

Revista de Informação Legislativa

Brasília • ano 35 • nº 139

julho/setembro – 1998

Subsecretaria de Edições Técnicas do Senado Federal

Da legalidade da antecipação de tutela contra o Poder Público

Controle efetivo dos atos administrativos

MAURO ROBERTO GOMES DE MATTOS

“A Justiça atrasada não é Justiça, senão injustiça qualificada e manifesta”.

RUI BARBOSA

Todas as pessoas são passíveis de erros e injustiças, sendo efêmera a perfeição. Como os órgãos públicos são geridos por seres humanos investidos de poderes para atingir determinada finalidade pública, torna-se imperioso um controle¹ efetivo e eficaz da conduta funcional do administrador público.

Esse controle pode ser feito no âmbito interno dos órgãos, ou externamente, pelo Poder Judiciário².

De acordo com o inc. V do art. 6º do Decreto-Lei 200, de 27-2-67, o controle constitui um dos princípios fundamentais da Administração Federal.

Esse procedimento é uma garantia de que a intervenção interna ou externa possibilita que a relação entre Administração e administrado seja regulada pelas normas vigentes nos ordenamentos jurídicos aplicáveis a cada caso concreto.

¹ Em perfeita definição, Hely Lopes Meirelles deixou consignado que o vocábulo controle, “em tema da administração pública é o que um Poder, órgão ou autoridade exerce sobre a conduta funcional de outro”. (*Direito Administrativo brasileiro*. 15. ed. 1989. Revista dos Tribunais, p. 562)

² “O controle jurisdicional dá oportunidade à análise contraditória, não só dos atos e fatos administrativos, mas também à das suas origens. Pode remontar do exame do ato material ou do ato administrativo ao da lei que o autoriza, indo até a Constituição, para verificar se o legislador ordinário se conteve nos limites constitucionais”. (FAGUNDES, Miguel Seabra. *O controle dos atos administrativos*. 4. ed. 1967. Forense, p. 111, nota n. 2 do rodapé).

possibilitando, dessa forma, a realização do direito como a imperante no convívio do ente público com o seu subordinado.

A aplicação do direito no exercício da função jurisdicional de controle dos Poderes Públicos encontra respaldo no inc. XXXV do art. 5º da Constituição Federal³.

Esse salutar princípio somente tomou assento na Constituição Federal após a promulgação da Carta de 18 de setembro de 1946, figurando-o no rol dos Direitos e Garantias Fundamentais.

A única diferença dos textos de 1946 e de 1967/69 para o atual é que nos anteriores constava expressamente que a lesão não poderia atingir direito individual, deixando de conter a ameaça à lesão, que, para muitos, era tida como expectativa e não consumação de lesão.

Com a inovação surgida em 1988, não é necessário que exista a lesão, basta apenas se vislumbrar a ameaça para que o Poder Judiciário esteja autorizado a apreciar a contenda colocada sob sua jurisdição⁴.

Assim, o princípio regente é o da inafastabilidade do controle jurisdicional do ato ilegal, ou eivado de abuso de poder⁵, ou até mesmo da ameaça de lesão a direito⁶:

“A lesão a direito pode, se for o caso, ser reclamada na via administrativa e, negada, pode ser suscitada a ocorrência dos dois tipos de lesões ao instrumento que mais se erra, em cada caso. Nestas condições, o Estado de direito coloca em mãos do administrado uma série de todo aquele representante estatal que, no exercício de suas funções, ultrapasse os limites assinalados pelo direito positivo”.

Todavia, é necessário frisar que o entendimento do Professor Cretella Júnior deve sofrer pequeno reparo, em virtude do requerimento administrativo ser uma faculdade e não uma condicionante, não sendo necessária a sua solução como condição *sine qua non* para se ingressar judicialmente. A lei não obriga o particular ou o servidor a aguardar desfechos de requerimen-

³ “XXXV – a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

⁴ Ver a respeito monografia da Prof. Odete Medaur, *O controle da Administração Pública*. São Paulo, 1993. Revista dos Tribunais, p. 50 e segs.

⁵ CRETELLA JUNIOR, José. *Comentários à Constituição de 1988*. Forense Universitária, 1992. v.1, p. 437.

⁶ *Ibid.*

tos administrativos, bastando sofrer lesão ou ameaça de tal para estar habilitado a percorrer o caminho judicial em busca da solução da sua súplica. Essa é a tônica existente.

