

3 . TUTELA PROVISÓRIA CONTRA O PODER PÚBLICO NO CPC DE 2015

Cassio Scarpinella Bueno*

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O art. 1.059, *escondido* no Livro Complementar do CPC, consagra regra restritiva que, lamentavelmente, é típica do direito processual civil brasileiro e, tendo o Poder Público como réu, evolui (ou, como a mim me parece mais correto assinar, *involui*) com ele, desde os primórdios das leis que regulamentaram o mandado de segurança. Trata-se de inovação introduzida quando o Projeto tramitava na Câmara dos Deputados e que acabou sendo preservada pelo Senado Federal na reta final do processo legislativo¹.

O referido dispositivo, a um só tempo, veda ou, quando menos, impõe restrições à tutela provisória, disciplinada pelos arts. 294 a 311 da codificação vigente, quando ela for requerida em face da Fazenda Pública em determinadas hipóteses (arts. 1º a 3º da Lei n. 8.437/92 e § 2º do art. 7º da Lei n. 12.016/2009). Também determina a aplicação a ela do que, na prática do foro, é chamado de "suspensão de

* Livre-Docente, Doutor e Mestre em Direito Processual Civil pela Faculdade de Direito da PUC-SP. Professor-Doutor de Direito Processual Civil nos cursos de Graduação, Especialização, Mestrado e Doutorado da Faculdade de Direito da PUC-SP. Vice-Presidente do Instituto Brasileiro de Direito Processual e membro do Instituto Iberoamericano de Direito Processual e da Associação Internacional de Direito Processual. Advogado.

¹ Para a comparação dos Projetos do Senado e da Câmara, ver meu *Projetos de novo Código de Processo Civil: comparados e anotados*, p. 156-157. Em meu *Novo CPC anotado*, p. 300-338, teço diversas considerações acerca dos desafios interpretativos que a "terceira via" que acabou prevalecendo no CPC de 2015 põe ao intérprete.

segurança” ou “suspensão de liminar” (e, para o CPC de 1973, também de “suspensão de tutela antecipada”), consoante seja a origem da decisão proferida contra o Poder Público e cujos efeitos se pretende suspender (art. 4º da Lei n. 8.437/92).

É o caso de estudar mais detidamente uma e outra determinação, a começar pelas hipóteses em que há restrição ou limitação à tutela provisória requerida contra o Poder Público em juízo.

2. ALCANCE DO ART. 1.059 DO CPC DE 2015

O *caput* do art. 1º da Lei n. 8.437/92 (diploma legislativo que “dispõe sobre a concessão de medidas cautelares contra atos do Poder Público e dá outras providências”) dispõe que

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

Trata-se de regra que, no contexto do CPC de 2015, conduz às restrições que a Lei do Mandado de Segurança, a Lei n. 12.016/2009, estabelece sobre o assunto e, neste sentido, já estão suficientemente albergadas pela remissão àquele outro diploma legislativo pelo mesmo art. 1.059. Idêntica solução deve ser dada ao § 5º do art. 1º da Lei n. 8.437/92: a vedação de *tutela provisória* que defira compensação de créditos tributários e previdenciários decorre, de forma bastante, do § 2º do 7º da Lei n. 12.016/2009. Não há por que duvidar, de qualquer sorte, que a *repetição* das normas tem o sentido de eliminar qualquer dúvida que pudesse (ou possa) haver sobre a subsistência das regras veiculadas pelo diploma legislativo de 1992 diante da superveniência da Lei de 2009. É como se dissesse que a tutela provisória do CPC de 2015 está vedada naqueles casos, independentemente de a questão merecer ser analisada na perspectiva da antiga tutela cautelar (Lei n. 8.437/92) ou do subsistente mandado de segurança (Lei n. 12.016/2009). Para a tutela antecipada requerida contra o Poder Público, também tendo presente o CPC de 1973, é bastante para confirmar idêntica vedação a lembrança do art. 1º da Lei n. 9.494/97.

O § 1º do art. 1º da Lei n. 8.437/92 deve ser compreendido como a vedação da tutela provisória em qualquer caso em que, fosse o ato do Poder Público contrastado por mandado de segurança, a hipótese reclamaria, por disposição constitucional (federal ou estadual), competência *originária* de Tribunal. São

variados os exemplos, dentre eles, apenas para ilustração, atos do Presidente da República, dos Ministros dos Estados e dos Governadores, em que os mandados de segurança, por força da Constituição Federal e das Constituições dos Estados, devem ser impetrados originariamente no Supremo Tribunal Federal, no Superior Tribunal de Justiça e nos Tribunais de Justiça, respectivamente. A exceção trazida pelo § 2º do mesmo dispositivo legal é indiferente para o tema na perspectiva da tutela provisória do CPC de 2015: a disciplina da “ação popular” e da “ação civil pública” não se encontra na codificação atual mas em leis extravagantes, a Lei n. 4.717/65 e a Lei n. 7.347/85, respectivamente. Tivesse havido cuidadosa revisão do texto aprovado na Câmara ou na reta final, perante o Senado Federal, e certamente a menção àquele § 2º do art. 1º da Lei n. 8.437/92 teria sido perti-nentemente eliminado.

