
PODE HAVER ESTABILIDADE DE TUTELA SATISFATIVA ANTECEDENTE CONTRA A FAZENDA PÚBLICA?

*THERE IS PROVISIONAL PROTECTION AGAINST PUBLIC
POWER?*

*Ana Paula Sanzovo de Almeida Prado
Procuradora Federal – PSF Bauru*

SUMÁRIO: Introdução; 1 A estabilidade da tutela satisfativa concedida em caráter antecedente; 1.1 Requisitos da estabilidade; 1.2 Providências para “desestabilização”; 1.3 Finalidade; 1.4 Dificuldade; 1.5 Direito comparado italiano; 2 Incursões sobre a tutela provisória em face da Fazenda Pública; 3 Conclusão; Referências.

RESUMO: O presente trabalho trata da estabilização da decisão concessiva de tutela antecipada, inovação do Código de Processo Civil de 2015, e um instituto inspirado em leis estrangeiras. As tutelas provisórias teriam como função constitucional harmonizar direitos fundamentais em tensão: segurança jurídica de um lado, efetividade da tutela jurisdicional de outro. Voltam-se à duração razoável do processo. A tutela satisfativa requerida de modo antecedente e deferida, não confrontada pela parte contrária, se estabiliza (sem fazer coisa julgada). Essa estabilidade existe no direito italiano. Ao final, o texto pondera sobre a nova disciplina legal e o panorama jurisprudencial da tutela provisória dada contra a Fazenda Pública.

PALAVRAS-CHAVE: Tutela Provisória. Tutela Satisfativa. Tutela Antecedente. Estabilização. Fazenda Pública.

ABSTRACT: The present work deals with the stabilization of the concessionary decision of early protection, innovation of the Code of Civil Procedure of 2015, and an institute inspired by foreign laws. The provisional guardianships would have as constitutional function to harmonize fundamental rights in tension: legal security on the one hand, effectiveness of the judicial protection of another. They go back to the reasonable length of the procedure. The satisfactory protection required in an antecedent and deferred way, not confronted by the opposing party, stabilizes (without doing anything judged). This stability exists in Italian law. In the end, the text deals with the new legal discipline and the jurisprudential discipline of provisional protection given against the Public Power.

KEYWORDS: Temporary Protection. Satisfactory Protection. Previous Protection. Stabilization. Public Power.

INTRODUÇÃO

Processo exige tempo! O Código de Processo Civil de 2015 adotou o modelo constitucional de processo, explicitando princípios, como o da efetividade, em seu art. 4º: “As partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa”.

De fato, é previsão do art. 5º da Constituição da República de 1988, em seu inciso XXXV, a inafastabilidade da jurisdição. Há, assim, o direito ao processo.

A tutela provisória dá maior efetividade ao processo. Sem ela, o ônus seria sempre do autor, podendo o réu sentir-se estimulado a utilizar mecanismos para retardar o desfecho do processo. Com ela, o Judiciário pode afastar ameaça que, em razão da demora, o provimento jurisdicional possa sofrer.

O CPC tratou então da tutela provisória em sua Parte Geral, dedicando um livro próprio. Define, no art. 294, que pode fundamentar-se na urgência ou na evidência. E o parágrafo único do dispositivo acrescenta que “a tutela provisória de urgência, cautelar ou antecipada, pode ser concedida em caráter antecedente ou incidental”.

Ao contrário do que ocorria no sistema anterior, do CPC de 1973, não há mais a possibilidade de processo cautelar autônomo.

Nos dias atuais, o deferimento de tutela provisória ocorre em processo de conhecimento ou de execução, seja em caráter antecedente (preparatório), seja incidentalmente. O gênero “tutela provisória” pode ser fundada na urgência (e ser satisfativa ou cautelar) ou ser fundada na evidência.

Apontam-se procedimentos especiais que preveem a concessão de tutela provisória própria, como a ação de alimentos, por exemplo.

As tutelas provisórias são fungíveis, ficando o juiz autorizado a conceder a medida que entender mais adequada ao caso concreto, a teor do art. 297 do CPC. Trata-se, na verdade, de um “poder-dever”.

Provisória é a tutela em que a cognição do juiz não é exauriente, mas sumária, calcada em verossimilhança ou em evidência, podendo ser revogada ou modificada a qualquer tempo. Afasta o perigo a que está sujeito o provimento final, seja antecipando os efeitos da sentença (satisfativa), seja adotando uma medida protetiva (cautelar) ou, ainda, redistribui o ônus da demora na solução do processo quando o direito é evidente.