A prática tem demonstrado que a postulação via administrativa é uma tentativa quase inútil, regrada por burocracias intermináveis, onde o servidor administrado sofre verdadeira *via crucis*. Além do fato de ser lenta a tramitação interna, ela está quase sempre alicerçada com o indeferimento do pleito independentemente dos fatos ou do direito material invocado. Em casos raros, o administrador, ao se sensibilizar com o pleito, retifica o ato contrário às normas legais. Contudo, a execução do *judgado* é complicada, pois não existe força coativa, ou seja, o servidor que tem determinado direito deferido administrativamente quase sempre sofre com a falta de recurso capaz de suportar as parcelas retroativas inerentes ao débito reconhecido, recebendo, na maioria das vezes, apenas o principal, sem nenhum tipo de correção, esperando *ad eternum* a tão sonhada correção monetária. Essa hipótese é tão freqüente que abarrota o Judiciário de ações judiciais visando apenas a correção monetária do valor principal recebido administrativamente.

Visando disciplinar a matéria no âmbito interno, a Advocacia-Geral da União baixou o Parecer GA 111⁷, de 5 de junho de 1996, que ficou assim ementado:

“Mesmo na inexistência de expressa previsão legal, é devida correção monetária de parcelas remuneratórias devidas aos servidores, pagas com atraso pela Administração. O pagamento tardio e sem atualização é pagamento incompleto e representa enriquecimento ilícito do devedor relapso. Correção monetária não constitui um *plus* a exigir expressa previsão legal. É, apenas, recomposição do crédito corroído pela inflação. O dever de pagar tudo o que se deve inclui o dever de pagar o valor atualizado. Se a letra fria da lei não cobre tudo o que no seu espírito contém, a interpretação integrativa se impõe como medida de Justiça. Os princípios superiores do Direito brasileiro assim o determinam. A jurisprudência unânime dos Tribunais reconhece, nesses casos, o direito à atualização do valor reclamado. O Poder Judiciário não cria, mas tão-somente aplica o direito vigente. Se

⁷ Processo nº 00400.00047474/96-37.

tem reconhecido esse direito é porque ele existe...”

Esses fatos levam sempre o servidor a se socorrer do manto protetor do Poder Judiciário em face da inoperância dos órgãos julgadores administrativos, que, mesmo decidindo determinado direito material, não cumprem a decisão com reparação integral para o lesado.

O poder-dever que reina na atividade pública envolve a vinculação da Administração pautar seus atos para obter a consecução do fim em prol do que lhe é dada uma competência⁸. Quando ocorrem desvios ou inobservância aos preceitos jurídicos que deveriam nortear a *quaestio*, ou até mesmo quando uma decisão administrativa não respeita a razoabilidade, em nome da segurança e da liberdade (contidas no preâmbulo da Constituição Federal), o Poder Judiciário estará apto a garantir a inviolabilidade dos direitos e garantias acima elencados⁹, que se constituem direitos fundamentais. Quanto a esse ponto, é de se abrir, mais uma vez, parênteses para registrar a sempre autorizada visão de J. Cretella Júnior¹⁰:

“Além do exercício da liberdade, o Estado de Direito Brasileiro assegura, constitucionalmente, ao indivíduo condições de liberdade. De que adiantaria a liberdade, sem possibilidades reais e tranquilas de exercê-la?”

Como a segurança jurídica e a liberdade estão elencadas nos mandamentos do Estado Democrático de Direito¹¹, a proteção dos cidadãos

⁸ FERREIRA, Sergio d'Andréa. *O controle da Administração Pública pelo Judiciário*. Renovar, 1997. p. 377. “O exercício do Poder traduz-se no desenvolvimento de uma função, que consiste na relação, no vínculo entre o poder exercido e um fim, correspondente ao atendimento de um interesse, de uma necessidade, de um valor, de um bem da vida, a ter sua consecução obrigatoriamente obtida”.

⁹ O *caput* do art. 5º da CF garante aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país “a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança...”. A segurança também vem contida como direito subjetivo social no art. 6º da CF.

¹⁰ CRETELLA JÚNIOR, op. cit., p. 97.