O § 3º do art. 1º da Lei n. 8.437/92 veda a *tutela provisória* que, no todo ou em parte, “esgote o objeto da ação”. Trata-se de regra que merece receber a mesma interpretação do § 3º do art. 300 do CPC de 2015². A depender da relevância dos interesses envolvidos no caso concreto, o direito mais evidente e mais carente de tutela *deve ser* tutelado ainda que de maneira *satisfativa*, isto é, ainda que “esgotando o objeto da ação”. É para esta finalidade, aliás, que a tutela provisória *antecipada* é predisposta³. Fosse ela *limitada* a *assegurar* algum direito, bastaria sua feição *cautelar* que, aliás, é inequivocamente preservada pelo CPC de 2015, como se verifica suficientemente de seus arts. 301 e 305, *caput*⁴.

O § 4º do art. 1º da Lei n. 8.437/92 trata da necessária intimação do dirigente do órgão ou entidade públicos e de seu representante judicial da decisão relativa à tutela provisória. A providência quer viabilizar a apresentação do recurso

² “§ 3º A tutela de urgência de natureza antecipada não será concedida quando houver perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão.”

³ Aceitando esta interpretação – de resto, amplamente vencedora diante do § 2º do art. 273 do CPC de 1973 –, é o Enunciado 419 do Fórum Permanente de Processualistas Civis (“Não é absoluta a regra que proíbe tutela provisória com efeitos irreversíveis”) e o Enunciado 25 do Seminário (“O Poder Judiciário e o novo Código de Processo Civil”) promovido pela Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (“A vedação da concessão de tutela de urgência cujos efeitos possam ser irreversíveis (art. 300, § 3º, do CPC/2015) pode ser afastada no caso concreto com base na garantia do acesso à Justiça (art. 5º, XXXV, da CRFB)”).

⁴ Associado o dispositivo ao § 3º do art. 300 e sustentando tratar-se de mera repetição de normas, ver DIDIER JR., Fredie et al. *Curso de direito processual civil*, v. 2, p. 644 e 654.

cabível por quem, nos precisos termos dos incisos I a IV art. 75 do CPC de 2015⁵, detém a representação processual do ente público. Não custa lembrar que é expresso cabimento do agravo de instrumento da decisão que concede e também da que nega a liminar (art. 1.015, I, do CPC de 2015⁶).

O art. 2º da Lei n. 8.437/92 estabelece necessário contraditório, prévio ao exame do pedido de tutela provisória, a ser estabelecido em setenta e duas horas, quanto se tratar de mandado de segurança coletivo e em ação civil pública⁷. A constitucionalidade da regra – inegavelmente harmônica com o princípio do contraditório, tão enfatizado, no plano infraconstitucional pelo CPC de 2015 – depende da viabilidade real de observância daquele prazo. Para tanto, não há razão para deixar de considerar o largo emprego das novas tecnologias para viabilizar céleres (e seguras e legítimas) *intimações*, embora o CPC de 2015 seja tímido a este respeito. Caso contrário – inclusive para quem descartar o emprego das novas tecnologias para este fim – e sempre a depender da concreta iminência de risco, o princípio do contraditório *deve ceder espaço* ao princípio da efetividade do direito material pelo processo, sendo, pois, legitimamente *postergado*⁸.

Questão interessante sobre aquele dispositivo diz respeito à sua aplicação a hipóteses que não sejam de mandado de segurança coletivo ou de ação civil

⁵ “Art. 75. Serão representados em juízo, ativa e passivamente: I – a União, pela Advocacia-Geral da União, diretamente ou mediante órgão vinculado; II – o Estado e o Distrito Federal, por seus procuradores; III – o Município, por seu prefeito ou procurador; IV – a autarquia e a fundação de direito público, por quem a lei do ente federado designar.”

⁶ “Art. 1.015. Cabe agravo de instrumento contra as decisões interlocutórias que versarem sobre: I – tutelas provisórias.” Noto também que, na perspectiva do mandado de segurança, a recorribilidade imediata da decisão que concede e da que nega a liminar é expressamente assegurada pelo § 1º do art. 7º da Lei n. 12.016/2009 previsão que se harmoniza com a genérica previsão do inciso XIII do art. 1.015 do CPC de 2015.

⁷ O § 2º do art. 22 da Lei n. 12.016/2009 veicula a mesma regra, limitando-se ao mandado de segurança coletivo. A despeito da inequívoca *derrogação* do art. 2º da Lei n. 8.437/92 pelo referido dispositivo mais recente, parece fadada ao insucesso qualquer discussão sobre o art. 1.059 não dizer respeito indistintamente àquelas duas manifestações de acesso coletivo à justiça.

