo Civil, v. 1).** .<sup>a</sup> Edição, 2<sup>a</sup> tiragem. Editora ... São Paulo-SP, 2012, p. 139-141.

2 No presente trabalho serão utilizados os termos **Constitucionalismo Contemporâneo** e **Neoconstitucionalismo** como sinônimos para designar o movimento que desaguou nas Constituições do pós Segunda Guerra Mundial. Embora o doutrinador Lênio Luiz Streck em seu Livro Verdade e Consenso – bibliografia utilizada – os diferencie, pois entende inadequado o termo Neoconstitucionalismo à medida que pode levar *ao equívoco de que esse movimento leva à superação de um outro constitucionalismo (fruto da modernidade)*. No entendimento dele essas conquistas do Constitucionalismo Contemporâneo são *continuadoras de um processo histórico* concebido dentro de um *movimento teórico jurídico-político* em que se busca *limitar o*

[...] pode-se dizer que o Constitucionalismo Contemporâneo representa um redirecionamento no práticas político-jurídica, que se dá em dois níveis: no plano da teoria do Estado e do Direito, e no plano da teoria do direito, no interior da qual se dá a reformulação da teoria das fontes (a supremacia da lei cede lugar à onipresença da Constituição); na teoria da norma (devido à normatividade dos princípios) e na teoria da interpretação (que, nos termos que proponho, representa uma blindagem às discricionariedades e aos ativismos)<sup>3</sup> [...]

Contudo, o movimento em si associado a evidente intenção da Assembleia Nacional Constituinte em implantar definitivamente o modelo constitucionalista não garantiram instantaneamente sua assimilação, que foi tardia diante da ausência de uma cultura constitucional pregressa nesse sentido. De forma que, o movimento em si, no Brasil, é mais eloquente como um meio de libertação do julgo omissio e irresponsável do legislador do direito - que, por vezes, também é injusto. Considerando-se a nítida dissonância entre previsões legislativas e aspirações coletivas aliada à possibilidade de superação da norma pela aplicação de princípios constitucionais delineia aquilo que chamamos de ativismo judicial e não efetivamente a consagração do constitucionalismo.<sup>4</sup>

A despeito das ponderações feitas acerca da cultura constitucional, a pretensa constitucionalização do sistema jurídico acompanhado de uma ampla previsão de direitos fundamentais quer individuais quer sociais trouxe algumas consequências. O aumento e o surgimento de novas demandas que reclamam a efetiva prestação estatal de direitos sociais, bem como o surgimento de um direito processual constitucional, compreendido não como “um ramo autônomo do Direito”, mas como “um ponto de vista metodológico e sistemático”<sup>5</sup>, pelo qual deve ser examinado o processo à luz das normas constitucionais.

Essas interfaces relacionam-se pois guardam íntima ligação com a efetividade da tutela jurisdicional. O Estado democrático de direito desenhado na constituição cidadã não deve apenas declarar os direitos fundamentais, mas deve garantir-los em tempo hábil para que sejam gozados, nessa mesma lógica o processo não deve ser centrado no respeito as normas

---

*exercício do Poder* por meio da garantia do exercício da cidadania (STRECK, Lênio Luiz. **Verdade e Consenso**. 4<sup>a</sup> Edição, 2<sup>a</sup> tiragem. Editora Saraiva. São Paulo-SP, 2012, p. 35/36/37).

3 STRECK, Lênio Luiz. **Verdade e Consenso**. 4<sup>a</sup> Edição, 2<sup>a</sup> tiragem. Editora Saraiva. São Paulo-SP, 2012, p. 37.

4 SILVA NETO, Monoel Jorge e. **O constitucionalismo brasileiro tardio**. Brasília: ESMEPU, 2016, p. 18/21.

5 BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. **O processo constitucional na concretização do Estado Democrático de Direito. Temas de direito processual democrático**. 1. ed, ISBN: 978-85-7463-411-1, Teresina: EDUFPI, 2012, p. 53.

que disciplinam os procedimentos, mas deve a partir de uma leitura constitucional propiciar a efetiva tutela desses direitos fundamentais amplíssimos a quem tenha direito.

Tal compreensão de que as normas processuais devem buscar legitimidade na Constituição representa o ápice da evolução do direito processual. O termo *a quo* dessa transformação é a experiência da justiça privada, passando pela codificação e, finalmente, a Constitucionalização, sobretudo no pós – Segunda Guerra, que culminou em um Estado Democrático de Direito, no qual as demandas são resolvidas por uma autoridade pública que proleta a decisão, em substituição às partes, sendo vedada a autotutela.

Diante disso, hodiernamente, o direito processual civil pode ser conceituado como um conjunto de normas que regulam o exercício da jurisdição, constituindo sua observância em uma garantia fundamental das partes. O processo existe para regulamentar o exercício das pretensões em juízo. Ele é de suma importância, uma vez que o particular não reputaria legítima a vedação ao uso das próprias razões – justiça privada – se lhe fosse ofertada em troca, somente, o exercício imperioso e arbitrário da jurisdição, sem garantia de ter efetivamente tutelados os seus direitos.

Nessa perspectiva, a codificação foi uma grande conquista em um primeiro momento. Todavia, o advento do holocausto nazista, no contexto da Segunda Guerra, fez perceber que eram necessárias garantias mais efetivas em face do arbítrio estatal, visto que, por procedimentos legais, foram restringidos os direitos de defesa e consignados atos atentatórios contra a dignidade humana. A partir destas reflexões, surgiram várias concepções neoconstitucionalistas que guardavam entre si a centralidade da norma constitucional (que implicou a constitucionalização dos demais ramos do Direito) e a existência de um núcleo intangível que resguardasse as minorias (em termos de representação parlamentar) contra eventuais maiorias, pelo menos em um regime democrático respeitador do Direito.

## 2.1 Garantias Processuais na CF/88

Mesmo diante do limitado alcance das dimensões do constitucionalismo no Brasil que, por ser recente, ainda carece de amadurecimento e independência em relação às referências estrangeiras, é preciso ressaltar que a Constituição de 1988 não é mais um repositório de promessas vagas e de exortações ao legislador infraconstitucional, sem aplicabilidade direta e imediata. As previsões consignadas na CF/88, bem como a doutrina e a

jurisprudência que se produziram a partir de sua promulgação, tiveram o mérito elevado de romper com a posição mais retrógrada para iniciar a consolidação do constitucionalismo brasileiro.<sup>6</sup>

O impacto desse novo paradigma é direto no cotidiano do cidadão. A passagem da Constituição para o centro do sistema jurídico a eleva à condição de filtro axiológico pelo qual se deve ler os diversos ramos do Direito. Nesse sentido, existem previsões específicas na Constituição que impõem o fim da supremacia do marido no casamento, a plena igualdade entre os filhos, a função social da propriedade<sup>7</sup>, dentre outros. E, ainda, princípios que se difundem por todo o ordenamento, como, por exemplo, a igualdade, o acesso à justiça, a duração razoável do processo, o contraditório substancial e a inafastabilidade do Judiciário ou direito de ação.

#### 2.1.1 Princípio da Igualdade e as Prerrogativas Processuais da Fazenda Pública

O princípio da igualdade expresso no *caput* do art. 5º, da CRFB não se esgota com a aplicação uniforme da norma jurídica, mas afeta diretamente o legislador, proibindo-lhe a concessão de privilégio de classe<sup>8</sup>. Assim, a isonomia deve ser compreendida como um comando para igualdade formal e material, assegurada a paridade de armas. Ou seja, além de vedar a discriminação, inclusive em face do legislador ao legislar, também no bojo de um processo devem ser concedidas oportunidades iguais entre as partes e os eventuais terceiros a elas equiparados de apresentar suas pretensões, manifestações e provas.<sup>9</sup>

Ocorre que, na realidade fática, existem diferenças subjetivas e objetivas entre os diversos atores sociais e isto repercute no acesso à justiça, bem como na capacidade de realizar atos processuais. Eis a razão pela qual o princípio da isonomia também se identifica com a imposição de prerrogativas processuais a fim de assegurar a paridade de armas conforme as previsões dos artigos 7º e 139, VI, do Código de Processo Civil. A legislação

6 BARROSO, Luís Roberto. **NEOCONSTITUCIONALISMO E CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)**. Escrito durante a estada do autor na Universidade de San Francisco (USFCA). S/n.

7 Idem.

8 NERY Jr., Nelson. **Princípios do processo na constituição federal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 100.

9 ALVIM, Teresa Arruda Wambier; DANTAS, Bruno; DIDIER JR, Frei; TALAMINI, Eduardo. **Breves comentários ao novo CPC**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 72.

contempla vários exemplos nesse sentido, *in verbis*: a previsão do art. 178, II, do CPC/2015 que impõe a atuação do Ministério Público nas causas que houver interesse de incapaz; regras especiais de competência territorial que se destinam a beneficiar vulneráveis (CPC, art. 53, I, II e III); a tramitação prioritária de processos que tenham idosos ou portadores de doença grave como parte ou interessado (CPC, art. 1.048); assim como as pessoas com deficiência (art. 9º, VII, da Lei 13.146/2015 – Estatuto da Pessoa com Deficiência), dentre outros.<sup>10</sup>

Essas regras diferenciadas se destinam a alcançar o equilíbrio e a adaptar-se às peculiaridades daquela parte que detém uma nota marcante e diferenciada em relação às demais. Diante disso, é possível compreender que o Poder Público, quando está em juízo, faz jus a tratamento peculiar, já que é preciso conferir às partes igualdade de oportunidades, para que, exercendo o contraditório, possam ter a oportunidade de influir no convencimento do magistrado por meio da apresentação dos elementos necessários e suficientes a demonstrar o acerto da respectiva tese ou defesa. Embora existam questionamentos acerca da própria constitucionalidade das regras diferenciadas, que são, na verdade, prerrogativas conferidas à Fazenda Pública no processo, não existe óbice à existência de tais regras, consoante se passa a demonstrar.<sup>11</sup>

Administração Pública não é titular do interesse público, mas apenas a sua guardiã, ela tem que zelar pela sua proteção. Daí a indisponibilidade do interesse público<sup>12</sup>. Diante disso, infere-se que o Poder Público, quando está em juízo, defende o conjunto de receitas públicas que deve ser utilizado para a persecução do bem comum pela prestação dos serviços públicos essenciais. O titular do erário não é o gestor, mas toda a coletividade. Desse modo, é fácil perceber que a Fazenda Pública em juízo supera interesses privados e circunstanciais. A constatação de que a atuação estatal é marcada pelo interesse público já seria suficiente para alicerçar a validade das diferenciações conferidas ao Poder Público.<sup>13</sup>

Ocorre que a Fazenda Pública, em regra, não reúne as mesmas condições de um particular para defender seus interesses em juízo, pois sua atuação é marcada pela

10 CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **A Fazenda Pública em Juízo.** 13ª Edição. Rio de Janeiro: Forense. 2016, p. 29.

11 CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **A Fazenda Pública em Juízo.** 13ª Edição. Rio de Janeiro: Forense. 2016, p. 29.

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

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

indisponibilidade do interesse público que, por sua vez, dificulta a celebração de acordos, mesmo que vantajosos, e o enfrentamento da burocracia na busca de provas e informações, o que representa uma perda significativa de tempo. Logo, previsões como a remessa necessária (CPC, art. 496) e a prerrogativa de prazos diferenciados com intimação pessoal (CPC, art. 183) são prerrogativas e não vantagens, pois visam reequilibrar as diferenças entre as partes. Ademais, a existência de um ente estatal em um dos polos da ação atrai a aplicação de regras de direito público, impondo a aplicação de diferenciações pelo próprio direto material, tais como: o ônus da prova é, em regra, atribuído ao particular em razão da presunção de legitimidade dos atos administrativos; a execução contra a Fazenda Pública é estruturada de modo a não haver constrição, nem expropriação de bens, devendo ser expedido precatório ou requisição de pequeno valor para a efetivação das sentenças condenatórias.<sup>14</sup>

#### 2.1.2 Princípio da Duração Razoável do Processo

O princípio da duração razoável do processo já era previsto na legislação infraconstitucional norteando, por exemplo, a aplicação de punições pela interposição de recursos meramente protelatórios na dicção do art. 17, VII, do Código de Processo Civil de 1973, mas somente ficou expresso no texto Constitucional após a Emenda Constitucional nº 45, que alterou a redação do art. 5º, LXXVIII. Esse princípio levou o Poder Judiciário, por meio de seus diversos órgãos, em especial pelo Conselho Nacional de Justiça, a buscar soluções para acelerar a realização do processo, como a informatização de todos os tribunais para implementação do processo eletrônico.<sup>15</sup>

Parece que o legislador também foi norteado por esse princípio na disposição do instituto das tutelas provisórias, que mitigou o ônus pela demora na prestação jurisdicional definitiva, o que nos leva a associá-lo à duração razoável do processo em sentido amplo, que engloba a obtenção dos efeitos da tutela. Tendo em vista que as tutelas provisórias antecipam o gozo do direito alegado ou asseguram-no pela adoção de cautelas para que ele seja

14 CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **A Fazenda Pública em Juízo.** 13<sup>a</sup> Edição. Rio de Janeiro: Forense. 2016, p. 29/33.

15 VILAS-BÔAS, Renata Malta. **Princípios constitucionais do Direito Processual Civil.** Disponível em: [http://www.ambito-juridico.com.br/site/n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=10180&revista\\_caderno=21#\\_ftn14](http://www.ambito-juridico.com.br/site/n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10180&revista_caderno=21#_ftn14). Acesso em: 20/08/2016.

efetivamente realizado ao final da lide – tutelas de urgência, ou ainda, ante a probabilidade de direito tão grande – tutela de evidência – invertem o ônus pela espera no processo.