¹¹ “Partindo da idéia de que o homem necessita de uma certa segurança para conduzir, planificar e conformar autônoma e responsabilmente a sua vida, desde cedo se consideram como elementos constitutivos do Estado de Direito os dois princípios seguintes: o princípio da segurança jurídica; o princípio da confiança do cidadão (...) Os princípios da proteção da confiança e da segurança jurídica podem formular-se assim: o cidadão deve poder confiar em que aos

está garantida com a apreciação de lesão ou ameaça, pelo Poder Judiciário, resgatando a confiança de todos perante as normas e textos jurídicos, colocados não para punir, e sim para disciplinar o convívio humano.

Dessa forma, o Poder Judiciário exerce função de grande relevância na efetivação da segurança jurídica dos administrados¹², sendo ressaltado por Miguel Seabra Fagundes, em 1967, que:

“A finalidade essencial e característica do controle jurisdicional é a proteção do indivíduo em face da Administração Pública (...). No Estado brasileiro ainda mais se acentua a importância do controle jurisdicional sobre os atos administrativos, porque, sendo o regime presidencial, caracteriza-se, particularmente, pela supremacia do Poder Executivo sobre o Legislativo, cujo controle sobre aquele é, insignificante. Praticamente, no Poder Judiciário está o único elemento fiscalizador das atividades executivas”.

Contudo, um dos problemas crônicos do princípio de controle no judicial dos atos administrativos é a morosidade, que, segundo o Desembargador Carreira Alvim¹³, faz parte de “uma ordem conjuntural e estrutural, sem qualquer perspectiva de solução a curto ou médio prazo, nem no âmbito federal nem no estadual”. Agrade-se a esse fato o tratamento privilegiado dispensado ao Estado, que, pela regalia do artigo 188 do Código de Processo Civil, possui o prazo em quádruplo para contestar (60 dias) e em dobro para recorrer (30 dias), o que acarreta mais um sério fator para o retardamento da prestação jurisdicional.

seus atos ou às decisões públicas incidentes sobre seus direitos, posições jurídicas e relações, praticados de acordo com as normas jurídicas vigentes, se ligam os efeitos jurídicos duradouros, previstos ou calculados com base nessas mesmas normas”. (CANOTILHO, J.J. Gomes, MOREIRA, Vital. *Direito Constitucional*. Coimbra : Almedina, 1992. p. 375 e 377-78).

¹² Em artigo ao *Jornal O Dia*, do dia 8.3.98, p. 6, o Juiz Federal do Rio de Janeiro, da 18ª Vara, Dr. Ricardo de Siqueira Regueira, denomina o Estado da seguinte forma: “O Estado sempre foi caloteiro”. Daí a necessidade incontestada da fiscalização pelo Judiciário.

¹³ ALVIM, José Eduardo Carreira. *Medidas limitares e elementos co-naturais do sistema de tutela jurídica*. Separata da Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados, São Paulo, v. 160, p. 87, set/out. 1997.

Além disso, nos recursos colocados à disposição do Estado sucumbente, apesar de a regra do *due process of law* possibilitar o esgotamento do direito de defesa¹⁴, em quase todos os casos em que a Fazenda e suas Autarquias são demandadas mesmo existindo pacificação jurisprudencial da contenda contrária aos interesses públicos, constata-se o manifesto propósito protelatório, eternizando-se a fase de execução do julgado, mesmo que tal comportamento tenha origem na atuação do Estado¹⁵. Em abono ao que acabamos de dizer, o Superior Tribunal de Justiça¹⁶ registrou o esforço do Estado em retardar o bom andamento da Justiça, enquadrando-o como litigante de má-fé:

“Agem como litigante de má-fé a parte que opõe embargos de declaração, trazendo como padrão jurisprudência superada há mais de dois anos. O Estado deveria acatar, prontamente, a jurisprudência do STJ. O abuso do direito ao recurso, contribuindo para inviabilizar, pelo excesso de trabalho, o Superior Tribunal de Justiça, presta um deserviço ao ideal de Justiça rápida e segura”.

Visando uma maior celeridade na prestação jurisdicional, o legislador contemporâneo criou fórmula hábil que interdita o sofrimento dos jurisdicionados, com imediato e efetivo resgate da importância de um judiciário independente e

¹⁴ “As defesas abusivas são encorajadas na medida proporcional do tempo que deve durar o processo. Quanto mais demorado é o processo, mais ele se presta a premiar a defesa abusiva como fonte de vantagens econômicas, fazendo parecer mais conveniente esperar a decisão favorável do que cumprir a obrigação pontualmente. A defesa que diz respeito a um pedido não pode postergar a tutela dos demais pedidos cumulados, sob pena de atentar indevida e abusivamente contra o direito do autor à tempestividade da tutela jurisdicional”. (MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença*. Revista dos Tribunais, 1997. p. 164.