⁸ Trata-se de clássica (e correta) compreensão sustentada, dentre tantos, também por Nicolò Trocker, em seu *Processo civil e costituzione*, especialmente p. 406-409, para o processo alemão e para o italiano. Na perspectiva da jurisprudência do Tribunal Constitucional português, ver FREITAS, José Lebre de; SANTOS, Cristina Máximo dos. *O processo civil na Constituição*, p. 107-108.

pública. A necessidade de interpretação *restritiva* de regras que, de alguma forma, queiram criar obstáculos à efetividade do processo em face do Poder Público, que enalteço no n. 5, *infra*, recomenda a resposta negativa⁹. Não obstante, é também excepcional a própria concepção de um contraditório postergado. Nesse sentido, parece ser correto entender que *sempre* que for possível o estabelecimento do contraditório prévio sobre o pedido de tutela provisória, ele deve ser estabelecido, ainda que não se trate de mandado de segurança coletivo ou de ação civil pública. E mais, ainda que não se trate de pedido em face da Fazenda Pública, justamente porque, isso eu também coloco em destaque no mesmo n. 5, *infra*, não há qualquer critério que autorize tratamento não isonômico na espécie.

A remissão ao art. 3º da Lei n. 8.437/92¹⁰, por sua vez, deve ser entendida no sentido de que não produzirá efeito imediato a sentença “que importe em outorga ou adição de vencimentos ou de reclassificação funcional”. Seja porque, como quer aquele dispositivo, a apelação dela interponível terá efeito suspensivo ou também porque ela está sujeita ao “recurso *ex officio*” que, no âmbito do CPC de 2015, corresponde à “remessa necessária” (art. 496). Assim, ainda que a sentença proferida contra o Poder Público *conceda* ou *confirme* tutela provisória para o fim de outorgar ou aditar vencimentos ou determinar reclassificação funcional, ela, na perspectiva do referido art. 3º da Lei n. 8.437/92, não produzirá efeitos imediatamente. Está excepcionada, assim, a regra do inciso V do § 1º do art. 1.012 do CPC de 2015 que, para hipóteses de *concessão* ou de *confirmação* da tutela provisória, *retira* o efeito suspensivo do apelo e permite, como consequência, a viabilidade de início dos atos de cumprimento *provisório* da sentença¹¹.

⁹ No mesmo sentido: José Miguel Garcia Medina, *Novo Código de Processo Civil comentado*, p. 1477, Guilherme Kronenberg Hartmann, em seus comentários ao art. 1.059, *Comentários ao novo Código de Processo Civil*, p. 1586, e Leonardo Ferres da Silva Ribeiro, em seu *Tutela provisória: tutela de urgência e tutela de evidência*, p. 248-251.

¹⁰ “Art. 3º O recurso voluntário ou *ex officio*, interposto contra sentença em processo cautelar, proferida contra pessoa jurídica de direito público ou seus agentes, que importe em outorga ou adição de vencimentos ou de reclassificação funcional, terá efeito suspensivo.”

¹¹ É só nesses casos que a remissão do art. 3º da Lei n. 8.437/92 faz sentido. Nas demais, em rigor, prevalece o efeito suspensivo do apelo e/ou a remessa necessária. Diferentemente se passava com o CPC de 1973, cujo inciso IV do art. 520 *retirava* o efeito suspensivo da apelação interposta no chamado “processo cautelar”. Naquele sistema, o art. 3º da Lei n. 8.437/92 desempenhava o papel da regra oposta daquele específico dispositivo.

Pergunta pertinentíssima acerca do assunto é a de saber se é constitucional regra que impede, como esta, casuisticamente, o cumprimento provisório da sentença. A melhor resposta, defendendo-a há tempos¹², é a negativa. A *necessidade de fruição imediata* da tutela jurisdicional sobrepõe-se à segurança jurídica corporificada pelo efeito suspensivo do apelo e, mais amplamente, do reexame necessário. Ademais, no que diz respeito à incidência da sentença à remessa necessária, é irrecusável a aplicação das dispensas expressamente autorizadas pelos §§ 3º e 4º do art. 496 do CPC de 2015¹³.

Por sua vez, a aplicação do § 2º do art. 7º da Lei n. 12.016/2009 (que “disciplina o mandado de segurança individual e coletivo e dá outras providências”) significa que é vedada a tutela provisória requerida em face da Fazenda Pública quando ela objetivar 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 natureza¹⁴. Trata-se de dispositivo que consolida o que de início já referi a (injustificável) tendência de as leis brasileiras estrangularem os mecanismos de tutela jurisdicional eficiente contra atos do Poder Público¹⁵.

¹² Para essa demonstração, ver os seguintes trabalhos de minha autoria: *O poder público em juízo*, p. 206-210; *Mandado de segurança*, p. 286-290, e, mais recentemente, sob a égide da Lei n. 12.016/2009, *A nova Lei do Mandado de Segurança*, p. 114-119.