O tempo em que será entregue a tutela jurisdicional definitiva, mediante o exercício da ampla defesa, do contraditório, dentre outras garantias constitucionais, preferencialmente culminando com um provimento baseado em cognição plena e exauriente, por vezes, é muito dilatado, porque além do tempo necessário para efetivamente tomar a providência, existem as etapas mortas do processo<sup>16</sup>. Embora seja razoável que a sentença declaratória ou constitutiva, que permitirá o gozo do direito alegado, seja proferida após dilação probatória, bem como o exercício do contraditório pela resposta do réu, em algumas lides, o tempo para exercer essas garantias torna-se incompatível com a manutenção do rito normal, no qual o exercício delas é prévio ao gozo do direito objeto da lide.

### 2.1.3 Princípio do Contraditório Substancial

O contraditório, por sua vez, é garantia fundamental da justiça e regra essencial do processo, à medida que ele determina que todas as partes estejam em condições de expor ao juiz as suas razões antes que ele profira a decisão. Elas devem ter assegurado o direito de desenvolver suas defesas de maneira plena e sem limitações arbitrárias, qualquer disposição legal que contraste com essa regra deve ser considerada inconstitucional e por isso inválida.<sup>17</sup> Este princípio-garantia, especialmente a partir da edição do novo código de processo civil, é marcado pela ciência e pela oportunidade de resposta ante os atos processuais, bem como pelo poder-dever do juiz ouvir as partes sobre todos os pontos do processo, incluídos os que possivelmente poderão ser decididos por ele, seja a requerimento da parte ou do interessado *ex officio*, desestimulando, assim, as decisões surpresa, conforme a disposição do art. 10 do CPC/2015.

A possibilidade de influir no provimento judicial levou a ampliação do binômio informação e reação para a dimensão de que o contraditório confere as partes a possibilidade de requerer e produzir provas dentro de um tempo compatível com a influência na decisão do juiz. Diante dessa nova dimensão é preciso delimitar, claramente, a aplicação e as mitigações

16 THEODORO JR., Humberto. **Celeridade e efetividade da prestação jurisdicional: insuficiência da reforma das leis processuais.** Revista de Processo. São Paulo, v. 30, n. 125, p. 61-78, jul.2005.

17 LIEBMAN, Enrico Túlio. **APUD MARCATO, Antônio Carlos. Preclusões: Limitação ao Contraditório?** Revista de Processo, São Paulo, ano 5, nº 17, 1980, p. 111.

no contraditório substancial, pois, anteriormente, tal princípio não comportava exceções<sup>18</sup>, embora pudesse ser deferido (caso das cautelares irrepetíveis na ceara penal e das tutelas provisórias no processo civil) não existiam possibilidades de não aplicação.

Todavia, o contraditório substancial impõe exceções, à medida que a concessão de tutelas provisórias em caráter antecedente implica na impossibilidade de uma das partes influenciar em decisão que poderá lhe ser desfavorável. O provimento somente poderá ser modificado ante o uso de meios de impugnação de decisões judiciais, e mesmo assim, via de regra, após produzir seus efeitos.

## **2.2 Inafastabilidade da Jurisdição e o Fundamento Constitucional das Tutelas Provisórias**

A centralidade constitucional como meio para resguardar o cidadão face ao arbítrio estatal e como proteção das minorias ante as maiorias impõe, no mínimo, uma reflexão acerca da efetiva tutela jurisdicional, uma vez que a mera declaração de direitos não atingiria tais fins.

Nesse contexto, surgiram, por exemplo, os mecanismos de controle de constitucionalidade que (aliados às cláusulas pétreas do art. 60, da CRFB) resultam na impossibilidade de limitação dos direitos dos titulares do poder – o povo – por regular exercício legiferante delegado aos seus representantes políticos, nesta medida, garantindo a perpetuidade da proteção de direitos constitucionalmente consagrados. A relevância do controle de constitucionalidade para a efetiva tutela jurisdicional está na garantia da existência, assim como na não supressão do direito, sendo que eventuais violações seriam afastadas pelo Poder Judiciário.

Não obstante a relevância do controle de constitucionalidade, este instituto não será pormenorizado, sendo utilizado, apenas, a partir da perspectiva de que é um pressuposto da efetiva tutela jurisdicional dos direitos sociais. O presente estudo destacará a amplitude da proteção jurisdicional e a sua repercussão na efetivação da tutela, por meio da análise do

<sup>18</sup> Sob a vigência do Código de 1973 a doutrina entedia que o contraditório não admitia exceções, mesmo nos casos de urgência, em que o juiz, para evitar o *periculum in mora*, provê *inaudita altera parte* (CPC, arts. 929, 32, 937, 813 ss.), pois o demandado poderia desenvolver sucessivamente a atividade processual plena, antes que o provimento se tornasse definitivo (CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel Dinamarco. *Teoria Geral do Processo*. 14ª edição. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 57).

disposto no art. 5º, inciso XXXV, da CRFB/1988. Nesse mister, é relevante o entendimento de Luiz Guilherme Marinoni, o qual identifica, na previsão do art. 5º, diversas nuances de direito, mesmo antes do advento do CPC/2015, vejamos:

[...] A norma constitucional que afirma que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de lesão a direito (CF, art. 5º, XXXV) significa, de uma vez só vez, que: i) o autor tem o direito de *afirmar* lesão ou ameaça a direito; ii) o autor tem o direito de ver essa *afirmação apreciada* pelo juiz quando presentes os requisitos chamados de condições da ação pelo 267<sup>19</sup>, VI, do CPC; iii) o autor tem o direito de pedir a apreciação dessa afirmação, ainda que um desses requisitos esteja ausente; iv) a sentença que declara a ausência de uma condição da ação não nega que o direito de pedir a apreciação da lesão ou ameaça foi exercido ou que a ação foi proposta e se desenvolveu ou foi exercitada; v) o autor tem o direito de influir sobre o convencimento do juiz mediante alegações, provas e, se for o caso, recurso; vi) o autor tem o direito à *sentença e ao meio executivo* capaz de dar plena efetividade à tutela jurisdicional por ela concedido; vii) o autor tem o direito a antecipação e à segurança da tutela jurisdicional; e viii) o autor tem direito ao *procedimento adequado* à situação de direito substancial carente de proteção.<sup>20</sup>

Contrária à interpretação amplíssima de Marinoni, a qual estende a disposição do art. 5º às execuções e às tutelas provisórias, é a concepção de J.J. Calmon de Passos, o qual defende que

[...]a garantia constitucional disciplinada no inciso XXXV do art. 5º da Constituição Federal (a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito) diz respeito, apenas, à tutela definitiva, aquela que se institui com a decisão transitada em julgado, sendo a execução provisória e a antecipação dos efeitos da tutela definitiva problemas de política processual, que o legislador pode conceder ou negar, sem isso incidir em constitucionalidade.<sup>21</sup>

A constitucionalização do processo civil, por sua vez, impõe que esse ramo do direito busque legitimidade no texto constitucional, em um dispositivo ou em vários, ou mesmo em seus princípios, quer implícitos, quer explícitos. Logo, a alegação de que a tutela provisória é mera questão de política processual é insuficiente. A ausência de indicação de um

19 A edição utilizada é anterior a vigência do CPC/2015 por isso faz referência a artigo do CPC/1973, porém o código atual mantém a previsão de extinção do processo quando não se verificarem interesse e legitimidade, *in verbis*: “**Art. 485** O juiz não resolverá o mérito quando: IV – verificar a ausência de pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo;”

20 MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de Direito Processual Civil. V. I – Da Teoria Geral do Processo.** São Paulo: Revista dos Tribunais. 2008. pg. 221.

21 PASSOS, J.J. Calmon. **Da Antecipação da Tutela, Reforma do Código de Processo Civil**, 3ª edição, São Paulo: Saraiva, 1996, p. 188-189.

fundamento constitucional deixa incompleta a explicação do instituto, uma vez que o dispositivo flexibiliza o contraditório – que é diferido – e redistribui o ônus pela espera no processo<sup>22</sup>, logo é imprescindível apontar dispositivo constitucional que autorize a legislação infraconstitucional a estipular tal previsão. Desse modo, tal doutrina necessita de complementação.

A despeito de vozes com pensamento diverso, a interpretação mais adequada parece ser aquela que identifica no texto do art. 5º, XXXV, da CF/88, a legitimação da tutela provisória, pois o texto legal dispõe a “lei não excluirá a apreciação do Poder Judiciário” não só a “lesão”, mas igualmente a “ameaça a direito”. A observação atenta do comando normativo impõe a verificação de que a “ameaça a direito” não é mero reforço teórico, mas uma autorização constitucional para a concessão de tutelas sumárias em situações nas quais exista efetivo risco ao bem da vida que se quer tutelado pela alegação do autor ou mesmo do réu.

## 2. 3 Princípios Constitucionais Orçamentários e as Garantias Processuais

As garantias processuais como acesso à justiça (por conseguinte, o direito a tutela provisória – desde que presentes os requisitos), a isonomia, etc. são oponíveis a Fazenda Pública justamente para resguardar o particular da ação do Estado.

Contudo, é preciso ressaltar que essas normas não possuem hierarquia superior as demais regras constitucionais em função de seu caráter de direito fundamental. Assim, mesmo possuindo natureza principiológica não excluem a utilização de outras de mesma hierarquia, caso sejam aplicáveis.

Nesse sentido, é necessário harmonizar os princípios econômico-financeiros e a as tutelas provisórias quando os litígios envolvem a fazenda pública, pois neste caso é o erário que suporta os encargos patrimoniais da demanda<sup>23</sup>, de forma que a eventual condenação da Administração Pública poderá repercutir no planejamento orçamentário do Estado e na devida

22 “A técnica antecipatória, é bom que se diga, é uma técnica de distribuição do ônus do tempo do processo. A antecipação certamente eliminará uma das vantagens adicionais do réu contra o autor que não pode suportar, sem grave prejuízo, a lentidão da justiça.” MARINONI, Luiz Guilherme. **A Antecipação da Tutela**. 3 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1997, p. 21.

23 MEIRELES, Heli Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 24 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1994, p. 624-625.

materialização da busca pelo interesse público. Considerando esta distinção, restrições maiores a decisões contrárias ao Poder Público não afrontam a isonomia, sendo consequentes lógicos dela.

Ainda que se trate de interesse público secundário, é a diferenciação da Fazenda Pública é necessária porque o erário se destina tanto ao pagamento de passivos judiciais quanto a prestação de serviços a coletividade mediante um planejamento, tendo em vista que o Poder Público como gestor do interesse público não pode agir senão em virtude de lei, ou seja, mediante autorização do povo por meio de seus representantes.

Ademais a constituição em seu art. 167, inciso III, ratificada pelo artigo 4º, inciso I, alínea “a”, da Lei de Responsabilidade Fiscal consagra o princípio do equilíbrio orçamentário determinando ao governo que condicione a realização de dispêndios ao ingresso de recursos capazes de financiá-los, contudo a execução imediata de várias decisões precárias de caráter pecuniárias referentes a tutelas provisórias têm potencial de desequilibrar o orçamento a medida que não são gastos planejáveis. Embora existam ferramentas como crédito especial, contingenciamento de despesas, tais medidas são oneram a coletividade sobremaneira, logo devem ser excepcionais. No caso mencionado também existe uma possível afronta ao princípio do planejamento (artigos 47 a 50 da Lei nº 4.320/1964, 7º e 16 do Decreto-lei nº 200/1967) pois ele determina a obrigatoriedade de especificar os gastos por meio de programas de trabalho, o que permite uma identificação dos objetivos e metas a serem atingidos, o que é dificilmente obtido nesse caso. O plano de ação governamental consubstanciado no orçamento público visa a persecução de interesses não meramente individuais, logo é natural que possibilite certas flexibilizações de direitos fundamentais em determinadas situações<sup>24</sup>.

24 NETO, José Alves. **Princípios Orçamentários: Uma análise no contexto das constituições e de leis orçamentárias federais..** Monografia (Curso de Especialização em Orçamento Público). TCU. Brasília 2006.

### **3.1 Histórico da Concessão de Tutelas Fundadas em Cognição Sumária no Direito Brasileiro**

A concessão de tutela fundada em cognição sumária no direito brasileiro é uma possibilidade jurídica relativamente recente, marcada pela historicidade. Este instituto não tem um marco claro, pois o seu surgimento deu-se a partir de legislações esparsas e da jurisprudência.

Tutela jurisdicional pode ser conceituada como a proteção conferida pelo Estado a uma situação regulada no plano do direito material, conferindo a determinada pessoa o direito potestativo ou subjetivo que, eventualmente, não foi observado espontaneamente por quem deveria fazê-lo.<sup>25</sup> Ela é interdependente da cognição judicial, que é o processo de conhecimento do objeto processual produzido por um pensamento de natureza abstrata, aliado a uma série de representações que serão produzidas pela mente do juiz no curso do processo. Portanto, na cognição judicial existe tanto o pensamento abstrato (como ação cognitiva propriamente dita), como representações geradas pelos dados físicos do processo e que vão impressionando o intelecto do juiz até que ele seja capaz de gerar o cenário intelectual do conflito e materializar esse esforço intelectual em uma decisão na qual o Estado-juiz confere proteção à tutela jurisdicional, ainda que por meio de conduta negativa.<sup>26</sup>

A correlação entre o magistrado (sujeito cognoscente) e o objeto litigioso (objeto cognoscível) é chamada de cognição judicial. Estapode ser compreendida pela análise dos critérios vertical e horizontal, isto é, a profundidade com a qual as matérias alegadas são analisadas pelo julgador e a amplitude com que as matérias podem ser alegadas, respectivamente. O critério da amplitude diz respeito a imposição de limites pelo legislador acerca das matérias alegáveis em juízo num determinado momento, variando entre a cognição

25 BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Notas sobre o problema da “efetividade” do processo.** Revista da Associação dos juízes do Rio Grande do Sul (AJURIS), Porto Alegre, ano 10, n. 29, p. 77-94, 1983.