¹⁵ BUENO, Cássio Scarpinella. A tutela antecipada e ações contra o poder público reflexão quanto ao seu cabimento como consequência da necessidade de efetividade do processo. In: ASPECTOS polêmicos da antecipação de tutela. Coordenado por Tereza Arruda Alvim Wambier. Revista dos Tribunais, 1997. p. 64.

¹⁶ STJ. 1ª Turma. Embargos de Declaração ao Agravo Regimental no Recurso Especial 71.339/CE. Relator Ministro Humberto Gomes de Barros. DJU, p. 44.516. 18 dez. 1995.

firme em suas decisões, pois o art. 273¹⁷ do Código de Processo Civil, com a redação que lhe deu a Lei nº 8.952, de 13-12-94, permite que o juiz antecipe, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pleito judicial.

Esse novel instituto da processualística, a antecipação da tutela, preenche a lacuna que há muito necessitava de disciplinamento legal, pois a procrastinação e a demora na tramitação dos litígios quase sempre asfixiava o servidor público detentor do bom direito, que tinha que aguardar, pacientemente, que o Estado esgotasse todos os tipos de recursos e meios colocados à sua disposição, com fim único e exclusivo de retardar o cumprimento do julgado.

Soma-se à essa necessidade a vedação contida na Lei nº 4.348/64, que estabeleceu normas processuais relativas ao mandado de segurança, dispondo o seu artigo 5º que:

“Não será concedida a medida liminar de mandado de segurança impetrado visando à reclassificação ou equiparação de servidores públicos, ou à concessão de aumento ou a extensão de vantagens. Parágrafo Único – Os mandados de segurança a que se refere este artigo serão executados depois de transitada em julgado a respectiva sentença”.

O Artigo 7º do citado texto legal, por seu turno, impõe:

“O recurso voluntário ou *ex officio*, interposto da decisão concessiva de mandado de segurança que importe outorga ou adição de vencimentos ou ainda reclassificação funcional, terá efeito suspensivo”.

Por outro lado, agrega-se também a esse contexto o fato de a medida cautelar, regulada pelos artigos 896 e seguintes do Código de Processo Civil, ter tido a declaração da corrente jurisprudencial majoritária¹⁸, que não poderia ser concedida no caso de esgotamento do pedido

¹⁷ “Art. 273 – O Juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos de tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação, e: I – haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, ou II – fique caracterizado abuso de direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu”.

¹⁸ “Salvo os casos expressos em lei, não cabe medida cautelar com efeito satisfativo, isto é, como sucedâneo de ação principal”. (RJTJESP, n. 126 p. 174, TRRF. 3ª Região 11/245, RAMPR n. 45 p. 165).

principal¹⁹, a ser proposto no trintídio a que alude o art. 806, da mesma Lei Adjetiva Civil.

Dessa forma, qualquer tipo de pedido de medida liminar, principalmente quando se requeira aumentos estipendiais para servidor público, ficava ao talante da discussão preliminar do esgotamento ou não da ação principal.

Contudo, a doutrina é bem dividida sobre o tema, podendo-se consultar as seguintes obras, entre outras: *Medidas Cautelares Satisfativas* (ALVIM, J.E. Carreira. RF, n. 32, p. 75, RT, JE, n. 132 p. 23 e RJTAMG, n. 52, p. 31); *O Mérito do Processo Cautelar* (OLIVEIRA, James Eduardo. C.M. RT, n. 712 p. 40); *O Processo Cautelar no Direito Internacional Privado* (CALIXTO, Negi. RT, n. 714 p. 27); *Tutela-Cautelar, Tutela Antecipatória Urgente e Tutela Antecipatória* (MARIARONI, Luiz Guilherme. AJURIS, n. 61 p. 63); *Efetividade do Processo Cautelar* (OLIVEIRA, Carlos Álvaro de. AJURIS, n. 61 p. 175).

Assim é que, pela tutela antecipada do pedido a que alude o art. 273 do CPC, o juiz pode, em *sumaria cognitiva*, antecipar os efeitos daquela que seria uma futura sentença de mérito.