¹³ “§ 3º Não se aplica o disposto neste artigo quando a condenação ou o proveito econômico obtido na causa for de valor certo e líquido inferior a: I – 1.000 (mil) salários mínimos para a União e as respectivas autarquias e fundações de direito público; II – 500 (quinhentos) salários mínimos para os Estados, o Distrito Federal, as respectivas autarquias e fundações de direito público e os Municípios que constituam capitais dos Estados; III – 100 (cem) salários mínimos para todos os demais Municípios e respectivas autarquias e fundações de direito público. § 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; IV – entendimento coincidente com orientação vinculante firmada no âmbito administrativo do próprio ente público, consolidada em manifestação, parecer ou súmula administrativa.”

¹⁴ Sobre as hipóteses de vedações da tutela provisória contra a Fazenda Pública, ver NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Comentários ao Código de Processo Civil*, p. 2250.

¹⁵ Para o assunto, ver meu *Mandado de segurança*, p. 99-102 e, mais demoradamente, meu *Liminar em mandado de segurança*: um tema com variações, p. 137 e s.

3. EM ESPECIAL A "SUSPENSÃO DE TUTELA PROVISÓRIA"

Com relação ao que, com o CPC de 2015, tem tudo para, coerentemente, passar a ser conhecida como "suspensão de *tutela provisória*", cabe esclarecer que se trata de pedido a ser formulado, pelo Ministério Público ou pela "pessoa jurídica de direito público interessada" diretamente ao Presidente do Tribunal competente para o julgamento do recurso cabível da decisão para suspender seus efeitos "em caso de manifesto interesse público ou de flagrante ilegitimidade, e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas" (art. 4º, *caput*, da Lei n. 8.437/92).

A prática forense, infelizmente, desmente a exigência legal de que deva haver *prévio* contraditório com a parte contrária (que é a beneficiária da decisão cujos efeitos a pessoa de direito público pretende suspender), o que se extrai dos §§ 2º e 7º do art. 4º da Lei n. 8.437/92. Que, no particular, o princípio do contraditório e o modelo de processo cooperativo repetitivamente desenhado pelo CPC de 2015, desde seus arts. 1º, 6º, 9º e 10, altere a rotina, ao menos nos casos em que não há urgência, alegada e demonstrada, apta a *postergar* (mas nunca eliminar) o contraditório.

Contra o ato presidencial, do que concede ou do que nega o pedido, cabe agravo *interno* (art. 4º, § 3º, da Lei n. 8.437/92), o que, na perspectiva do sistema recursal do CPC de 2015, não traz novidade alguma diante de seu art. 1.021. O prazo de interposição daquele recurso – o referido § 3º reserva, para a iniciativa, o prazo de cinco dias – passa, de qualquer sorte, a ser de *quinze dias úteis* diante do disposto no art. 1.070 do CPC de 2015¹⁶.

Se o julgamento colegiado for contrário à suspensão, cabe a formulação de *novo* pedido de suspensão ao Presidente do Supremo Tribunal Federal ou ao do Superior Tribunal de Justiça, consoante o fundamento da decisão cujos efeitos se quer suspender sejam constitucionais ou infraconstitucionais, respectivamente (art. 4º, § 4º, da Lei n. 8.437/92). Idêntica providência, requerida diretamente ao Presidente dos Tribunais Superiores, tem lugar também contra o acórdão que, improvando o recurso de agravo de instrumento cabível contra a decisão concessiva da tutela provisória (art. 1.015, XIII, do CPC de 2015), conservá-la (art. 4º, § 5º, da Lei n. 8.437/92).

¹⁶ "Art. 1.070. É de 15 (quinze) dias o prazo para a interposição de qualquer agravo, previsto em lei ou em regimento interno de tribunal, contra decisão de relator ou outra decisão unipessoal proferida em tribunal."

Prevalece o entendimento, largamente difundido na jurisprudência, e não raro aplaudido pela doutrina, que o julgamento da suspensão leva em consideração aspectos mais políticos e/ou administrativos do que jurídicos. Nela não se examina se o magistrado, ao conceder a tutela provisória em desfavor do Poder Público, errou ou acertou, se ele avaliou adequada ou inadequadamente os pressupostos autorizadores de sua concessão. Avalia-se, em primeiro plano, de que maneira aquela decisão (mais precisamente, seus efeitos concretos) são inconvenientes à ordem administrativa. Em um Estado Constitucional, a sugerida distinção entre o campo da legalidade e o campo da atuação administrativa não faz nenhum sentido. Não consta haver nada a ser protegido pelo Poder Judiciário à margem do ordenamento jurídico.