26 DIAS, Jean Carlos. **Reflexões acerca da teoria da cognição no processo.** Revista do Programa de Mestrado em Ciência Jurídica da Fundinopi. p. 208. (PDF digital – p.06)

limitada e a plena<sup>27</sup>. O da profundidade, por sua vez, guarda relação com a segurança jurídica do provimento judicial e a duração do processo, oscilando entre cognição sumária e exauriente. A doutrina aduz que as possibilidades de cognição estão na combinação dos critérios vertical e horizontal.<sup>28</sup>

A cognição sumária, quer seja plena ou limitada, atinge superficialmente o objeto processual (plano vertical). A utilização dessa espécie de cognição é permitida, via de regra, em razão da urgência (tutelas provisórias de urgência, cautelares ou satisfativas), pois nestas hipóteses não há tempo para deflagrar uma cognição exauriente e, hodiernamente, em razão da evidência. Na cognição exauriente, quer plena ou limitada, procede-se a uma cognição profunda e detalhada em torno do objeto da lide posta ao julgamento do Estado-juiz.

A concessão da tutela jurisdicional com cognição exauriente somente é possível após regular instrução processual, produção de prova dialeticamente, o que naturalmente demora um tempo considerável. Diante disso a técnica legislativa e a inventividade advocatícia criaram soluções para redistribuir o ônus pela duração do tempo<sup>29</sup>, embora não tenham efetivamente diminuído o tempo processual, pois na lição de Humberto Theodoro Júnior:

O que retarda intoleravelmente a solução dos processos são as **etapas mortas**, isto é, o tempo consumido pelos agentes do Judiciário para resolver a praticar os atos que lhes competem. O processo demora é pela **inércia** e não pela exigência legal de longas diligências.<sup>30</sup>

Apesar de não solucionar a demora do processo, visto que é preciso uma duração razoável para a cognição exauriente que fundamenta a sentença, foram criadas soluções para que, no caso concreto a parte gozasse antecipadamente o direito alegado.

O antigo código, que teve por base o projeto do grande jurista Alfredo Buzaid – o Código de Processo Civil de 1973 – desenhou um modelo processual no qual subsistia a

27 Um exemplo de cognição limitada é o da contestação na Ação de Desapropriação pela redação do Art. 20, do decreto-lei 3.365/1941, *in verbis*: “A contestação só poderá versar sobre vício do processo judicial ou impugnação do preço; qualquer outra questão deverá ser decidida por ação direta.” Já a cognição plena pode ser observada quanto as matérias alegáveis em Recurso Ordinário Constitucional e Apelação, por exemplos, uma vez que são recursos com amplíssimas possibilidades de alegação, vedada apenas a disposição de matérias que prejudiquem o recorrente, pois seria ilógica sua veiculação”.

28 WATANABI, Kazuo. **Da cognição no processo civil**, 2<sup>a</sup> ed., Campinas: Bookseller: 2000, p. 115/121.

29 MARINONI, Luiz Guilherme. **A Antecipação da Tutela**, 3<sup>a</sup> ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1997, p. 21.

30 THEODORO JR., Humberto. **Celeridade e efetividade da prestação jurisdicional: insuficiência da reforma das leis processuais**. Revista de Processo. São Paulo, v. 30, n. 125, p. 61-78, jul.2005.

tríade: processo de conhecimento, execução e cautelar. O código disciplinava algumas cautelares nominadas e preceituava no art. 798 do CPC/1973 um poder geral de cautela, de modo a permitir também cautelares inominadas. A tutela provisória só existia em alguns procedimentos especiais, só que com nomenclatura diferente da atual, como é o caso, por exemplo, da liminar em ação possessória, que se tratava de uma tutela de evidência.

A prática forense, por sua vez, não entendeu suficientes as hipóteses previstas na lei, pois, em muitos casos, a proteção asseguratória não era suficiente ou confundia-se com a satisfação antecipada, pois, a fim de evitar o perecimento era preciso garantir o próprio gozo do direito. Nesse sentido, o poder geral de cautela, destinado a medidas urgentes para assegurar uma satisfação futura, foi descharacterizado para possibilitar a antecipação dos efeitos do provimento final. Diante disso, construiu-se, ao longo do tempo, uma jurisprudência que mitigava a diferença entre medida cautelar e satisfativa concedendo as chamadas “cautelares satisfativas”. *In verbis*:

PROCESSUAL CIVIL. MEDIDA CAUTELAR DE CUNHO SATISFATIVO. EXIBIÇÃO JUDICIAL DE DOCUMENTOS. POSSIBILIDADE. A jurisprudência tem admitido, em caráter excepcional, diante das nuances do caso concreto, medidas liminares de caráter satisfativo desde que presentes os pressupostos específicos do *fumus boni iuris* e o *periculum in mora* e sempre que a previsão requerida seja indispensável à preservação de uma situação de fato que se revele incompatível com a demora na prestação jurisdicional. In casu, há de se prestigiar o deferimento da medida, até porque a exibição dos documentos não trará nenhum prejuízo à recorrida, cujo objetivo é apenas a apresentação, em juízo, das fichas de custo de produtos comercializados, pelo tempo necessário à reprografia. Recurso especial provido.<sup>31</sup>

Diante desta realidade, a Lei nº 8.952, de 13.12.1994, reformou o código para introduzir no ordenamento brasileiro a antecipação dos efeitos da tutela, de modo ordinário e condicionada a alguns requisitos contidos no artigo 273 do CPC/2015. O liminar adiantamento do provimento de mérito já existente, por exemplo, em alguns procedimentos como a ação de alimentos e as ações locatícias foi ampliado, mas permanecia a impossibilidade de conversão entre medidas cautelares e satisfativas.

A reforma foi complementada com o acréscimo da Lei nº 10.444/02 que introduziu os parágrafos sexto e sétimo do artigo 273, do CPC, possibilitando ao juiz, respectivamente, um julgamento antecipado parcial de mérito que não fazia coisa julgada, e o

31 STJ - REsp: 513707 SC 2003/0019647-0, Relator: Ministro CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, Data de Julgamento: 14/02/2006, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJ 30/06/2006 p. 214.

deferimento de medida cautelar incidental no processo, bem como a fungibilidade entre medidas cautelares e satisfativas. A referida lei possibilitou, ainda, a satisfação nas execuções específicas das obrigações de fazer e não fazer, pela disposição do art. 461-A, que criou meios eficazes para se buscar a satisfação do autor em tais demandas.

A doutrina defendia a existência de harmonia entre as previsões legais mencionadas, vejamos:

Aparentemente, o CPC teria adotado dois regimes distintos de antecipação de tutela nos arts. 273 e 461, de fato, no art. 273 exige-se que a parte apresente prova inequívoca conducente à verossimilhança do alegado, comprove perigo de dano de difícil reparação e que os efeitos da providência a ser antecipada não sejam irreversíveis. Já no art. 461 a lei reclama, como condição da tutela antecipada, a relevância do fundamento da demanda e o justificado receio de ineficácia do provimento final, caso não se adianta a prestação jurisdicional provisoriamente. Ora, falar-se em relevância do fundamento não é outra coisa que exigir-se a verossimilhança de tudo o que arrola o autor para pretender a tutela jurisdicional. Não há, portanto, diferença profunda, no aspecto do *fumus boni iuris*, entre o art. 273 e o art. 461. Quanto à situação de perigo é exatamente a mesma nas duas hipóteses: o risco de dano grave e de difícil reparação, de que fala o art. 273 é justamente o fundado temor de que o provimento final se torne ineficaz, caso a medida do art. 461 não seja antecipada.<sup>32</sup>

É importante ressaltar que a consignação original do CPC/1973 estava à muito superada, pois o formalismo era a única justificativa para a cisão precisa entre cautelares e medidas satisfativas. Mesmo assim, o legislador brasileiro quedou-se inerte frente a essas transformações doutrinárias durante muito tempo. A jurisprudência, todavia, não aceitou esse conservadorismo ante a possibilidade de aplicação de princípios, bem como o uso da técnica de conformidade com os princípios da constituição, em decisão judicial fundamentada.

Contudo, mesmo após as devidas reformas legislativas, a criatividade legislativa ampliou as possibilidades de antecipações de tutela, inclusive não observando norma legal expressa. Por exemplo, um dos requisitos do art. 273, do CPC/1973, era a necessidade de serem reversíveis os provimentos conferidos em antecipação de tutela. Tal disposição era desrespeitada em decisões que conferiam a antecipação de tutela impondo a perda de objeto à medida que esvaziavam a possibilidade de concessão da tutela ao final do processo, de modo que a questão posta passa a ser um debate acerca do direito à reparação pecuniária.

A doutrina do direito justifica, aduzindo:

32 THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Tutela específica das obrigações de fazer e não fazer.** In: Jus Navegandi. n. 56. 2001. Disponível em: <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2904>. Acesso em: 01.08.2016.

[...] casos há, de urgência urgentíssima, em que o julgador é posto ante a alternativa entre prover ou perecer o direito que, no momento, apresente-se apenas como provável, ou confortado com prova de simples verossimilhança. Em tais casos, se o índice de plausibilidade do direito for suficientemente consistente aos olhos do julgador – entre permitir sua irremediável destruição ou tutelá-lo como simples aparência -, esta última solução torna-se perfeitamente legítima. O que, em tais casos especialíssimos, não se mostrará legítimo será o Estado recusar-se a tutelar o direito verossímil, sujeitando seu titular a percorrer as agruras do procedimento ordinário, para depois, na sentença final, reconhecer a existência apenas teórica de um direito definitivamente destruído pela sua completa inocuidade prática.<sup>33</sup>

Diante disso, verifica-se que a relevância do direito material, em si, é considerada justificadora da possibilidade de descumprimento da norma por quem deveria aplicá-la. Além disso, a amplitude das previsões legais é auferida no caso concreto e somente se consolidam após a rica contribuição doutrinária e jurisprudencial, que se encarregam de acrescentar as perspectivas não contempladas pelo legislador em situações distintivas.

O Código de Processo Civil editado em 2015, por sua vez, aperfeiçoou a ordinariação da antecipação dos efeitos da tutela, para contemplar tanto as hipóteses de urgência (cautelar e satisfativa) quanto as de evidência, reduzindo o formalismo e possibilitando que sejam arguidos incidentes cautelares e satisfativos durante o processo, respeitados alguns critérios. Embora não tenha suprimido a diferença entre medias cautelares e satisfativas, permite a fungibilidade entre elas, na linha do art. 273, § 7º do CPC/1973.

Não obstante, esse breve relato histórico permite inferir que as transformações apontadas evoluíram para um ordenamento infraconstitucional em maior sintonia com o processo constitucional democrático, muito embora ainda devam passar pelo teste do tempo, que acrescentará contribuições significativas ao instituto.

### **3.2 Histórico das Restrições à Concessão de Tutelas de Caráter Antecipatório Contra a Fazenda Pública**

A permissão constitucional das medidas provisórias – que antecipam, na prática, o gozo do direito pretendido – é principiológica e também pode ser observada pela análise da

<sup>33</sup> SILVA, Ovídio A. Baptista da. **A Ação Cautelar Inominada no Direito Brasileiro.** 3<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991, p 130.

jurisprudência. Esta ratifica o entendimento de que o fundamento constitucional para as tutelas fundadas em cognição sumária está na inafastabilidade da prestação jurisdicional.

Esta previsão constitucional não quer significar autorização irrestrita, pois existem situações nas quais não poderão ser concedidas tutelas provisórias. É o caso das disposições dos artigos 1º a 4º, da Lei nº 8.437/1992 e do §2º, art. 7º, da Lei nº 12.016/2009 que limitam esta concessão em face da Fazenda Pública. Tais restrições, de caráter subjetivo, são anteriores ao CPC/2015, mas foram por ele acolhidas no art. 1059, do ato de suas disposições finais e transitórias, em substituição a disposição do art. 1º, da Lei nº 9494/1997, que tratava de tutelas antecipadas que, hodiernamente, passaram a ter a nomenclatura de tutela provisória de urgência, subdividida em cautelar e satisfativa.

As referidas leis compatibilizaram a ordinarização da tutela provisória as peculiaridades de um litigante que representa o erário. Tal distinção possivelmente se relaciona aos princípios do direito financeiro, quais sejam: os princípios da “programação” (o orçamento moderno consubstancia um plano de ação governamental e não mero instrumento contábil); do equilíbrio orçamentário, além da sujeição as normas de direito público que implicam, por exemplo, a observância da legalidade estrita e a impenhorabilidade dos bens públicos.<sup>34</sup> Adequaram, também, o instituto à previsão do art. 100, CF/88, que assegura o pagamento dos débitos de entes públicos por meio de precatórios, em atenção às regras financeiro-orçamentárias, bem como, às regras do direito administrativo, imperiosas diante da própria existência do Estado.

Nesse sentido, são elucidativos os julgados que debatem a concessão de vantagem patrimonial em face do Estado. Na espécie, reputou-se constitucional, em o acórdão relatado pelo ministro Celso de Melo, o art. 1º, da Lei Federal nº 9.494, de 10 de setembro de 1997, que converteu a Medida Provisória nº 1.570-5, de 21 de agosto do mesmo ano em lei. Tal dispositivo impedia a apreciação e, consequentemente, a concessão de antecipação de tutela – atual tutela provisória – em desfavor da Fazenda Pública, que determinasse incorporações em folha de pagamento ou imediato pagamento de atrasados. Por conseguinte, o referido julgado também declarou constitucional os dispositivos legais aos quais fazia a Lei nº 9.494/1997

34 ANGELIS, Juliano de. **Antecipação da tutela contra a fazenda pública**. Acesso em: 22/08/2016. Disponível em: <http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/6192/Antecipacao-da-tutela-contra-a-Fazenda-Publica>. Acesso em: 01.08.2016.

fazia referência, quais sejam, os 1º a 5º, da Lei nº 8.437/1992 e do §2º, art. 7º, da Lei nº 12.016/2009.