Diante da novidade do tema, é oportuno verificar os sempre sóbrios posicionamentos do Professor Sérgio Bermudes²⁰:

“Não se trata de medida cautelar, concedida diante das regras e princípios que disciplinam essa espécie do processo civil contencioso. Cuida-se de prestação jurisdicional cognitiva, consistente na outorga adiantada da proteção que se busca no processo do conhecimento, a qual, verificados os pressupostos da lei, é anteposta ao momento procedimental próprio. Configurados os respectivos requisitos, que se descobrem no *caput* do artigo, nos seus dois incisos e no seu par. 2º, o juiz, por razões de economia, celeridade, efetividade, concede, desde

¹⁹ “A tutela cautelar, é importante advertir, alude a uma forma de jurisdição impropriamente considerada (uma jurisdição essencialmente extensiva) que, em nenhuma hipótese, permite a caracterização efetiva de uma lide de caráter meritório. Por via de consequência, a sentença de cunho cautelar não pode e, de fato, não objetiva, em nenhum caso, a obtenção de um resultado concreto que venha, de alguma maneira, a antecipar os efeitos próprios da sentença da ação principal...” (FRIEDE, Reis. *Tutela antecipada, tutela específica e tutela cautelar*. Del Rey, 1998. p. 29).

²⁰ BERMUDES, Sérgio. *A Reforma do Código de Processo civil*. Rio de Janeiro : Freitas Bastos, 1995. p. 35.

logo, e provisoriamente, a proteção jurídica, que só a sentença transitada em julgado assegura em termos definitivos. Não há dúvida de que a antecipação da tutela guarda semelhanças formais com a proteção de natureza cautelar. Dela, entretanto, se dissocia e se distancia porque a providência cautelar é necessariamente efêmera, já que eficaz apenas enquanto durar o processo principal (art. 807), ao passo que o instituto agora examinado consubstancia a prestação da jurisdição reclamada com a possibilidade de eficácia permanente. A diferença é perceptível. A medida cautelar é concedida para assegurar o efeito prático de outra, enquanto a tutela antecipada constitui a própria providência que se demandou, limitada embora na sua eficácia.”

A tendência atual do Processo Civil é a de resguardar a parte que se apresenta em juízo com plausibilidade de razão²¹, verificada pelo magistrado por meio de uma cognição sumária, relegando a reparação patrimonial para um segundo plano, que é o provimento final da lide. A justificativa para a antecipação da tutela está interligada não só a um juízo de plausibilidade, vinculada a verossimilhança, como também para evitar o abandono do cidadão ao arbítrio da autoridade pública, sem que se pudesse levantar o escudo protetor da Constituição Federal na defesa do direito vindicando, ficando imune a qualquer tipo de procrastinação da solução do litígio.

A relevância do tema é latente, caracterizando-se em verdadeiro direito fundamental de acessibilidade do Poder Judiciário, que reclama uma tutela adequada, diferenciada e específica, de modo a ensejar uma imediata reparação. Daí por que Kasuo Watanabe²² denomina “jurisdição constitucional das liberdades a esse tipo autônomo e diferenciado de tutela jurídica”, que: “realmente não basta a simples declaração dos direitos fundamentais no Estado-Maior. Necessário é que haja posição de um sistema de garantias e de instrumentos adequados à efetiva tutela desses direitos”.

Atrofiar a tutela rápida e efetiva, em pleno Estado de Direito, deixando sem proteção uma gama de direitos individuais de natureza legal e

²¹ Bueno, op. cit., p. 37.

²² *Controle jurisdicional e mandado de segurança contra atos judiciais*. Revista dos Tribunais, 1980. p. 99-100.

assente na CF importaria em deixar ao desamparo inúmeras pessoas, entregues à sua própria insegurança.

Assim, a execução da antecipação de tutela permite uma reparação imediata da obrigação de fazer, ou seja, para determinada vantagem que está sendo postergada indevidamente pela Administração Pública, permite que o servidor postule o seu retorno ou incorporação de percentual (*obligatio faciendi*) pelo não-pagamento, ficando as parcelas atrasadas, fruto do reconhecimento judicial, a serem pagas nos moldes e formas estipuladas pelo art. 100 da CF (precatório).

Contudo, entendo que, em casos específicos, em que a Administração Pública reconhece o direito do servidor, paga a parte principal e quantifica a correção monetária advinda do respectivo pagamento, aguardando *ad eternum* a tão sonhada verba para a quitação dos credores, o Juiz está autorizado a antecipar a tutela para que o valor incontroverso seja alocado no orçamento, com a finalidade de que fique à disposição do Juízo, somente sendo liberado após determinação do Judiciário.