Se o magistrado errou, é o caso de corrigi-lo e os recursos existem para essa finalidade, inclusive com a possibilidade de suspensão imediata da decisão recorrida (art. 1.019, I, do CPC de 2015)¹⁷. Se sua decisão é certa, problemas relativos ao cumprimento de sua determinação, mesmo que sérios do ponto de vista administrativo, reclamam providências de ordem diversa. Não obstante essa crítica – e para dar supedâneo ao entendimento contrário (e amplamente majoritário, mormente na jurisprudência) –, o § 6º do art. 4º da Lei n. 8.437/92, justamente por força deste caráter distintivo daquela medida e para robustecê-la, dispõe que o julgamento do agravo de instrumento não prejudica e nem condiciona o da suspensão.

O § 8º do art. 4º da Lei n. 8.437/92 aceita que um só pedido de suspensão pode atingir diversas decisões, provenientes de variados processos, aditando o original. É um caso interessante em que a lei processual civil extravagante já conhecia de aglutinação de processos e cuja técnica de recursos repetitivos, levada às últimas consequências pelo CPC de 2015¹⁸, acaba empregando, ainda que em sentido e para fins um pouco diversos.

O último dispositivo relativo ao “pedido de suspensão de tutela provisória” é o § 9º do art. 4º da Lei n. 8.437/92, pelo qual “a suspensão deferida pelo Presidente do Tribunal vigorará até o trânsito em julgado da decisão de mérito na ação

¹⁷ Sobre a antecipação da tutela recursal, ver MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Código de Processo Civil comentado*, p. 950, e NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Novo Código de Processo Civil comentado*, p. 1744.

¹⁸ A referência é feita aos arts. 1.036 a 1.041 do CPC de 2015. Cabe lembrar, outrossim, que o Código considera, em seu art. 928, “julgamento de casos repetitivos” também o novel incidente de resolução de demandas repetitivas, disciplinado pelos arts. 976 a 987.

principal". É o que a boa doutrina produzida acerca do tema identifica com o nome "ultra-atividade" do pedido de suspensão e que significa, em termos diretos, a predisposição legislativa de fazer com que a suspensão perdure até o trânsito em julgado da decisão a ser proferida no fecho da etapa cognitiva do processo, o que é inócuo porque a decisão cujos efeitos são suspensos, justamente por ser provisória, não subsiste como tal com o proferimento da "decisão final", que a absorve¹⁹.

É o que o CPC de 2015, no particular, prevê de forma suficiente no já mencionado inciso V do § 1º de seu art. 1.012 e isto, cabe a ênfase, *independentemente* de a apelação ser munida, como regra, de efeito suspensivo. Se esta *nova* decisão desafia correlato e *novo* pedido de suspensão porque ela, não a anterior, atrita com o que o *caput* do art. 4º da Lei n. 8.437/92 quer proteger, é o caso de o Ministério Público ou a pessoa de direito público interessada formular *novo* pedido de suspensão ao Presidente do Tribunal que julgará o apelo, interpretação que recebe o beneplácito do § 1º do art. 4º da Lei n. 8.437/92. Não, contudo, preservar a suspensão originária como se a decisão suspensa subsistisse ao desenvolvimento do processo.

4. TUTELA PROVISÓRIA DA EVIDÊNCIA

O CPC de 2015, dentre outros aspectos, inova em relação ao de 1973 quando distingue, com clareza, dois fundamentos para a concessão da tutela provisória, a *urgência* e a *evidência*, como expressamente prescreve o *caput* do art. 294.

Diante disso, questão que se mostra pertinente é saber se o art. 1.059 do CPC de 2015 alcança as novéis hipóteses de tutela provisória quando fundamentadas em *evidência*²⁰.

Dadas as especificidades das remissões legislativas feitas por aquele dispositivo codificado, não há como querer alcançar as hipóteses em que a tutela provisória é concedida com fundamento na *evidência*. É que todos os casos vedados ou limitados pela Lei n. 8.437/92 e pela Lei n. 12.016/2009 pressupõem *urgência*, que era, à época de sua edição, o único critério autorizador de tutelas cautelares e liminares em mandado de segurança. De outra parte, a *evidência* autorizadora das

¹⁹ É orientação que encontra eco na *literalidade* do enunciado da Súmula 626 do STF, não, contudo, no que em seus precedentes foi decidido. Para essa discussão, ver meu *Mandado de segurança*, p. 256-258, e o meu *O Poder Público em juízo*, p. 81-88.

²⁰ Sobre o tema, ver MARINS, James. *Direito processual tributário brasileiro*, p. 625-629, e BELCHIOR, Deborah Sales; SILVEIRA, Larissa de Castro; AMARAL, Felipe Silveira Gurgel do. *O processo tributário e o Código de Processo Civil/2015*, p. 75-77.

medidas previstas nos incisos do art. 311 é reveladora, por si só, da pouca probabilidade de reversão da medida e, conseqüentemente, o afastamento dos costumeiros receios quanto a eventual irreversibilidade da medida²¹.

5. CONSTITUCIONALIDADE DAS NORMAS?

Exposto o alcance, que não é nem um pouco pequeno, da remissão feita pelo art. 1.059 do CPC de 2015, entendo oportuno formular duas questões. A primeira é: as restrições por ele determinadas à tutela provisória são constitucionais? A segunda é: a suspensão "da tutela provisória" é constitucional?