Os dispositivos legais em comento, afastam a possibilidade de decisão provisória fundada em cognição sumária para deferir compensação de créditos tributários ou previdenciários; conceder medida liminar que esgote, no todo ou em qualquer parte, o objeto da ação; deferir, 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, exceto nos casos de Ação Popular ou Ação Civil Pública; e conceder 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. Tais previsões, especialmente a hipótese mais genérica, foram questionadas judicialmente por meio da interposição de algumas Ações Diretas de Inconstitucionalidade, contudo o Supremo, instado a se manifestar, confirmou a constitucionalidade das disposições, ratificando a hipótese da perda de objeto quanto ao julgamento definitivo do mérito, com consequências irremediáveis para a parte autora, considerando sua repercussão no erário. Vejamos trecho do voto da ministra Ellen Gracie na ADC nº 4:

Como já foi destacado brilhantemente agora no voto do Ministro Menezes Direito – e resgato também as manifestações anteriores, inclusive a do Ministro Celso de Mello –, a tradição da Corte sempre foi de aceitar as restrições que não envolvessem prejuízo à proteção judicial efetiva. Toda vez, porém, que a proibição de liminares envolvesse, ou pudesse resultar em afetar ou de alguma forma prejudicar o direito à proteção judicial efetiva, claro, o Tribunal sempre se posicionou no sentido da inconstitucionalidade.<sup>35</sup>

O Supremo Tribunal Federal, no entanto, possui posicionamento diverso quando se trata de alguns direitos sociais, como a saúde, pois a despeito de sua repercussão no erário, que se destina a satisfação do interesse público, é ordinária a concessão de tutelas provisórias satisfativas. Vejamos:

#### PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. FORNECIMENTO

35STF – **ADC: 4** DF, Relator: Min. SYDNEY SANCHES. Relator do acórdão - Min. Celso de Melo. Data de Julgamento: 11/02/1998, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 21-05-1999 Disponível em: <http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:nwecufodqp8j:redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp%3fdoctp%3dac%26doci%3d630103+&cd=1&hl=pt-br&ct=clnk&gl=br&client=firefox-b-ab>. Acesso em: 07/06/2016.

DE MEDICAMENTOS. CONCESSÃO DE TUTELA ANTECIPADA EM DESFAVOR DO ESTADO/FAZENDA PÚBLICA. COMINAÇÃO DE MULTA DIÁRIA. LEGALIDADE. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. ARTS. 461, § 4º E 461 - A DO CPC. PRECEDENTES. 1. Trata-se de recurso especial interposto em sede de agravo de instrumento tirado pelo Estado do Rio Grande do Sul contra decisão proferida pelo juízo de primeiro grau, que cominou ao Estado a obrigação de multa diária (astreintes) em caso do não-fornecimento da medicação solicitada pelo autor da ação ordinária, com pedido de antecipação de tutela. 2. No caso em apreciação, a tutela antecipada pelo magistrado singular atendeu, com regularidade, a pelo menos três pressupostos que conferem legalidade à jurisdição prestada: a) disponibilizou-se à Fazenda Pública prazo que, pelo senso do homem médio comum, mostra-se inteiramente proporcional; b) não é razoável, pelos princípios do Direito e pela própria primazia da vida, garantida constitucionalmente, que em dez dias o Estado não consiga fornecer a determinado paciente medicação em caráter de urgência; c) o Código de Ritos ampara, direta e expressamente, por via de seus artigos 461, § 4º e 461- A, a medida processual de urgência empregada ao caso. 3. **A jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça adota a exegese de que é legal, desde que atendidos os pressupostos processuais específicos, a concessão de tutela antecipada em desfavor da Fazenda Pública.** Precedente. 4. Recurso especial conhecido e provido com a finalidade de restabelecer a imposição de multa diária, em caso de descumprimento da determinação judicial - fornecimento de medicação - pelo Estado do Rio Grande do Sul, o recorrido.<sup>36</sup>

A concessão da tutela provisória cautelar também é restritiva quando em face da Fazenda Pública, pelas condições intrínsecas à presença do ente público em juízo. No entanto, como se pode perceber, ela é deferida para além das hipóteses autorizadas expressamente pela legislação. A medida cautelar de sequestro, por exemplo, após a Emenda Constitucional nº 62 teve autorizadas duas hipóteses para sua concessão, excepcionando o regime de precatórios pela redação do §6º, do art. 100, da CF. Desse modo, hodiernamente, é constitucionalmente autorizado o sequestro em face do Poder Público, desde que a requerimento do credor, para casos em que se ofendeu o direito de preferência ou não houve alocação de recursos orçamentários do valor necessário à satisfação de seu débito.

Todavia, a análise dos casos concretos permitiu alargar a concessão de cautelar de sequestro às demandas para além dessas hipóteses, pois segundo o STJ o antigo art. 461, § 5º, do CPC/1973, que trata das medidas que efetivam a concessão de tutelas específicas, não possuía caráter taxativo e associado à relativização da impenhorabilidade dos bens públicos frente ao direito à saúde existe possibilidade de deferir uma cautelar de sequestro nesse tipo de demanda. Observem-se os julgados a seguir, uma decisão do STJ, em recurso repetitivo e outro julgado, referenciando precedente da mencionada corte superior:

36 STJ – REsp: 796215 RS 2005/0184183-7, Relator: Ministro JOSÉ DELGADO, Data de Julgamento: 13/12/2005, T1 – PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJ 01.02.2006 p. 464.

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. ADOÇÃO DE MEDIDA NECESSÁRIA À EFETIVAÇÃO DA TUTELA ESPECÍFICA OU À OBTENÇÃO DO RESULTADO PRÁTICO EQUIVALENTE. ART. 461, § 5º. DO CPC. BLOQUEIO DE VERBAS PÚBLICAS. POSSIBILIDADE CONFERIDA AO JULGADOR, DE OFÍCIO OU A REQUERIMENTO DA PARTE. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. ACÓRDÃO SUBMETIDO AO RITO DO ART. 543-C DO CPC E DA RESOLUÇÃO 08/2008 DO STJ. 1. Tratando-se de fornecimento de medicamentos, cabe ao Juiz adotar medidas eficazes à efetivação de suas decisões, podendo, se necessário, determinar até mesmo, o sequestro de valores do devedor (bloqueio), segundo o seu prudente arbítrio, e sempre com adequada fundamentação. 2. Recurso Especial provido. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução 08/2008 do STJ.<sup>37</sup> (grifo nosso)

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. TUTELA ANTECIPADA. DESCUMPRIMENTO REITERADO DE COMANDO JUDICIAL. BLOQUEIO DE VERBA PÚBLICA. NÃO FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS PELO ENTE ESTATAL. PREVALÊNCIA DO DIREITO À VIDA SOBRE A IMPENHORABILIDADE DOS BENS PÚBLICOS. 1. Cuida-se de agravo de instrumento em que se discute a possibilidade ou não do bloqueio de verbas públicas em contas da União - Ministério da Saúde - decorrente do reiterado descumprimento por parte da desta de comandos judiciais que determinavam a entrega do medicamento pleiteado pelo autor da Ação Ordinária (BEVACIZUMABE 440 mg) ou a transferência do valor correspondente - R\$ 78.246,00 (setenta e oito mil, duzentos e quarenta e seis reais) - ao Hospital Napoleão Laureano, sob pena de multa diária. 2. Antes de tudo, é válido destacar que fora deferida a antecipação de tutela, a fim de determinar à União o fornecimento do medicamento ou a tomada de providências cabíveis para tanto, na data de 04 de novembro de 2013. Em 11 de dezembro de 2013, o paciente agravado comunicou ao juízo planicial o descumprimento da decisão até aquele instante, o que ensejou, ato contínuo, o arbitramento de multa por parte do magistrado para que se cumprisse o comando judicial em evidência. Logo após a manifestação da União, tentando justificar o atraso por falta de resposta do Ministério da Saúde, ainda em dezembro de 2013, o juízo de origem determinou que fosse feita a cotação dos preços do medicamento e, quando concluída, fixou prazo para que fosse entregue na quantidade necessária e, caso não cumprida tal determinação, fossem bloqueados valores de contas vinculadas ao Ministério da Saúde. 3. Muito embora a Fazenda Pública sujeite-se ao rito próprio do regime jurídico administrativo, em situações excepcionais, como a dos autos, admite-se uma relativização da impenhorabilidade dos bens públicos para que se faça valer a medida coercitiva que impôs a medida antecipatória. 4. Ora, dentre os bens jurídicos conflitantes - a impenhorabilidade de bens públicos e o direito fundamental à vida - não se pode admitir que o primeiro venha a prevalecer. 5. Na hipótese dos autos, em que o descumprimento da determinação judicial põe em risco à própria vida do agravado, pode o magistrado determinar as medidas necessárias para que se efetive a medida acautelatória, como o bloqueio das verbas públicas e a imposição de astreintes, consoante previsão do art. 461, parágrafo 5º do CPC. Precedente do STJ (RESP nº. 890.441 - Relator José Delgado - STJ - Primeira Turma - Data: 02/04/2007). 6. Agravo de Instrumento desprovido.<sup>38</sup>

37 STJ - REsp: 1069810 RS 2008/0138928-4, Relator: Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Data de Julgamento: 23/10/2013, S1 - PRIMEIRA SEÇÃO, Data de Publicação: DJe 06/11/2013.

38 AG 08010600820144050000, Desembargador Federal Paulo Roberto de Oliveira Lima, TRF5 - Segunda Turma.

Ante o exposto, é possível verificar que, subsumindo os dispositivos legais restritivos e a construção jurisprudencial do STF e STJ, a concessão de tutelas provisórias contra à Fazenda Pública tornou-se, definitivamente, uma excepcionalidade, mas não está adstrita às hipóteses autorizadas legalmente. Parece estar delineado que, a edição de normas que consagram a impossibilidade de concessão de medidas que antecipem o gozo do direito, quando contrário a Fazenda Pública, se fará apenas em situações específicas, diante de suas peculiaridades, mas não impedem a tutela provisória em desfavor dos entes públicos, pois qualquer limitação absoluta à tutela jurisdicional, definitiva ou provisória, viola o art. 5º, inc. XXXV<sup>39</sup> da CF/88.

A lógica jurídica utilizada na concessão ou negativa das tutelas provisórias, em face do Poder Público, parece ser a possibilidade de impedir a proteção judicial definitiva pela ausência de apreciação liminar, ou seja, a irreversibilidade do provimento. Todavia, mesmo em se tratando de ente afetado à garantia do interesse público, ora prevalece o perigo de tornar-se impossível o gozo do direito material (destacadamente as demandas do direito social à saúde) alegado pelo particular, ora a perda do objeto da ação, modificando a discussão sobre a tutela de direito para debate acerca de possível indenização pelo seu gozo antecipado indevido.

39 ALVIM, Teresa Arruda Wambier; DANTAS, Bruno; DIDIER JR, Frei; TALAMINI, Eduardo. **Breves comentários ao novo CPC**. São Paulo:Revista dos Tribunais, 2015, p. 2383.

**4.1 Breve Histórico da Constitucionalização Dos Direitos Sociais**

A persecução do interesse público é complexa e passa por diversas áreas essências, uma delas é a saúde. Não obstante, é fato notório que direitos como a saúde não estão sendo garantidos e é justamente por isso que eles foram constitucionalizados, e, desse modo, vinculassem o Executivo, direcionando a confecção de políticas públicas, o que faz perpetuar o deflagramento de ações em face do Estado fundadas neste direito.

Direitos sociais são um tipo de direitos fundamentais, tradicionalmente designados como pretensões que visam o reequilíbrio entre as distintas condições materiais da vida humana individual, ou coletivamente guardando íntima relação com o princípio da igualdade – sobretudo a igualdade substancial. O seu caráter inclusivo, além de estar em consonância com a dignidade da pessoa humana, fundamento da República Federativa do Brasil, visa atingir um dos objetivos fundamentais desta, qual seja: a diminuição das desigualdades.<sup>40</sup>

Considerando isto, é plenamente compatível com a inclusão deles em texto constitucional, embora nem sempre tenha sido a prática adotada pelo Brasil e pelo mundo. Hodernamente, o art. 6º da Constituição Federal de 1988 expõe rol não exaustivo de direitos sociais, o que garante a eles *status* de normas formalmente constitucionais, providas de validade e vigência e dotadas de presunção absoluta de constitucionalidade, pois decorrem do poder constituinte originário. Todavia, a garantia de tais direitos não foi constante ao longo da história, logo se faz necessária uma breve rememoração das legislações precedentes para a compreensão da importância e do real significado de sua inserção no texto constitucional.

Desde os primórdios da organização societária, o homem vem construindo um sistema jurídico para assegurar a convivência pacífica, porém, na antiguidade, os códigos de conduta eram considerados a ferramenta eficaz para esse objetivo, contudo à medida que as relações humanas tornaram-se mais diversas e complexas, as antigas sociedades teocráticas

40 LINS, Liana Cirne. **A Tutela Inibitória Coletiva das Omissões Administrativas: um enfoque processual sobre a justiciabilidade dos direitos fundamentais sociais.** Disponível em: [http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Direitos\\_sociais\\_processo.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Direitos_sociais_processo.pdf).

foram substituídos por Estados Nações, legitimados pelo poder soberano do povo, e os códigos tornaram-se, então, insuficientes. Nesse contexto, os teóricos racionalistas criaram a ficção jurídica das teorias contratualistas, para legitimar a concentração de poder do soberano ao tempo, e auxiliar na manutenção do Estado absoluto, frente as revoluções burguesas e as tensões sociais.

Como forma de reação ao Estado absoluto, surge a noção de direitos fundamentais como normas jurídicas limitadoras de poder. Este momento histórico possibilitou o surgimento do movimento constitucional que culminou com o Estado Democrático de Direito<sup>41</sup>, em parte da Europa ocidental e nos Estados Unidos. Tais experiências influenciaram as demais nações ocidentais que, posteriormente, vivenciaram esse constitucionalismo. Cada experiência teve uma peculiaridade, porém guardaram como semelhança a imposição de limites ao poder estatal e a confecção de uma constituição escrita que serviriam como fundamento de validade das demais normas jurídicas.

Esta última característica implicou no surgimento das formas de controle de constitucionalidade e transformou radicalmente o sistema jurídico, pois os códigos foram subjugados para garantir que o soberano também se submetesse às normas. Eles já não poderiam editar novas leis para fazer prevalecer a sua vontade. No mesmo sentido, entende J. Gomes Canotilho<sup>42</sup>, para quem o aspecto central do constitucionalismo moderno é que ele mesmo consiste em uma técnica de limitação do poder com fins garantísticos.