Todas são examinadas em cognição superficial (o juiz nem sempre terá ouvido todos os litigantes e colhido todas as provas para o seu pronunciamento). Na ocorrência de alterações fáticas, dá-se a mudança de sua decisão. Ao final, são substituídas por um provimento definitivo.

A eficácia da tutela provisória é conservada na pendência do processo, a menos que seja revogada ou modificada, sempre por decisão fundamentada. Na hipótese de improcedência do pedido ou extinção do processo sem resolução de mérito, ela se torna ineficaz.

A tutela provisória não está sujeita à preclusão nem à coisa julgada material, como a decisão proferida em cognição exauriente.

De fato, três características essenciais marcam a tutela provisória:

- Sumariedade da cognição – julgador decide a partir de um juízo de probabilidade;
- Precariedade – a princípio, conserva sua eficácia ao longo do processo, mas pode ser revogada ou modificada a qualquer tempo;
- Inapta a tornar-se indiscutível pela coisa julgada, por ser fundada em cognição sumária e precária.

Tanto a tutela antecipada quanto a cautelar são úteis para afastar uma situação de perigo de prejuízo irreparável ou de difícil reparação. A tutela cautelar não antecipa os efeitos da sentença, mas determina uma providência que protege o provimento, que será dado ao final. É tutela satisfativa a concessão liminar da pretensão do autor, condenatória, constitutiva ou declaratória.

A tutela de evidência será sempre incidental, nunca antecedente. Mas a de urgência poderá ser incidental ou antecedente.

A satisfativa, de forma antecedente, segue o art. 303 do CPC. Assim, o autor formula apenas o pedido de antecipação, apresentando uma exposição sumária da lide, do direito que se busca realizar e o perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo. Uma vez deferida a tutela antecipada, a inicial deve ser aditada para complementação da argumentação, juntada de novos documentos e confirmação do pedido de tutela final, em 15 dias, ou outro prazo fixado pelo juízo.

1 A ESTABILIDADE DA TUTELA SATISFATIVA CONCEDIDA EM CARÁTER ANTECEDENTE

O *caput* do art. 300 do CPC traz os requisitos para concessão da tutela de urgência: *fumus boni iuris* (probabilidade do direito) e *periculum in mora* (perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo). Ao magistrado cabe aplicar o princípio da proporcionalidade para análise das situações. Aplica-se a “regra da gangorra”:

quanto maior o “periculum” demonstrado, menos “fumus” se exige para a concessão da tutela pretendida, pois a menos que se anteveja a

completa inconsistência do direito alegado, o que importa para a sua concessão é a própria urgência, ou seja, a necessidade considerada em confronto com o perigo da demora na prestação jurisdicional.” (WAMBIER; CONCEIÇÃO; RIBEIRO; MELLO, 2015, p. 498).

O CPC só prevê a possibilidade de tutelas antecedentes de urgência, podendo ser cautelares ou satisfativas.

É possível o requerimento da tutela de urgência antecedente inclusive no procedimento dos Juizados.

O autor pode formular “petição inicial” simplificada, requerendo a antecipação da tutela satisfativa, demonstrando o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*. Uma vez deferida, abre-se a possibilidade para aditamento, a fim de se cumprir todos as exigências legais. No aditamento, o autor confirma o pedido principal, indicando as provas que pretende produzir.

Ocorre citação e intimação para a audiência, e também da tutela antecipada deferida, abrindo-se ao réu a possibilidade de recorrer dessa decisão por meio de agravo de instrumento.

Na hipótese de deferimento da tutela, mas não realizado o aditamento pelo autor, o processo será extinto sem resolução do mérito, cessando-se a eficácia da medida antecipatória concedida.

1.1 REQUISITOS DA ESTABILIDADE

A novidade do art. 304 no sistema processual brasileiro permite a estabilização da tutela antecipada. É a possibilidade de a decisão, baseada em cognição sumária e sem força de coisa julgada, produzir e manter os seus efeitos, independentemente da continuidade do processo de cognição plena, já que as partes ficaram satisfeitas, conformadas.

A conduta das partes, quando deferida a tutela antecipada antecedente, repercutirá no prosseguimento do processo e estabilidade da medida.