A resposta para ambas é, segundo penso, uma só e é negativa²².

Restringir, como faz o art. 1.059 do CPC de 2015, a "tutela provisória" é agredir, frontalmente, o acesso à justiça garantido (expressamente) pelo inciso XXXV do art. 5º da Constituição Federal. Não há espaço para o legislador desdizer ou limitar o que lá está garantido sem qualquer ressalva. É o próprio § 1º do art. 5º da Constituição Federal que dá estofamento suficiente a esta resposta. Mesmo nos casos em que as regras buscam menos que vedar, apenas limitar ou restringir sua concessão, há inconstitucionalidade pelas mesmas razões que acabei de expor²³.

²¹ Trata-se de conclusão aplaudida por: GAJARDONI, Fernando. *Teoria geral do processo: comentários ao CPC de 2015: parte geral*, p. 929, e por CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A Fazenda Pública em juízo*, p. 320-321. O Enunciado 35 do Fórum Permanente de Processualistas Civis também acolhe esse entendimento, *verbis*: "As vedações à concessão de tutela provisória contra a Fazenda Pública limitam-se às tutelas de urgência".

²² Entendendo pela inconstitucionalidade do dispositivo, MARINS, James. *Direito processual tributário brasileiro*, p. 608. Marco Antonio Rodrigues, em sentido contrário, sustenta que: "Passando-se então, ao confronto do dispositivo legal em questão com os direitos fundamentais no âmbito processual, vê-se que as proibições efetuadas por aquele artigo não parecem ofender a igualdade. As limitações aqui efetuadas pelo legislador não se fundam em mero capricho, mas possuem justificativa razoável, promovendo a igualdade material, já que uma medida de cognição sumária que gere prejuízos à Fazenda Pública pode trazer conseqüências à efetivação de políticas públicas, diante da necessidade de dispêndio de recursos que poderiam ser utilizados com esta última" (*A Fazenda Pública no processo civil*, p. 101).

²³ É este também o entendimento de Daniel Mitidiero, em seu *Antecipação da tutela*, p. 190-193, no qual conclui, p. 192-193: "O direito à tutela antecipada decorre expressamente do direito fundamental à tutela jurisdicional adequada e efetiva e tem foro constitucional entre nós. Pensar de modo diverso importa grave ofensa à adequação da tutela jurisdicional e à paridade de armas no processo civil (art. 5º, I, CF), sobre admi-

A questão também merece ser enfrentada na perspectiva da isonomia (art. 5º, *caput*, e 37, *caput*, da Constituição Federal). Não há nenhum critério que siga justificar por que processos contra o Poder Público podem ser ou, quando menos, tendam a ser menos eficazes do que os processos em que as partes são exclusivamente particulares.

A circunstância de o Supremo Tribunal Federal ter chegado à conclusão oposta no julgamento da ADC 4, quando considerou *constitucional* o art. 1º da Lei n. 9.494/97²⁴, que restringia a tutela antecipada do CPC de 1973 nos mesmos moldes agora pretendidos pelo art. 1.059 do CPC de 2015, é, na perspectiva que aqui interessa, indiferente²⁵. É supor que o Supremo Tribunal Federal, passada mais de uma década e meia daquela decisão, verifique que dispositivos como estes efetivamente violam os princípios constitucionais²⁶. Máxime quando – e aí vai elemento suficiente para *distinguir* o que, outrora, foi julgado por aquela Corte – o instituto regulado pelo CPC de 2015, a tutela provisória, quer amalgamar, nessa perspecti-

²⁴ tir-se que, quando ré a Fazenda Pública em processo judicial, pouco interessa à ordem jurídica a lesão ou a ameaça de lesão dos direitos dos particulares, lógica essa que é evidentemente contrária ao Estado Constitucional, fundada na dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF) e precupado com a efetiva tutela dos direitos (art. 5º, XXXV, CF). No mesmo sentido: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. *Princípios comentários ao novo Código de Processo Civil*, comentários ao art. 1.059 (fazendo menção ao julgamento, pelo STF, da ADI 233), p. 1544; GRAMER, Ronaldo. *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*, comentário n. 2 ao art. 1.059 (fazendo menção ao julgamento, pelo STF, da ADC 4), p. 2650, e MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITDIERO, Daniel. *Novo Código de Processo Civil comentado*, p. 997. Para essa discussão, ver também OLIVEIRA, Marise Correia de. *Novo Código de Processo Civil comentado na prática da Fazenda Nacional*, comentando o art. 1.059, p. 1310, e CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A Fazenda Pública em juízo*, p. 303.

²⁵ Mencionando a ADC 4, MARQUES, Lillian Patrus. Comentários ao art. 1.059, *Código de Processo Civil anotado*, p. 1465, e CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A Fazenda Pública em juízo*, p. 301-302.