Este novo estado das normas constitucionais fez surgir o questionamento sobre qual deve ser o seu conteúdo, todavia tal questionamento não apresenta resposta única.<sup>43</sup> Possivelmente, as normas que devem integrar a Constituição são as relativas à organização política do Estado e aos direitos e garantias fundamentais. Quase incontroverso o questionamento acerca daquelas, passe a análise dessas, por intermédio da doutrina que apresenta as dimensões<sup>44</sup> de direitos fundamentais.

41 MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. 4ª Edição. Editora Atlas. São Paulo. 2013. pg. 33.

42 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 6. Ed. Coimbra: Almedina, 2002.

43 SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 4ª Edição ampliada. Editora Saraiva. São Paulo-SP, 2015, p. 87.

44 A despeito da divergência de terminologia na doutrina brasileira que denomina gerações, ora dimensões o presente artigo utilizará a nomenclatura defendida por Ingo Sarlet, *inverbis*: “Em que pese o dissídio na esfera terminológica, verifica-se crescente convergência de opiniões no que concerne à ideia que norteia a concepção das três (ou quatro, se assim preferirmos) dimensões dos direitos fundamentais [...]” (SARLET, Ingo Wolfgang;

Embora haja divergência quanto ao número de dimensões, é consensual que a primeira cuidava dos direitos e garantias individuais (proteção do indivíduo frente ao Estado) e a segunda tratava dos direitos sociais. Com estes, passou a ser necessário, não apenas negar uma atuação ao Estado, mas também exigir dele algumas prestações positivas, relacionadas aos direitos como saúde, previdência social, assistência social, trabalho, dentre outros.

A conformação que os direitos fundamentais sociais adquiriram no Brasil trouxe como consequência a judicialização das demandas sociais, pois é fato notório o descumprimento destas prestações positivas pelo mesmo Estado que criou direitos não passíveis de supressão ou mesmo restrição. Esse conflito permanece sem uma solução simples e importa em dificuldades para aplicação do direito ao caso concreto, tendo em vista a inafastabilidade do controle judiciário, bem como a esfera de discricionariedade do Poder Público na escolha das políticas públicas a serem adotadas. E, imerso nesta celeuma, está o cidadão comum que precisa e quer ter seus direitos efetivados.

O princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional afirmou-se nos Estados Modernos para indicar tanto o monopólio estatal na distribuição da justiça (*ex parte principis*), como o amplo acesso de todos à justiça (*ex parte populi*)<sup>45</sup>. Embora o acesso à justiça não se encerre com a movimentação da máquina judiciária, significando também a adoção de uma solução conforme o Estado Democrático de Direito, o limite é tênue entre a competência do judiciário e o desrespeito ao federalismo pela interferência nos demais poderes, trazendo dificuldades para os órgãos jurisdicionais, pois decidir demandas sociais facilitam ao julgador, embora não imponha ao mesmo posturas ativistas.

O Estado brasileiro, ao mesmo tempo que é orientado para a garantia dos direitos fundamentais sociais, consagra também o federalismo e tripartição dos poderes, logo os tribunais não devem, a pretexto de julgar conceitos jurídicos indeterminados, como o mínimo existencial e o direito à saúde, usar a razoabilidade para desempenharem o papel constitucional reservado ao Legislativo e ao Executivo.

Ademais, a efetivação do direito constitucional à saúde não deve ocorrer majoritariamente via Judiciário, pois os comandos constitucionais são direcionamentos para a gestão dos serviços públicos. Logo, é preciso responsabilizar outros sujeitos que não o

---

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 8ª Edição, Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2007, p. 55).

45 GRINOVER, Ada Pellegrini ; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo ; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2009.

magistrado pela tarefa hercúlea de consolidação da ordem constitucional e pela garantia dos direitos sociais. Abdicar de se imiscuir em decisões políticas por excelência, em um sistema republicano, é um dos limites óbvios a atuação judicial, uma vez que a judicialização é uma contingência alheia à vontade do Judiciário. Todavia, o ativismo é uma postura do Judiciário que tende a fragilizar a separação de poderes.

É preciso entender que não se trata da quantidade de questões judicializadas, ou mesmo do número de demandas consideradas procedentes, pois para essa quantificação talvez fossem mais relevantes a verificação acerca da presença ou ausência de requisitos formais. Trata-se dos fundamentos pelos quais são julgadas as lides.

Os direitos sociais não são equivalentes aos direitos individuais e às garantias fundamentais, porque são direitos com afinidade para a tutela coletiva. O comando constitucional, no que se refere aos direitos sociais, impõe o dever objetivo de sua proteção e não uma proteção individual, pois não se tratam de direitos subjetivos públicos, mas fazem parte do patrimônio jurídico de cada cidadão brasileiro. A interpretação pela qual os direitos sociais são verdadeiros direitos individuais, oponíveis em face do Estado e de particulares é, portanto, inapropriada e ineficiente.

Isto porque, para além de debater o direito de um indivíduo a um medicamento ou a um tratamento de saúde, é preciso debater a razoabilidade de se estender a lista de medicamentos do SUS ou a incorporação de determinado tratamento médico à sua lista de procedimentos, pois a concessão, em caráter individual, somente gera novas demandas iguais ou assemelhadas. Tais lides poderiam ser evitadas se a demanda fosse coletivizada, já que o direito à saúde é norma geral e vinculante.

Assim, é plenamente possível o controle jurisdicional no que tange à garantia mínima à saúde, não cabendo ao Judiciário decidir quais políticas públicas devem ser adotadas ou quais medicamentos o SUS deve fornecer. Mas, ante a eficácia comprovada de nova medicação (cuja eficácia não se confunda com outra já adotada pelo SUS) para uma moléstia, a morosidade e desorganização do Estado não deve ser o empecilho para a concessão de um direito geral à obtenção de tal medicação, por exemplo. Vale ressaltar o posicionamento do STF no sentido de inexistir direito a tratamento ou medicamento em fase experimental.

Tradicionalmente, o direito brasileiro não prestigia a tutela coletiva, fechando os olhos para a existência das demandas de massa que, nem por isso tratam de direitos menos

importantes, mas sim de direitos transindividuais – seja individual homogêneo, transindividual difuso ou coletivo – que exigem decisões iguais, ainda que, no caso do individual homogêneo, seja possível uma diferenciação à medida que o objeto é divisível. O NCPC perdeu a oportunidade de possibilitar a conversão da ação individual em coletiva, pelo voto ao art. 333, da Lei 13.105/2015. Desse modo, as demandas de massa continuam sem o devido tratamento, abarrotando de processos repetitivos a primeira instância.

#### **4.2 A Repercussão da Judicialização das Demandas Sociais de Saúde na Flexibilização das Restrições do Artigo 1059 do ADFT do CPC/2015**

As constantes concessões individuais de direito à saúde para conceder medicamentos de alto custo, por exemplo, podem promover uma realocação de recursos maléfica para o sistema de saúde, considerando que um será beneficiado em detrimento de muitos, violando a igualdade que quer se promover com a concessão de um mínimo existencial. Ademais, pode significar uma deslocação da instância de decisão política para o Judiciário, fragilizando as instituições democráticas, tornando cada vez menos incomum a violação de normas, ou seja, os limites à atuação dos magistrados e ainda mais complexa a gestão fiscal do Estado, o que torna, cada vez mais distante, a possibilidade real de efetivação do direito social coletivo que se queria tutelar, gerando um círculo vicioso.

Nesse contexto, são relevantíssimas as modificações introduzidas pelo código vigente, pois impõem novos desafios às demandas sociais, visto que a ordinarização de tutelas provisórias, estendidas às tutelas de evidência, a despeito de representarem a efetividade na prestação dos direitos sociais, podem criar desigualdades injustificáveis na prestação dos serviços públicos ou um desequilíbrio financeiro e atuarial. Ressalte-se que, com o advento da LRF, o planejamento orçamentário deixou de ser mero planejamento contábil e administrativo, para significar a implementação de decisões políticas no interesse público, ainda que secundário.<sup>46</sup>

O Judiciário, no entanto, já pacificou entendimento acerca da concessão de tutelas, possibilitando o deferimento de medidas satisfativas em demandas de saúde. Tais lides, majoritariamente individuais, utilizam por fundamento jurídico a proporcionalidade e a

razoabilidade, confrontando-se as teses do mínimo existencial e da reserva do possível. Nesse sentido, é o julgado paradigmático adotado no Brasil:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO.  
ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. REPERCUSSÃO GERAL  
PRESUMIDA. SISTEMA PÚBLICO DE SAÚDE LOCAL. PODER JUDICIÁRIO.  
DETERMINAÇÃO DE ADOÇÃO DE MEDIDAS PARA A MELHORIA DO  
SISTEMA. POSSIBILIDADE. PRINCÍPIOS DA SEPARAÇÃO DOS PODERES E  
DA RESERVA DO POSSÍVEL. VIOLAÇÃO. INOCORRÊNCIA. AGRAVO  
REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. A repercussão geral é  
presumida quando o recurso versar questão cuja repercussão já houver sido  
reconhecida pelo Tribunal, ou quando impugnar decisão contrária a súmula ou a  
jurisprudência dominante desta Corte (artigo 323, § 1º, do RISTF). 2. A controvérsia  
objeto destes autos “possibilidade, ou não, de o Poder Judiciário determinar ao Poder  
Executivo a adoção de providências administrativas visando a melhoria da qualidade  
da prestação do serviço de saúde por hospital da rede pública” foi submetida à  
apreciação do Pleno do Supremo Tribunal Federal na SL 47-AgR, Relator o Ministro  
Gilmar Mendes, DJ de 30.4.10. 3. Naquele julgamento, esta Corte, ponderando os  
princípios do “mínimo existencial” e da “reserva do possível”, decidiu que, em  
se tratando de direito à saúde, a intervenção judicial é possível em hipóteses  
como a dos autos, nas quais o Poder Judiciário não está inovando na ordem  
jurídica, mas apenas determinando que o Poder Executivo cumpra políticas  
públicas previamente estabelecidas. 4. Agravo regimental a que se nega  
provimento.<sup>47</sup>

Do exposto, é possível compreender que a postura do Judiciário brasileiro é no sentido de impossibilidade de evocação da reserva do possível pela Fazenda Pública<sup>48</sup> para eximir-se do cumprimento de obrigações prioritárias constitucionalmente estabelecidas. A tese usada pela Administração é interpretada como a impossibilidade de um cidadão peticionar solicitando algo supérfluo (além do necessário) e não a valoração quanto às limitações orçamentárias ou à desigualdade institucionalizada. Todavia, a doutrina<sup>49</sup> alerta que a gestão financeira e orçamentária não pode ser prescindida, pois o Estado poiético – voltado para o resultado econômico – e o Estado ético – como guardião efetivador dos direitos

47 STF - RE: 642536 AP, Relator: Min. LUIZ FUX, Data de Julgamento: 05/02/2013, Primeira Turma, Data de Publicação: ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-038 DIVULG 26-02-2013 PUBLIC 27-02-2013. Acesso em: 07/05/2016.

48 “Em algumas espécies de demanda, as pessoas de direito público têm sido nominadas de Fazenda Pública, e daí expressões decorrentes, como Fazenda Federal, Fazenda Estadual e Fazenda Municipal. Trata-se de mera praxe forense, usualmente explicada pelo fato de que o dispêndio com a demanda é debitado ao Erário da respectiva pessoa. Entretanto, Fazenda Pública igualmente 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 e, enfim, a pessoa jurídica a que se referir a Fazenda” (CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 22. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 1044).

49 SALGADO, Joaquim Carlos. **O Estado Ético e o Estado Poiético**. In: Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais. Belo Horizonte – MG. v. 27, n. 2, abr./jun., 1998, p. 20.

fundamentais, dentre eles os direitos sociais – são interdependes num Estado Democrático de Direito.

Assevera-se, ainda, que não é decorrência lógica do fato de serem direitos com sede constitucional, que os direitos sociais são prestigiados em detrimento do contraditório ou outra garantia processual. Aqueles não possuem hierarquia superior em relação aos direitos às garantias individuais, pelo menos não no ordenamento brasileiro. Ambos são direitos fundamentais e guardam as características de aplicação imediata por força do artigo 5º, parágrafo primeiro, da Constituição brasileira, além de constituírem cláusula pétreas, consubstanciada no artigo 60, parágrafo quarto, inciso IV, da CF/88.

Os direitos sociais são os responsáveis por uma relativização das restrições às tutelas provisórias por tutelarem direitos relevantíssimos que, no caso concreto, tem aptidão para relativizar requisitos processuais. Pois, dentre as demandas individuais massificadas, as de saúde (para concessão de um tratamento ou cirurgia de urgência e emergência pelo SUS ou pelos planos de saúde dos servidores públicos) são aquelas que comumente deflagram situações de urgência e emergência, capazes de mitigar vedação legal expressa e específica, como aquela consignada no art. 1059, do ADFT.

Ainda que apenas a consolidação normativa possibilite a correta interpretação e os limites da aplicação dos novos dispositivos acerca da concessão das medidas asseguratórias e medidas satisfativas, também é válida a conclusão de que as vedações à concessão de tutelas provisórias em face do Estado somente foram flexibilizadas perante questões singulares e específicas, como as demandas de saúde. Os requisitos da impossibilidade de concessão de tutelas provisórias permanecem válidos para as demais situações, pois a manifestação do Supremo Tribunal Federal na ADC nº 4 ainda referenda tal entendimento.

A declaração de constitucionalidade do artigo 1º, da Lei Federal nº 9.494, de 10 de setembro de 1997, que disciplina as restrições às tutelas antecipadas, foi substituído pelo artigo 1059 do ADFT do CPC/2015, porém a análise feita pela Corte Suprema versava acerca da conformidade material das vedações com a Constituição.