A estabilização, até mesmo por interpretação literal, serve tão somente à tutela antecipada (satisfativa), não valendo para a cautelar (é nesse sentido o enunciado n. 420 do Fórum Permanente de Processualistas Civis). Na tutela cautelar adota-se uma providência protetiva temporária, que deve ser eficaz até o julgamento do pedido principal. A Professora Teresa Arruda Alvim exemplifica com o arresto: “Como se justifica que tal medida subsista por tempo indeterminado, retirando o bem da disposição do devedor, sem permitir, entretanto, a satisfação do direito material do credor?” (Primeiros comentários ao novo CPC, p. 511).

Existe posicionamento doutrinário de que se deva conferir maior eficácia possível ao instituto, admitindo-se a estabilização da tutela antecipada deferida incidentalmente, e até mesmo da tutela de evidência.

Apesar de o dispositivo do art. 303 estampar providência recursal para estabilizar ou não a tutela antecipada, a doutrina ensina que qualquer forma de oposição (contestação, reconvenção) deve ter o condão de evitar a extinção do processo.

De se destacar que mesmo diante da ausência de resistência do réu, se o autor não aditar a petição inicial, ocorrerá a extinção do processo, com a perda da eficácia da tutela antecipada deferida.

1.2 PROVIDÊNCIAS PARA “DESESTABILIZAÇÃO”

A tutela antecipada estável só pode ser alterada por decisão de mérito se uma parte demandar contra a outra, no prazo decadencial de dois anos, contado da ciência da extinção do processo.

Há entendimento de que essa nova demanda reabre a discussão do processo extinto, com aprofundamento da cognição, e não altera a distribuição originária do ônus da prova.

Escoado o prazo de dois anos, não há impedimento de que qualquer das partes, respeitados os prazos prescricionais, ingresse com nova demanda, com cognição exauriente, que diga respeito ao mesmo bem da vida discutido na ação que foi extinta, repercutindo assim na antecipação de tutela estável.

De se mencionar a conclusão do enunciado n. 33 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “não cabe ação rescisória nos casos estabilização da tutela antecipada de urgência.”

1.3 FINALIDADE

A estabilidade possibilita ao interessado a satisfação de sua pretensão, sem a instauração de um processo de cognição exauriente, quando o adversário não se opõe, pela via recursal, à medida deferida.

É uma tentativa de solucionar mais rapidamente o conflito.

Exemplos doutrinários que trazem utilidade seriam: fornecimento de próteses em relação a plano de saúde; autorização para participar em concurso público; fornecimento de medicamento pela Fazenda Pública.

Vislumbra-se vantagem para réu ficar silente, permitindo a estabilização da tutela: a diminuição do custo do processo (por aplicação analógica do art. 701, *caput* e § 1º, do CPC, não pagaria as custas processuais e pagaria apenas 5% de honorários advocatícios sucumbenciais).

1.4 DIFICULDADE

A doutrina aponta hipoteticamente problema como na hipótese de o réu recorrer e o recurso não ser conhecido. Entende-se que só o recurso intempestivo não impediria a estabilização.

1.5 DIREITO COMPARADO ITALIANO

É novidade do atual sistema das tutelas provisórias a estabilidade instituída pelo art. 304 do CPC. Foi incorporada ao nosso ordenamento por influência francesa.

Esse instituto existe no direito italiano, em que não há revelia se réu citado não contesta a ação, seguindo-se com a fase instrutória; também não há julgamento antecipado; por isso é importante abreviar o processo com a estabilização.

A opção feita pelo novo CPC, em consonância com o direito italiano, de ausência de coisa julgada, se justifica por se tratar de decisão proferida com base em cognição superficial e, por isso mesmo, sujeita à confirmação.

2 INCURSÕES SOBRE A TUTELA PROVISÓRIA EM FACE DA FAZENDA PÚBLICA

Nas disposições finais e transitórias do CPC, art. 1059, há expressa previsão: “À tutela provisória requerida contra a Fazenda Pública aplica-se o disposto nos arts. 1º a 4º da Lei nº 8.437, de 30 de junho de 1992, e no art. 7º, § 2º, da Lei nº 12.016, de 7 de agosto de 2009.”

O código sintetizou o quadro de restrições legais à tutela provisória, cautelar ou satisfativa (liminar ou não), contra o Poder Público:

- a impugnação, em primeira instância, de ato de autoridade sujeita, na via de mandado de segurança, à competência originária do tribunal – ressalvados a ação popular e a ação civil pública;
- medida que esgote, no todo ou em parte, o objeto da ação;
- a reclassificação ou equiparação de servidores públicos e a concessão de aumento ou extensão de vantagens ou pagamento de qualquer natureza.