²⁶ Para as relações entre o diploma legislativo de 1997, a Lei n. 12.016/2009 e o art. 1.059 do CPC de 2015, ver o meu *Novo Código de Processo Civil anotado*, p. 1016, e MACEDO, Lucas Buriel de; PEIXOTO, Ravi. *Fazenda Pública*, v. 3, p. 374-376.

²⁷ De resto, não há razão para deixar de entender que, com o advento do CPC de 2015 e a expressa revogação do arcabouço da “tutela antecipada” do CPC de 1973 (art. 1.046, *caput*, do CPC de 2015), o art. 1º da Lei n. 9.494/97 foi implicitamente revogado e, por isso, é incapaz, por si só, de querer regular, para o futuro, os casos que, na perspectiva do art. 1.059 do CPC de 2015, serão alcançados pelo novel instituto, da tutela provisória.

va ampla, a tutela *antecipada* com a tutela *cautelar* e, também, sua dupla fundamentação, a *urgência* e a *evidência*.

A inconstitucionalidade do “pedido de suspensão da tutela provisória”, a exemplo de seus antecessores, está não só no seu *desenvolvimento* formalmente inconstitucional (sete dos nove parágrafos do art. 4º da Lei n. 8.437/92 são fruto de medida provisória editada sem a necessária urgência e relevância constitucionalmente exigida pelo *caput* do art. 62 da Constituição Federal), mas também porque não cabe à lei federal (ou medida provisória) estabelecer competência *originária* para os Tribunais de Justiça ou Tribunais Regionais Federais e nem para o Supremo Tribunal Federal ou para o Superior Tribunal de Justiça. Só a Constituição Federal – ou, já que não se trata de cláusula pétrea, eventual Emenda à Constituição – poderia fazê-lo nestes três últimos casos e só as Constituições dos Estados (ou eventuais Emendas Constitucionais) poderiam fazê-lo no primeiro.

Há também outro argumento extremamente relevante para robustecer este entendimento: a medida, por dizer respeito a apenas uma parte do processo, viola o princípio da *isonomia* ao criar um verdadeiro *sucedâneo recursal* destinado à imunização do que é mais caro ao direito processual civil, ao menos na perspectiva *neoconcretista*, os *efeitos* das decisões jurisdicionais²⁷. Se, no histórico do direito brasileiro, medida como esta poderia se justificar à mingua de recursos aptos para evitar prejuízos aos interesses públicos, este dado *não* é verdadeiro desde o advento da Lei n. 9.139/95, que generalizou a possibilidade de efeito suspensivo *ope judicis* nos recursos, a começar pelo agravo de instrumento. O recurso interponível das decisões relativas às tutelas provisórias, o agravo de instrumento – e o inciso I do art. 1.015 do CPC de 2015 evidencia seu cabimento –, processa-se de imediato perante o Tribunal competente e, consoante seja o caso, tem aptidão de sustar, também de pronto, os efeitos da decisão agravada (art. 1.019, I). Não há, também nessa perspectiva, da viabilidade de escorreito e tempestivo controle *jurídico* da decisão proferida contra o Poder Público, espaço para o pedido de suspensão no CPC de 2015.

Não obstante estes argumentos, a prática do foro demonstra o largo uso da medida, sendo raros – raríssimos, é esta a verdade – quaisquer casos em que sua constitucionalidade é colocada seriamente em xeque. Quando muito, sustenta-se a necessidade de normas como a do art. 1.059 do CPC de 2015, por serem restritivas, merecerem ser interpretadas e aplicadas restritivamente²⁸, o que, embora

²⁷ Sobre essa perspectiva, ver o meu *Manual de direito processual civil*, p. 81-86.

²⁸ Prova suficiente do acerto dessa afirmação está estampada na Súmula 729 do STF, cujo

correto, é inequivocamente insuficiente para os fins que, aqui e mais uma vez, pretendo evidenciar.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

É o que basta, segundo penso, para expor as largas linhas da disciplina da tutela provisória contra o Poder Público na perspectiva do CPC de 2015, tendo como pano de fundo o seu art. 1.059.

Ao ensejo de serem lembradas as mais de duas décadas da introdução da tutela antecipada no direito processual civil positivo brasileiro, fico na expectativa de que essas considerações sejam suficientes para sensibilizar o leitor acerca da necessidade de o tema ser enfrentado de forma crítica, longe da costumeira passividade da nossa doutrina e da nossa jurisprudência, que parece acreditar, pelo menos majoritariamente, que não há limites à criatividade do legislador. Nem mesmo quando o art. 1º do CPC de 2015 prescreve que “o processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código”.

Com a entrada em vigor do Código de Processo Civil de 2015, espero que novos ares possam ventilar o direito processual civil como um todo – e convites e oportunidades para tanto não faltam, a julgar pelo transcrito art. 1º, e que dispositivos como o art. 1.059 aqui analisado possam receber a censura que, infelizmente, seu antecessor, o art. 1º da Lei n. 9.494/97, não recebeu.