Portanto, é possível inferir que, não se tratando de situações distintivas como demandas de saúde, são vedadas às concessões de tutela provisória que concedam: a) compensação de créditos tributários ou previdenciários; b) provimento que conceder medida liminar que esgote, no todo ou em qualquer parte, o objeto da ação; c) medida cautelar inominada ou a sua liminar, quando impugnado ato de autoridade sujeita, na via de mandado

de segurança, à competência originária de tribunal, exceto nos casos de Ação Popular ou Ação Civil Pública, no juízo de primeiro grau; e d) 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.

Um reforço para a conclusão acima é a própria constitucionalização dos direitos sociais, pois a previsão seria inútil caso não pudesse ser deferida em face do Poder Público, uma vez que ele tem o dever de garantir tais direitos. Desse modo, mesmo que as medidas liminares esgotem, no todo ou em qualquer parte, o objeto da ação (§3º, do art. 1º, da lei nº 8.437/1992) ou exista perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão (§ 3º, art. 300, do CPC/2015, antiga previsão do art. 273, §2º, do CPC/1973) é possível deferir tutelas provisórias de urgência contra a Fazenda Pública, em demandas cujo direito material revele uma urgência coincidente com a própria vida.

## A NOVA DISCIPLINA DAS TUTELAS PROVISÓRIAS E A FAZENDA PÚBLICA EM JUÍZO

O direito processual civil sempre foi usualmente desenvolvido para reger litígios privados entre pessoas físicas ou aqueles envolvendo pessoas jurídicas de direito privado, sem, no entanto, contemplar as demandas coletivas ou o litígio envolvendo entes públicos<sup>50</sup>. Todavia, ao longo das últimas décadas os grandes litigantes no Poder Judiciário têm sido as pessoas jurídicas de direito público.

Levantamento realizado pelo Departamento de Pesquisas Judiciais do Conselho Nacional de Justiça, nos anos de 2010 a 2012, verificou que dentre os 100 (cem) maiores litigantes da justiça brasileira o maior litigante é o setor público. Vejamos: o setor público federal responde por 38% dos processos em todas as justiças, sendo parte em 77% dos processos na justiça federal; o setor público estadual por 8% das demandas; o setor público municipal por 5%; o restante fica para os demais litigantes, liderados por instituições financeiras e telefonia<sup>51</sup>. Tal realidade, possivelmente, relaciona-se ao fato de que a atuação, em juízo, dos órgãos de defesa do Estado é norteada pelo princípio da indisponibilidade do interesse público.

Importante ressaltar que a participação dos entes públicos não é uma inovação moderna, porém, historicamente, as lides que eles integravam discutiam aspectos meramente patrimoniais, como execução fiscal e demandas afins. Hodernamente, essa participação se diversificou, ante a constitucionalização dos direitos sociais de saúde, moradia, etc., de sorte que o Estado é demandado também quanto às obrigações de fazer, de não fazer e de entregar coisa. Não obstante, a Fazenda Pública<sup>52</sup> goza de tratamento peculiar quando está em juízo,

50BARROS, Guilherme Freire de Melo. **Poder Público em Juízo para concursos**. 5ª Edição. JusPODIVM: Salvador. 2015, p. 27-29.

51 CNJ. **100 maiores litigantes**. Disponível no seguinte endereço eletrônico:

<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/59351-orgaos-federais-e-estaduais-lideram-100-maiores-litigantes-da-justica>.

52 O termo Fazenda Pública usado quando a Administração Pública (nos termos do art. 4º do Decreto-lei 200/1967) está em juízo não é conceituada pelo código, mas o termo é usado no Código de Processo Civil de 1973 e também no CPC 2015. A doutrina e a jurisprudência delimitaram sua aplicação.

José dos Santos Carvalho Filho criou um conceito processual para o termo, a partir do conceito material, qual seja: “Em algumas espécies de demanda, as pessoas de direito público têm sido nominadas de Fazenda

trazendo desafios quanto ao uso de alguns institutos processuais, como, por exemplo, a concessão de tutelas fundadas em cognição sumária, denominadas tutelas provisórias pelo CPC/ 2015.

## 5.1        **Tutelas Provisórias no CPC/2015**

Tutela pode ser entendida como a proteção conferida pelo Estado a uma situação regulada no plano do direito material, potestativo ou subjetivo. O Poder Judiciário atua como seu garantidor, quando a previsão legislativa não é observada espontaneamente por quem o deveria, seja o Estado ou o particular. Existem três tipos de tutela, mas apenas as de conhecimento e execução tem processo próprio, sendo a tutela cautelar, via de regra, incidental.

O antigo código, no entanto, contemplava uma estrutura na qual cada tipo de tutela jurídica era prestada num tipo específico de processo. As tutelas cognitiva, executória e cautelar eram exercidas, respectivamente, por meio dos processos de conhecimento, execução e cautelar.<sup>53</sup> O CPC/2015 rompeu com essa tradição, por meio da extinção do processo e não da tutela cautelar.

Vale ponderar que, embora a Lei 13.105/2015 seja, em geral, mais apurada, existe um problema terminológico nas disposições do NCPC, questão mediata que não interfere substancialmente na compreensão da nova disciplina do processo civil. A tutela provisória deveria ser, se considerarmos o sentido literal das palavras, um gênero de tutelas precárias que não se estabilizam com o tempo, mas que devem ser revogadas ou confirmadas. Contudo,

---

Pública, e daí expressões decorrentes, como Fazenda Federal, Fazenda Estadual e Fazenda Municipal. Trata-se de mera praxe forense, usualmente explicada pelo fato de que o dispêndio com a demanda é debitado ao Erário da respectiva pessoa. Entretanto, Fazenda Pública igualmente 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 e, enfim, a pessoa jurídica a que se referir a Fazenda.” (CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 22. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 1044).

A evolução do conceito como instituto de direito processual impôs uma superação da associação a repercussão no erário para considerar que “o uso frequente do termo Fazenda Pública fez com que se passasse a adotá-lo num sentido mais lato, traduzindo a atuação do Estado em juízo; em Direito Processual, a expressão Fazenda Pública contém o significado de Estado em juízo. Daí por que, quando se alude à Fazenda Pública em juízo, a expressão apresenta-se como sinônimo de Estado em juízo ou de ente Público em juízo, ou, ainda, da pessoa jurídica de direito público em juízo” (CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **A Fazenda Pública em Juízo**. 7. ed. São Paulo: Dialética, 2009. p. 15).

53        CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A fazenda Pública em juízo**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 309

o que o CPC/2015 denomina tutela provisória um gênero composto por tutelas de urgência (cautelar ou satisfativa) e de evidência que nem sempre são provisórias, ou seja, desprovidas de definitividade.

A tutela cautelar, por sua vez, não é provisória, embora seja temporária, pois seu objetivo final é prevenção, conservação ou eficácia de um direito até que sobrevenha a decisão acerca da demanda principal, logo uma vez deferida, torna-se definitiva. As tutelas satisfativas, de urgência ou de evidência, geralmente são provisórias, à medida que necessitam de confirmação na decisão final<sup>54</sup>, contudo a tutela antecipada antecedente, se não questionada por meio de recurso adequado, não será nem provisória e nem temporária, se investirá de definitividade, a chamada estabilização da demanda. Desse modo, a nomenclatura adequada a designar o instituto seria tutela fundada em cognição sumária.

Feitas as devidas ressalvas quanto a terminologia do código, passemos ao instituto propriamente dito. O CPC 2015 relaciona, no Livro V, intitulado “Da tutela provisória”, entre os artigos 294 a 311, as seguintes tutelas: de urgência, subdividida em cautelar ou satisfativa e a de evidência [também denominadas, tutelas antecipadas, provisional de urgência ou de evidência e conservativa de urgência (cautelar)]. A divisão adotada pelo código parece ter a intenção de clarear o fundamento pelo qual serão concedidas este tipo de decisão interlocutória tão relevante para o processo, depreende-se esta interpretação da dicção do art. 294, *caput*, da Lei 13.105/2015.

Pela dicção do código vigente a tutela de urgência será concedida quando for demonstrada a probabilidade do direito, bem como o perigo na demora da prestação da tutela jurisdicional (art. 300, do CPC/2015). A probabilidade do direito é um requisito comum a todos os tipos de tutelas fundadas em cognição sumária, que representa uma autorização legislativa para o juiz conceder sem ouvir a outra parte (liminarmente, em caráter antecedente) ou fundado em quadros probatórios incompletos.

O perigo da demora é o requisito que identifica a urgência, pois, nessas demandas, não é possível esperar, sob pena do dano tornar-se irreparável, o ilícito continuar a ocorrer ou ocorrer novamente em dado momento.<sup>55</sup> Possivelmente, a maior inovação diz respeito ao momento para a sua concessão. Foi introduzida no ordenamento a possibilidade de concessão

54 CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **A Fazenda Pública em Juízo**. 13<sup>a</sup> Edição. Rio de Janeiro: Forense. 2016, p. 294.

55 ALVIM, Teresa Arruda Wambier; DANTAS, Bruno; DIDIER JR, Frei; TALAMINI, Eduardo. **Breves comentários ao novo CPC**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 782.

da tutela com base em inicial sumarizada, antes da apresentação da inicial propriamente dita, quando a urgência for contemporânea a propositura da ação, nos termos do art. 303, do CPC/2015.

Por conseguinte, a tutela da evidência dispensa a demonstração de *periculum in mora* quando: a) ficar caracterizado abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório da parte; b) as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas mediante prova documental e houver tese firmada em demandas repetitivas ou em súmula vinculante; c) se tratar de pedido reipersecutório fundado em prova documental adequada do contrato de depósito; ou d) 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 (art. 311, do CPC/2015). Esta possibilidade de tutela provisória, que leva em conta apenas o cotejo entre as posições jurídicas entre do autor e do réu<sup>56</sup>, podendo ser deferida liminarmente ou no curso do processo, não existia de forma ordinária no antigo código de processo civil, mas apenas excepcionalmente (como é o caso da ação liminar na ação possessória), por isto representa uma inovação significativa.

As regras procedimentais no CPC/2015, para a concessão das tutelas provisórias, não romperam completamente com a sua disciplina no código anterior, pois permanecem a dispensa de custas para os pedidos incidentais; a precariedade do provimento (art. 296, do NCPC); a fungibilidade nos termos do artigo 305, parágrafo único, do CPC/2015; os requisitos para a concessão continuam a ser *periculum in mora* (perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo), exceto quando fundada na evidência; o *fumus boni iuris* (a probabilidade do direito) – Art. 300, do NCPC; o sistema de efetivação das decisões a exemplo do §5º, do art. 461 do Código Buzaid e a eficácia imediata com regras inspiradas no cumprimento provisório de sentença – Art. 297, parágrafo único, da Lei 13.105/2015; as regras de competência – Art. 299 e parágrafo único, da Lei 13.105/2015.

Não obstante, foram implementadas algumas inovações, dentre elas: o fim da autonomia ritual do processo cautelar; extensão para a tutela de urgência satisfativa; a possibilidade de pedido antecedente – instrumentalizado por uma inicial sumarizada a ser complementada no momento da apresentação da petição iniciadora no processo principal (Art. 303, da Lei 13.105/2015); sistematizou-se a tutela de evidência que existia apenas em alguns

56 ALVIM, Teresa Arruda Wambier; DANTAS, Bruno; DIDIER JR, Frei; TALAMINI, Eduardo. **Breves comentários ao novo CPC**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 797.

procedimentos e desprovido desta nomenclatura; a unificação do trato das tutelas provisórias pela introdução do Título I, do Livro V, do CPC/2015; responsabilização objetiva por dano causado pelo deferimento da tutela provisória nos termos do artigo 302 e seus incisos e, por fim, a estabilização da tutela antecipada antecedente introduzida no artigo 304, da Lei nº 13.015/2015.

A estabilização da tutela antecipada antecedente é autorizada nos termos do Art. 304, do NPCP, *in verbis*:

**Art. 304.** A tutela antecipada, concedida nos termos do art. 303, torna-se estável se da decisão que a conceder não for interposto o respectivo recurso.

§ 1º No caso previsto no caput, o processo será extinto.

§ 2º Qualquer das partes poderá demandar a outra com o intuito de rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada estabilizada nos termos do caput.

§ 3º A tutela antecipada conservará seus efeitos enquanto não revista, reformada ou invalidada por decisão de mérito proferida na ação de que trata o § 2º.

§ 4º 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 § 2º, prevento o juízo em que a tutela antecipada foi concedida.

§ 5º O direito de rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada, previsto no § 2º deste artigo, extingue-se após 2 (dois) anos, contados da ciência da decisão que extinguiu o processo, nos termos do § 1º.

§ 6º 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, nos termos do § 2º deste artigo.

Essa previsão legal é inspirada nos procedimentos franceses “*de referè*” e “*sur requête*” e nos “*provvedimenti d’urgenza*” com “*strumentalità attenuata*” do direito italiano, os quais prescindem de contraditório prévio, que significa ausência de contraditório substancial. Todavia, a eficácia que procurou outorgar a decisão estável, após transcorrido o prazo previsto para o exaurimento da cognição, não tem paralelo no direito francês ou italiano.<sup>57</sup>

A criatividade legislativa brasileira quer impor definitividade à tutela fundada em cognição sumária. De fato, nada obsta que se desenhem procedimentos formalmente sumários para encurtamento do processo ou ainda materialmente sumários, cuja cognição é limitada à probabilidade do direito.

57 ALVIM, Teresa Arruda Wambier; DANTAS, Bruno; DIDIER JR, Frei; TALAMINI, Eduardo. **Breves comentários ao novo CPC**. São Paulo:Revista dos Tribunais, 2015. p. 789.

Questionável é a constitucionalidade da equiparação dos efeitos do procedimento comum – realizado em contraditório, com ampla defesa e dilação probatória – a um procedimento formal e materialmente sumário como este previsto no art. 303 e 304 da Lei 13.105/2015.<sup>58</sup> Ainda existe outro aspecto controverso quanto à estabilidade conferida pelo código, porque, a depender da interpretação, ela pode ser mais forte que a coisa julgada, uma vez que após o decurso do prazo de dois anos para a ação revisional estabelecida no §5º, do art. 304, do CPC/2015, pode não caber ação rescisória. Esta é, por exemplo, a interpretação do enunciado 27 da ENFAM<sup>59</sup>.