O STF coloca fora da vedação verbas previdenciárias (enunciado de sua súmula 729). O STJ também tem afastado as normas proibitivas

da tutela provisória contra o Poder Público em casos excepcionais, como no REsp n. 109.743-RS, REsp n. 275.649-SP, REsp 420.954-SC, dentre outros, que revelem o estado de necessidade e a exigência de preservação da vida humana.

De se ponderar que a imposição de trânsito em julgado conferida por emenda constitucional (art. 100, § 5º, CF), para a expedição de precatório, afronta o direito fundamental à tutela preventiva e efetiva. A esse respeito, a doutrina ensina que não se pode confundir trânsito em julgado com coisa julgada.

A antecipação provisória dos efeitos da tutela contra o Poder Público, para pagar quantia, determinada por decisão interlocutória (cognição sumária e inapta a fazer coisa julgada) é possível, corolário do direito de acesso à justiça.

Realmente, a jurisprudência caminha nesse sentido (DIDIER Jr., 2016, p. 652):

No julgamento do REsp n. 834.678-PR, há imposição de pagamento imediato de pensão provisória de cunho indenizatório pelo município, para custeio de despesas médicas e terapêuticas de menor, acometido de encefalopatia grave e irreversível devido à vacina aplicada em posta de saúde;

Na STA 223 AgR/PE, o STF determinou que Estado de Pernambuco pague despesas necessárias à realização de cirurgia de implante de marcapasso diafragmático muscular em benefício do autor, tetraplégico em razão de assalto ocorrido em via pública, para que seja imediatamente devolvida a capacidade de respirar independentemente de respirador mecânico.

Para obrigações de fazer, não fazer e entregar coisa em face do Poder Público, até mesmo porque não há exigência do precatório, não haveria restrições à concessão da tutela provisória. Entretanto, há algumas particularidades, como em ação possessória contra o Poder Público, não é possível a concessão de tutela provisória sem sua prévia oitiva (art. 562, p. único, CPC).

Em específico, na hipótese de concessão de tutela antecipada antecedente, poderia ser alegada a impossibilidade de imposição do efeito material da revelia quando são indisponíveis os interesses do ente público, para tentar afastar algo mais grave, o efeito da ausência de recurso.

No entanto, semelhante à estabilidade, pode ser apontado o que acontece na ação monitória, em que o juiz expede mandado de pagamento, entrega de coisa, cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer e, se não houver oposição da parte contrária por meio de embargos, há conversão em título executivo judicial.

O CPC/15, em seu art. 701, § 4º, prevê expressamente a possibilidade de ação monitória em face do ente público, o que já estava sumulado pelo

Superior Tribunal de Justiça, em seu enunciado de nº 339. Assim, a ausência de manifestação (embargos) da Fazenda conduz à imediata formação do título judicial. Seria uma tutela de evidência, dada a expedição do mandado monitório respaldado num documento escrito comprobatório da dívida.

Como já mencionado, na concessão da tutela antecipada não é necessária evidência, bastando a mera aparência, aliada à urgência. Nesse enfoque, o sistema admitiria a estabilização em face da Fazenda Pública.

O regramento da ação monitória não dispensa a aplicação do art. 496 do CPC, que trata da remessa necessária.

Entendimento há de que a sentença que extingue o processo declarando a estabilização, sendo contrária ao ente público, deveria ser confirmada pelo tribunal, nos moldes do art. 496 do CPC.

3 CONCLUSÃO

A concessão de tutelas provisórias constitui ampliação do acesso à justiça e mecanismo de fortalecimento da efetividade da prestação jurisdicional.

Até porque existe lei que disciplina, é possível tutela provisória em face do Poder Público, só não é nas hipóteses igualmente previstas na lei, e que devem ser compreendidas à luz da interpretação que lhes é dada pelos tribunais.

A estabilização da tutela antecipada é uma generalização da técnica monitória no processo civil brasileiro e, agora no CPC, há regra expressa permitindo o uso dessa técnica em face da Fazenda Pública.

A prática nos dirá sobre os contornos desse novo instituto.

REFERÊNCIAS

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil*. v. 2. 11. ed. Salvador: Jus Podivm, 2016.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. *Direito processual civil esquematizado*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogerio Licastro Torres de. *Primeiros comentários ao novo código de processo civil: artigo por artigo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