Que dispositivos *restritivos* como o art. 1.059 do CPC de 2015, inequivocamente agressivos ao “modelo constitucional do direito processual civil”, cedam espaço ao modelo *cooperativo* de processo, ao qual se volta a codificação atual desde seus arts. 5º e 6º, na legítima expectativa de que os magistrados, exercitando o controle *difuso* da constitucionalidade, afastem sua aplicação e analisem, caso a caso, mesmo quando o Poder Público é réu, se o jurisdicionado, o administrado, o contribuinte, enfim, faz jus, ou não, a uma tutela tal qual a que o CPC de 2015 resolveu chamar de “provisória”. Uma tutela que bem merece ser pensada – e mais que isso, construída – em perspectiva mais ampla, de verdadeira tutela *diferenciada* na perspectiva de dever ser capaz de alterar as previsões genéricas feitas para o

enunciado é o seguinte: “A decisão na ADC-4 não se aplica à antecipação de tutela em causa de natureza previdenciária”. Refletindo sobre a observação do texto, ver o meu *Curso sistematizado de direito processual civil*, v. 4, p. 120-130 e 227-236.

procedimento pelo legislador consoante as peculiaridades e as necessidades de cada caso concreto. Nunca, contudo, como quer aquele dispositivo codificado, tanto quanto queriam seus antecessores, de não permitir que o magistrado exerça os seus deveres-poderes diretamente da e pela Constituição.

REFERÊNCIAS

- BELCHIOR, Deborah Sales; SILVEIRA, Larissa de Castro; AMARAL, Felipe Silveira Gurgel do. O processo tributário e o Código de Processo Civil/2015. In: MACHADO, Hugo de Brito (Org.). *O processo tributário e o Código de Processo Civil 2015*. São Paulo: Malheiros, 2017.
- CRAMER, Ronaldo. Comentários ao art. 1.059. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. (Coords.). *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
- CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A Fazenda Pública em juízo*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.
- DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. *Curso de direito processual civil*. 11. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. v. 2.
- FREITAS, José Lebre de; SANTOS, Cristina Máximo dos. *O processo civil na Constituição*. Coimbra: Coimbra Ed., 2008.
- GAJARDONI, Fernando. *Teoria geral do processo: comentários ao CPC de 2015: parte geral*. São Paulo: GEN/Método, 2015.
- HARTMANN, Guilherme Kronenberg. Comentários ao art. 1.059. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo. *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.
- MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi. Tutela provisória contra a Fazenda Pública no CPC/2015. In: ARAÚJO, José Henrique Mouta; CUNHA, Leonardo Carneiro da; RODRIGUES, Marco Antonio. *Fazenda Pública*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. v. 3.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Código de Processo Civil comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- MARINS, James. *Direito processual tributário brasileiro*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
- MARQUES, Lilian Patrus. Comentários ao art. 1.059. In: TUCCI, Rogério Cruz e; FERREIRA FILHO, Manoel Caetano; APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho; DOTTE, Rogéria Fagundes; MARTINS, Sandro Gilbert (Coords.). *Código de Processo Civil anotado*. 2. ed. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2017.

- MEDINA, José Miguel Garcia. *Novo Código de Processo Civil comentado*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- MITIDIERO, Daniel. *Antecipação da tutela: da tutela cautelar à técnica antecipatória*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.
- NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Novo Código de Processo Civil comentado*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2017.
- OLIVEIRA, Marise Correia de. Comentários ao art. 1.059. In: CAMPOS, Rogério; SEEFELDER FILHO, Claudio Xavier; ADÃO, Sandro Brandi; GOMES, Leonardo Rufino de Oliveira; DAMBROS, Cristiano Dressler (Coords.). *Novo Código de Processo Civil comentado na prática da Fazenda Nacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.
- RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva Ribeiro. In: ALVIM, Teresa Arruda; TALAMINI, Eduardo (Coords.); ALVIM, Arruda (Orient. científico). *Tutela provisória: tutela de urgência e tutela de evidência*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
- RODRIGUES, Marco Antonio. *A Fazenda Pública no processo civil*. São Paulo: Atlas, 2016.
- SCARPINELLA BUENO, Cassio. *A nova Lei do Mandado de Segurança: comentários sistemáticos à Lei n. 12.016, de 7-8-2009*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- _____. *Curso sistematizado de direito processual civil*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. v. 4.
- _____. *Liminar em mandado de segurança: um tema com variações*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- _____. *Mandado de segurança: comentários às Leis n. 1.533/51, 4.348/64 e 5.021/66*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- _____. *Manual de direito processual civil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- _____. *Novo Código de Processo Civil anotado*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- _____. *O poder público em juízo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- _____. *Projetos de novo Código de Processo Civil comparados e anotados*. São Paulo: Saraiva, 2014.
- TROCKER, Nicolò. *Processo civil e costituzione*. Milano: Giuffrè, 1974.
- WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. *Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.