Quanto ao ônus de recorrer, estampado no *caput* do artigo supracitado, o entendimento doutrinário é que deve ser flexibilizado. Tanto a interposição do agravo de instrumento, quanto a contestação, a manifestação pela realização de audiência de conciliação ou mediação nos quinze dias do prazo recursal devem ser entendidas como hipóteses que visam evitar a estabilização da demanda no primeiro grau, pois a vontade é inequívoca, no sentido de exaurir o debate com o prosseguimento do processo e tem a vontade de economizar a interposição de recurso.

Além do pedido antecedente aplicável somente a tutela provisória satisfativa pela disposição legal, permanece a possibilidade do pedido incidental (no curso do processo) ser apreciado liminarmente ou deferido para momento posterior a justificação prévia (§2º, do Art. 300, do CPC/2015). Desse modo, inexiste um momento processual específico para apreciação de uma tutela provisória, porém a depender do momento em que seja pedida ou o fundamento existem requisitos a serem observados.

## 5.2      **Limites A Concessão de Tutelas Provisórias no NCPC e as Demandas Sociais de Saúde**

A realidade brasileira é de desrespeito às previsões constitucionais referentes aos direitos sociais, desse modo, a autoaplicabilidade dos direitos fundamentais levou a um inevitável crescimento das demandas contra o poder público para suprir tais ausências. A

58        ALVIM, Teresa Arruda Wambier; DANTAS, Bruno; DIDIER JR, Frei; TALAMINI, Eduardo. **Breves comentários ao novo CPC**. São Paulo:Revista dos Tribunais, 2015.

59        ENFAM. **Enunciados 27**. Não é cabível ação rescisória contra decisão estabilizada na forma do art. 304 do CPC/2015. Disponíveis em: <http://www.enfam.jus.br/2015/09/enfam-divulga-62-enunciados-sobre-a-aplicacao-do-novo-cpc/>. Acesso em: 10/08/2016.

despeito de aptidão para a proteção coletiva pela sua própria natureza, os direitos sociais, especialmente à saúde, costumam ser alvo de lides individuais, nas quais, o jurisdicionado (geralmente) desprovido de recursos financeiros “bate as portas” da justiça para ver garantido um mínimo existencial que muitas vezes passa pela compra de medicamentos milionários.

Além disso, a impossibilidade da imposição de caução a parte economicamente hipossuficiente (art. 7º; art. 300, do NCPC) implica irreversibilidade do provimento. Muito embora seja preciso considerar que a urgência em demandas como o direito social à saúde é flagrante e ordinária, a efetividade desse tipo de demanda está intrinsecamente ligada ao uso de ferramentas processuais sumarizadas, pouco importando a parte que a decisão final seja fundamentada.

Essas ferramentas, que antecipam o gozo do direito, são tão importantes nesses litígios que existe doutrina abalizada radicalmente contra as restrições à concessão de tutelas provisórias em face do Poder Público, chegando a asseverar que não há direito à tutela antecipatória contra a Fazenda Pública em caso de fundado receio de dano, que é o mesmo que afirmar que o direito do cidadão pode ser lesado quando a Fazenda Pública é ré, que o cidadão somente tem direito à tutela efetiva e tempestiva contra o particular<sup>60</sup>. Porém, inconstitucional é a existência de vedações absolutas, que, de fato, criariam uma parte com privilégios inconciliáveis dentro de um Estado Democrático de Direito, para além de prerrogativas plenamente conciliáveis com Estado de Direito, ante as peculiaridades da Fazenda Pública.

Mesmo diante do cenário desrespeito aos direitos fundamentais deve ser permitida a dúvida e consequente investigação no que se refere à festejada concepção de tutelas provisórias. Isto porque existem algumas sutilezas do direito processual que instigam questionamentos sobre a maneira como se dá essa concessão, quais sejam: será legítima a estabilização da tutela satisfativa nas demandas de saúde (vale dizer que não se quer problematizar a superada discussão acerca da possibilidade de concessão provimentos irreversíveis e que impõem a perda do objeto da ação neste caso, mas, tão somente, delimitar quais as possibilidades diante da nova legislação)? Em que termos é possível a concessão liminar fundada em evidência contra o Poder Público? O princípio do contraditório substancial presente na parte geral do NCPC e a vedação da decisão surpresa poderão ser completamente afastados em detrimento do Estado?

60 MARINONI, Luiz Guilherme. **A antecipação da tutela.** 3. ed. São Paulo: Malheiros nº 4.17. p. 211.

O deferimento de tutelas satisfativas, ainda que devidas contra a Fazenda Pública acarreta dificuldades na devida prestação de serviços públicos, já que compromete parcela do erário e não se submete ao regime dos precatórios, o que permitiria um planejamento da despesa. Ainda que os entes públicos sejam considerados solventes por natureza, não se pode perder de vista que essa liquidez é uma ficção, pois o Estado também é gestor de recursos limitados.

Como guardiã do interesse público, a Administração deve utilizar todos os recursos e esforços para satisfazer às necessidades públicas. Dessa forma, realocar os recursos vultosos para um indivíduo, em detrimento do coletivo, deve ser medida excepcional e não prescinde de garantias processuais, como o contraditório, em um Estado Democrático de Direito. Não se quer com isso defender a irrestrita vedação a concessão de tutelas provisórias contra o Estado, especialmente diante da necessidade premente de concretizar os direitos sociais dos próprios titulares do poder, o povo, pois seria um contrassenso, já que o Poder Público, inclusive por meio do Judiciário, deve zelar pela proteção do interesse público.

Nesse sentido, considerando o grande número de demandas envolvendo assistência à saúde e com o fim de evitar que sejam deferidas decisões concessivas que, por exemplo, determinam a compra de medicamento em fase inadequada do tratamento por uma precipitação da parte, ou baseadas em laudos médicos falsos, ou ainda, fundadas mais no *lobby* (pressão ostensiva) de determinada indústria farmacêutica que na necessidade real, o CNJ recomendou por meio da resolução nº 31, de 30.03.2010, que os tribunais adotassem medidas visando subsidiar os magistrados e demais operadores do Direito. Esta norma do CNJ levou o Tribunal de Justiça do Piauí, por exemplo, a criar o NATEM, por meio da resolução nº 10/2010. Todavia, a simples existência de Núcleos como esse não assegura, por si só, que o magistrado busque o auxílio que lhe é fornecido ou mesmo que as decisões sejam corretas, pois a medida pode reclamar urgência e sua prova necessitar de perícia médica que não guarda possibilidade de sumarização.

A sumarização dos procedimentos, desde o código Buzaid operada por meio das tutelas provisórias, agora conta com a estabilização da demanda. Conforme já exposto ao longo do trabalho (item 5.1, *in fine*), tal possibilidade não deve imprimir definitividade superior à coisa julgada para um provimento fundado em cognição sumária. Além disso, a interpretação sobre a impugnação, capaz de impedir a estabilização, deve ser ampla, não devendo ficar adstrito ao recurso de agravo de instrumento.

A cognição exauriente é a regra, logo a antecipação dos efeitos da tutela mediante juízo de probabilidade não deve impedir a continuidade do procedimento (complementação da petição inicial e, após, segue a macha processual ordinária), também não deve impedir a sua revisão pela simples inércia da parte prejudicada, especialmente se esta parte for o Poder Público. É natural que a parte contraria atingida pelo deferimento da medida exija providencia para que o autor prove de maneira exauriente os fatos alegados, seja pela apresentação de impugnação a inicial simplificada, seja pela ação revisional em até dois anos, mesmo que não seja assim a possibilidade de revisão dos atos deve ser possível, pois o conceito de estabilização não deve ser tão forte de modo a afastar a ação rescisória.

Muito embora o objetivo da tutela antecipada antecedente possa ser a efetivação da garantia de direitos importantíssimos, a possibilidade de revisão das decisões judiciais via ação revisional (§2º do art. 304 do CPC/2015) ou via ação rescisória (art. 966 do CPC/2015) são igualmente relevantes, especialmente quando o gestor dos interesses públicos integra a lide, pois um eventual equívoco pode levar a um desperdício de recurso, que repercutirá na prestação do serviço público, gerando um círculo vicioso.

Portanto, a imutabilidade de uma demanda, formada por cognição sumária sem o exercício do contraditório, não se compatibiliza com o Estado Democrático de Direito, com a aplicação do Direito Público ou com as prerrogativas da Fazenda Pública em juízo. A ofensa a princípios, como por exemplo ao do processo justo que, ao conferir a algo que não faz coisa julgada (§6º, art. 304, do CPC/2015) a característica de imutabilidade absoluta<sup>61</sup>, é tão flagrante que seria uma interpretação claramente inconstitucional. Ademais, o contraditório demasiadamente fortalecido pela nova legislação processual não pode ser tão desprestigiado, a fim de manter a própria coerência interna da legislação.

Por sua vez, a liminar fundada em evidência contra o Poder Público, bem como outros institutos reformulados pelo novo código, ainda carecem de consolidação. Todavia, é preciso ponderar que essa possibilidade ampliou, para além da demonstração de urgência, a concessão dos efeitos da tutela final com base em cognição sumária. Neste tipo de tutela provisória, a regra deve ser a não concessão quando o Poder Público for parte, visto que a sua concessão em caráter antecedente não possui previsão legal, logo não é possível; a incidental deve ser excepcionalíssima em razão da gestão do interesse público, embora seja possível, por

61 ALVIM, Teresa Arruda Wambier; DANTAS, Bruno; DIDIER JR, Frei; TALAMINI, Eduardo. **Breves comentários ao novo CPC**. São Paulo:Revista dos Tribunais, 2015. p. 790-791.

exemplo, no caso de abuso do direito de defesa e manifesto protesto protelatório e, finalmente, aquela em caráter liminar é totalmente desaconselhada.

A previsão do art. 311 do NCPC elenca somente duas possibilidades para a concessão liminar de tutela de evidência, são elas: uma refere-se à situação específica das ações de depósito e não gera grandes controvérsias e uma hipótese que, aparentemente desafia a lógica, pois se trata do caso em que as alegações de fato podem ser comprovadas apenas documentalmente e se se tratar de tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante.

A situação do art. 311, II, do CPC/2015, possibilita a concessão de tutela provisória em caráter liminar fundada na evidência do direito, ou seja, alicerçada unicamente na posição jurídica mais favorável. Neste caso, o legislador inverteu a ordem natural do processo e beneficiou a parte com maior probabilidade de Direito, de modo que esta poderá gozar, antecipadamente, do direito aparente. Apesar do caráter precário, tal decisão implica em grave ônus ao réu que sequer pode provar a distinção de seu caso em relação ao entendimento já pacificado.

A mitigação do contraditório substancial, pela impossibilidade de influir no provimento judicial, não deve ser suportada pela Fazenda Pública, visto que o ônus aos interesses da coletividade não se justificam unicamente pela probabilidade do direito. Prejudicar a atividade concreta e imediata que a Administração desenvolve, sob regime jurídico de direito público, para apersecução dos fins do Estado, seja para determinar de algum meio a indisponibilidade de bens ou para consignar a obrigação de fazer ou de não fazer em caráter liminar, somente se justificam pela urgência.

Ademais, a maleabilidade conferida à técnica executiva, por meio do emprego de instrumentos atípicos para o cumprimento de sentença, foi adaptado à efetivação da tutela conferida em decisão fundada em cognição sumária, nos termos do art. 297 do NCPC, possibilitando, assim, uma invasão na esfera jurídica do demandado. Contudo, a execução contra a Fazenda ainda conserva o sistema de tipicidade da técnica processual, impondo maior cautela no deferimento de medidas que não se submetem a essa tipicidade.<sup>62</sup>

A técnica executiva deve ser idônea para a tutela do direito, mas diante dos fins constitucionais do Estado que perpassam o princípio da liberdade, a esfera jurídica do

62 ALVIM, Teresa Arruda Wambier; DANTAS, Bruno; DIDIER JR, Frei; TALAMINI, Eduardo. **Breves comentários ao novo CPC**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 778.

demandado tem de ser invadida para cumprimento da decisão provisória apenas na medida do necessário<sup>63</sup>. Desse modo, o custo da medida provisória deve ser proporcional em relação à tutela do direito.

Nada obsta, no entanto, caso trate de questão unicamente de direito, fundada em entendimento pacificado, seja feito após ouvido o Poder Público um julgamento antecipado de mérito, parcial ou total (art. 355 e 356, do NCPC), que também pode ocorrer sempre que não houver necessidade de produção de provas (provas documentais ou questões de direito) ou a lide estiver em condições de julgamento, ou ainda, existirem pedidos incontroversos.

Diante disso, seria incoerente que o novo processo civil, que consagra a primazia do julgamento do mérito (art. 4º, *in fine*) e o contraditório substancial (art. 9º e 10º, NCPC), permitisse essa opção pela decisão sumária liminar de evidência contra a Fazenda Pública, em casos, nos quais, é possível enfrentar o mérito e julgar com base em cognição exauriente, sem grandes prejuízos ao autor.

Embora o NCPC permita a concessão de tutelas sumárias liminarmente, existem orientações gerais do código no sentido de ofertar à parte a possibilidade de influenciar na decisão, provando, por exemplo, a distinção do caso em relação ao entendimento sumulado, o que seria mais coerente, uma vez que inexiste perigo de dano, não se tratando de situação pontual, sem perder de vista que a Fazenda Pública não representa interesses individuais.

Ademais, o único prejuízo ao autor seria o prolongamento da relação processual por mais tempo e este seria bastante reduzido, uma vez que não existiria remessa necessária em eventual sentença favorável às suas pretensões que fosse fundamentada em tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante. Leia-se o art. 496, do CPC/2015:

Art. 496 Está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal, a sentença:

§ 4º Também não se aplica o disposto neste artigo quando a sentença estiver fundada em:

I – súmula de tribunal superior;

II – acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;

III – entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;

63 ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*: da definição à aplicação dos princípios jurídicos *apud* ALVIM, Teresa Arruda Wambier; DANTAS, Bruno; DIDIER JR, Frei; TALAMINI, Eduardo. **Breves comentários ao novo CPC**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 778/779.

Diante disso, conclui-se que a mitigação do contraditório no caso das tutelas provisórias, concedidas em caráter liminar ou antecedente, não deve ser ampla e também não deve ser justificada em si mesma. A redistribuição do ônus pela espera no processo só deve ser concedida em situações nas quais a inversão não represente ônus excessivo ao autor, mesmo que no cotejo das posições jurídicas ele esteja em desvantagem.

Nesse sentido, não se vislumbra a possibilidade de concessão de tutelas provisórias em face do Poder Público e sua consequente execução, a não ser em casos excepcionais ou quando o interesse público secundário for contrário ao interesse público primário<sup>64</sup>, pois a Fazenda Pública representa os interesses da coletividade. Por isso mesmo, foram consignadas vedações legais nos termos do art. 1059, das disposições finais e transitórias do NCPC.

A ordinarização da tutela de evidência contra o Poder Público, portanto, deve ser afastada. Na espécie, as vedações associadas aos princípios do processo e do direito público impõem um caráter excepcional para a tutela provisória destacadamente a de evidência, visto que ela depende do cotejo entre as posições jurídicas entre autor e réu<sup>65</sup> e não da existência de perigo de dano material ou processual.

64 “Interesse público primário é aquele que coincide com os interesses gerais da coletividade, já o interesse público secundário é o interesse meramente econômico das pessoas jurídicas de direito público.” DESTEFENNI, Marcos. **Direitos transindividuais em espécie** – coleção sinopses para concursos. Editora JusPodivm, 2015, p. 23.

65 ALVIM, Teresa Arruda Wambier; DANTAS, Bruno; DIDIER JR, Frei; TALAMINI, Eduardo. **Breves comentários ao novo CPC**. São Paulo :Revista dos Tribunais, 2015, p. 797.

O presente trabalho debruçou-se sobre o instituto processual das tutelas provisórias na perspectiva de um sujeito processual diferenciado, a Fazenda Pública, para compreender os limites de aplicação do instituto. Valendo-se, para este fim, das mudanças introduzidas pelo NCPC, do arcabouço jurisprudencial anterior, bem como da legislação cabível e de enunciados doutrinários.

Mesmo em período anterior ao novo código de processo civil era possível a antecipação dos efeitos da tutela nos termos do art. 273 do CPC/1973, porém apenas em situações urgentes ou como forma de sanção. Esta segunda hipótese tratava-se da tutela da evidência, sem o uso desta nomenclatura. Ainda sob a égide dessa legislação, o direito social fundamental à saúde auxiliou na construção de sólida jurisprudência que mitigava o requisito da reversibilidade do provimento e a vedação de concessão de tutelas antecipadas contra o Poder Público, ante a perda do objeto. Estas mudanças operaram-se sob o manto do principiologismo, filho de um constitucionalismo contemporâneo implantado no Brasil pela CRFB/1988.

As mudanças legislativas trazidas pelo legislador, em 2015, não representaram, portanto, uma ruptura no que concerne às tutelas provisórias, mas uma nova conformação do instituto de direito processual. As mudanças introduzidas foram produto de uma transformação gradual, de sorte que a edição da lei nº 13.105/2015 não é exatamente uma mudança brusca, mas uma modificação alicerçada na construção de um modelo processual que passa por inúmeras modificações específicas da legislação, unificadas pelas normas fundamentais e pelas previsões de caráter principiológico que tornaram o código mais coeso e conforme a Constituição.

A nova legislação não representa o ápice processual brasileiro e ainda traz desafios à prática forense. Tanto que, neste trabalho, foi dado destaque aos desafios apresentados para a delimitação das possibilidades de concessão antecipada da tutela provisória em face do Poder Público.

Ademais, a perfeita compreensão do texto legislado nunca finda na sua elaboração e, muitas vezes, é necessária à superação de normas legalmente produzidas e materialmente dissonantes da efetivação dos direitos. Nesse sentido, o maior exemplo são os direitos

fundamentais sociais, legitimadores da ordinização das tutelas provisórias e os responsáveis pela flexibilização das vedações à tutelas de urgência que imponham a perda do objeto. Eles são normas de direcionamento político da gestão do serviço público, ao mesmo tempo em que são direitos plenamente exigíveis. Por esse caráter dúplice, foram tecidas algumas considerações acerca de sua afinidade com demandas coletivas e com as suas repercussões econômicas, entretanto, não restam dúvidas quanto à sua oponibilidade frente ao Estado.

Não obstante, é preciso considerar que, de um modo geral, a Fazenda Pública reclama um tratamento diferenciado em juízo e uma aplicação restritiva de institutos processuais limitadores de sua ampla defesa ou que importem na constrição de seus bens, porque ela não representa meros interesses privados, sendo guardiã dos interesses da coletividade. Conseqüentemente lógico dessa premissa é a configuração diferenciada de determinados institutos processuais em demandas que o Poder Público integra.

Nesse sentido, foi aprofundada a análise das possibilidades de concessão das tutelas provisórias em face da Fazenda Pública, especialmente nos casos em que implicaria perda do objeto da ação sem o deflagramento de contraditório substancial (tutela antecipada antecedente ou liminar) e a ampliação das hipóteses verificadas antes das mudanças legislativas (tutela de evidência, de maneira ordinária, em caráter liminar ou incidental), considerando para isto a nova principiologia do código.

As impressões do delineamento do instituto foram, principalmente, estas: a aplicação restritiva das tutelas provisórias satisfativas; a impossibilidade de imutabilidade das tutelas sumárias concedidas em caráter antecedente e, ainda, a incongruência da concessão de tutela liminar de evidência, frente à nova disciplina do processo civil e ao caráter distintivo da Fazenda Pública. Resta claro que, o deferimento de tutelas provisórias para além dos limites delineados, representa uma penalização da coletividade.

Ainda que não se viva na época do primado da ética do coletivo sobre a ética individual, como na Grécia Antiga, o Estado, enquanto guardião do interesse público, faz jus ao tratamento processual diferenciado, de forma a proteger o interesse transindividual. Desse modo, não é razoável que a tutela fundada em cognição sumária, alicerçada apenas no cotejo entre as posições jurídicas de autor e réu, seja deferida em caráter liminar, pois esta compromete parcela do erário, desprestigia o regime de precatórios e a impenhorabilidade de bens públicos. Distinto é o caso do julgamento antecipado que, mesmo em desfavor do Estado, é legítimo à medida que ocorrerá apenas a supressão de fase desnecessária.

Também há dificuldades para aceitar a imutabilidade de provimento judicial fundado em cognição sumária deferida em caráter antecedente. Uma inicial sumarizada, que não foi objeto de impugnação adequada ou por uma interpretação dissonante entre advocacia pública e juiz acerca do meio de impugnação válido das decisões, não pode, passados dois anos (prazo da ação revisional), impossibilitar o uso da ação rescisória. Tal violação ao interesse coletivo não pode ser tolerada, pois não é coerente que a estabilização de tutela provisória tenha caráter mais forte que a coisa julgada.

Por todo o exposto, não restou alternativa senão concluir que a concessão de tutelas provisórias em detrimento da Fazenda Pública é excepcional, visto que as restrições legais e principiológicas são amplas. Contudo, é imprescindível excetuar o caso das demandas sociais de saúde que impuseram a flexibilização do caráter limitador, quando se tratam de tutelas provisórias de urgência concedidas a despeito da perda do objeto.

É valido ponderar ainda que, um trabalho acadêmico, por mais bem elaborado que seja, não pode responder a todos os questionamentos de um tema que deve ser devidamente aprofundado pela doutrina e jurisprudência, visto que é recente a nova disciplina legislativa. Desse modo, as considerações aqui exaradas ressalvam melhor juízo ou mudanças na disciplina do instituto.

Ademais, este esforço para desenvolver uma pesquisa bibliográfica que sirva à comunidade acadêmica, bem como à sociedade, frente às mudanças legislativas não poderia ter a pretensão de esgotar o assunto objeto de estudo, mas tão somente contribuir para o debate, apresentando uma perspectiva própria do instituto das tutelas provisórias considerando a legislação vigente, para a delimitação da extensão desse instituto utilizou-se o contexto das demandas de saúde.

## **REFERÊNCIAS**

AG 08010600820144050000, Desembargador Federal Paulo Roberto de Oliveira Lima, TRF5 - Segunda Turma.

ALVIM, Teresa Arruda Wambier; DANTAS, Bruno; DIDIER JR, Frei; TALAMINI, Eduardo. **Breves comentários ao novo CPC**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

ANGELIS, Juliano de. **Antecipação da tutela contra a fazenda pública**. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/6192/Antecipacao-da-tutela-contra-a-Fazenda-Publica>> Acesso em: 01.08.2016. Acesso em: 22/08/2016.

BARROS, Guilherme Freire de Melo barros. **Poder Público em Juízo para concursos**. 5. ed. Salvador: JusPodivm, 2015.

BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito** (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). Escrito durante a estada do autor na Universidade de San Francisco (USFCA). S/n.

BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. **O processo constitucional na concretização do Estado Democrático de Direito. Temas de direito processual democrático**. 1. ed. ISBN: 978-85-7463-411-1, Teresina: EDUFPI, 2012.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 22. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, A. P.; DINAMARCO, C. R. D. **Teoria Geral do Processo**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

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

\_\_\_\_\_. **A Fazenda Pública em Juízo**. 7. ed. São Paulo: Dialética, 2009.

DESTEFENNI, Marcos. **Direitos transindividuais em espécie – coleção sinopses para concursos.** Salvador: JusPodivm, 2015.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade na Constituição de 1988.** São paulo: Atlas, 1991.

DIAS, Jean Carlos. **Reflexões acerca da teoria da cognição no processo.** Revista do Programa de Mestrado em Ciência Jurídica da Fundinopi. (PDF digital)

ENFAM. **Enunciados sobre o novo CPC.** Disponível em:  
<<http://www.enfam.jus.br/2015/09/enfam-divulga-62-enunciados-sobre-a-aplicacao-do-novo-cpc/>> Acesso em: 10/08/2016.  
GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo.** 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

HADARA, Kiyoshi. **Direito Financeiro e Tributário.** 11. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

LIEBMAN, Enrico Túlio. apud MARCATO, Antônio Carlos. Preclusões: **Limitação ao Contraditório?** Revista de Processo, São Paulo, ano 5, nº 17, 1980.

LINS, Liana Cirne. **A Tutela Inibitória Coletiva das Omissões Administrativas: um enfoque processual sobre a justiciabilidade dos direitos fundamentais sociais.** Disponível em:<[http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Direitos\\_sociais\\_processo.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Direitos_sociais_processo.pdf)> Acesso em: 06/05/2016.

MARINONI, Luiz Guilherme. **A Antecipação da Tutela.** 3 ed. São Paulo: Malheiros, 1997.  
\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Processual Civil. V. I – Da Teoria Geral do Processo.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.  
\_\_\_\_\_. **A Antecipação da Tutela,** 3<sup>a</sup> ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais.** 4. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

NETO, Monoel Jorge e Silva. **O constitucionalismo brasileiro tardio.** ISBN 978-85-88652-92-7. Brasília: ESMEPU, 2016.

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

NERY Jr., Nelson. **Princípios do processo na constituição federal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

PASSOS, J.J. Calmon. **Da Antecipação da Tutela**, Reforma do Código de Processo Civil, 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

SALGADO, Joaquim Carlos. **O Estado Ético e o Estado Poiético**. In: Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais. Belo Horizonte – MG. v. 27, n. 2, abr./jun., 1998.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, L. G.; MITIDIERO, D. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

\_\_\_\_\_. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SILVA NETO, Monoel Jorge e. **O constitucionalismo brasileiro tardio**. Brasília: ESMEPU, 2016,

SILVA, Ovídio A. Baptista da. **A Ação Cautelar Inominada no Direito Brasileiro**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

STF – ADC: 4 DF, Relator: Min. SYDNEY SANCHES. Relator do acórdão - Min. Celso de Melo. Data de Julgamento: 11/02/1998, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 21-05-1999  
Disponível em:

<<http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:nwecufodqp8j:redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp%3fdootp%3dac%26doci%3d630103+&cd=1&hl=pt-br&ct=clnk&gl=br&client=firefox-b-ab>> Acesso em: 07/2016.

STF – RE: 642536 AP, Relator: Min. LUIZ FUX, Data de Julgamento: 05/02/2013, Primeira Turma, Data de Publicação: ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-038 DIVULG 26-02-2013 PUBLIC 27-02-2013. Acesso em: 07/05/2016.

STJ - REsp: 513707 SC 2003/0019647-0, Relator: Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, Data de Julgamento: 14/02/2006, T3 - Terceira Turma, Data de Publicação: DJ 30/06/2006 p. 214.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**. 4. ed. 2<sup>a</sup> tiragem. São Paulo: Saraiva, 2012.

THEODORO JR., Humberto. **Celeridade e efetividade da prestação jurisdicional: insuficiência da reforma das leis processuais.** São Paulo: Revista de Processo. v. 30, n. 125, p. 61-78, jul.2005.

\_\_\_\_\_. **Tutela específica das obrigações de fazer e não fazer.** In: Jus Navegandi. n. 56. 2001. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2904>> Acesso em: 01.08.2016.

VILAS-BÔAS, Renata Malta. **Princípios constitucionais do Direito Processual Civil.** Disponível em: <[http://www ambito-juridico.com.br/site/n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=10180&revista\\_caderno=21#\\_ftn14](http://www ambito-juridico.com.br/site/n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10180&revista_caderno=21#_ftn14)> Acesso em: 20/08/2016.

WATANABI, Kazuo. **Da cognição no processo civil**, 2. ed. Campinas: Bookseller: 2000.