A permanência do valor incontroverso depositado em juízo é, precisamente, a segurança necessária para a Fazenda, tendo em vista que o perigo de irreversibilidade da decisão que antecipa a tutela fica minimizado pelo reconhecimento expresso da Administração e postularem-se valores apurados administrativamente, que pela burocracia interna não são pagos. Acrescenta-se do fato de o § 2º do art. 273 do CPC²³ não ser impecilho para o deferimento da tutela, encurtando o tempo útil da lide.

Nesse diapasão, entendo plenamente cabível a antecipação de tutela para os servidores públicos, que por tal provimento recebem a agilidade e presteza do Judiciário, garantindo o acautelamento do direito jurisdicionado.

²³ Cássio Scarpinella Bueno, citando José Geraldo Carneiro Leão, entende que o § 2º do art. 273 do CPC não é óbice para antecipação de tutela para os servidores públicos: “Com base no Art. 46 da Lei 8.112/90, outrossim, este mesmo autor sustentou que, na espécie da concessão de pagamentos ao funcionalismo público, a irreversibilidade da medida não poderia ser apontada como óbice para a concessão da tutela antecipada (CPC, art. 273, § 2º) diante da viabilidade do desconto em folha dos valores pagos a maior, em hipótese de decisão contrária à pretensão inaugural do litigante”. (op. cit., p. 58).

Em primoroso julgado, a eminente e culta Juíza do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, Dra. Lúcia Valle Figueiredo²⁴, rechaça o art. 1º, parágrafo único, da Lei nº 8.076/90 (que foi tido como inconstitucional pelo aludido Tribunal), deixando consignada a importância do Judiciário acautelar lesões, sem proibições ou intimidações de execução das suas decisões:

“Há que se discutir – aqui e agora, em face da Constituição de 1988, que atribui ao cidadão o direito subjetivo de se dirigir ao Judiciário quando houver ameaça de lesão e, em contrapartida, o dever de o Judiciário acautelar dita lesão – se a proibição à excecutoriedade das sentenças proferidas em face de eventuais violações de direitos das leis pré-citadas coadunarse-ia, estaria ao abrigo das disposições constitucionais. Para isso, devemos, sem sombra de dúvida, verificar o teor da garantia constitucional que é o mandado de segurança, forte na proteção de direitos ameaçados ou lesados por ato de autoridade (...). Na verdade, para os inúmeros casos arrolados, a malsinada lei estaria a suprimir a garantia constitucional da outorga do bem da vida – *in natura*. Ora, é da própria *ratio* do mandado de segurança a agilidade e presteza a amparar o cidadão contra atos praticados pela autoridade, que possam vir a se mostrar contra o direito. Se assim não fosse, suprimida estaria a garantia do art. 5º, XXXV, possibilitadora de o jurisdicionado acautelar, desde logo, seu direito”.

Apesar de ato normativo de caráter infraconstitucional vedar o exercício liminar da tutela jurisdicional cautelar ou antecipatória pelo Estado, tais preceitos possuem o objetivo de aniquilar o próprio direito material, maculando o princípio constitucional da inafastabilidade do controle jurisdicional (art. 5º, XXXV, da CF), que representa, pelo seu caráter global, o direito de ingresso em juízo com a ação de conhecimento, como também a possibilidade de escolha de ações que possuam rito mais célere e eficaz, no afã de que seja encurtado o tempo de permanência em juízo.

Não encontram respaldo constitucional medidas do Executivo ou do Legislativo que tenham como função específica a de neutralizar o exercício pleno e regular do poder geral de cau-

²⁴ TRF. 3ª Região. 37.658/SP, julgado em 25 de abril de 1995. *RDP*, n. 98 p. 308.

tela conferido ao juiz resultante de um processo em que os elementos legais o autorizam a deferir a medida que entende ser a correta, colocando por terra vários ordenamentos legais, que, rompendo a razoabilidade, impõem restrições à apreciação do Poder Judiciário de reparação imediata, por meio de uma *cognição sumária* de ameaça ou lesão a direito subjetivo perpetrada pelo Poder Público²⁵.

São os seguintes comandos legais baixados com intuito de tornar inatingível, de apreciação judicial, os atos públicos:

a primeira lei que suprimiu liminares contra os interesses públicos foi a de nº 2.770/56, que versava sobre a liberação de bens, mercadorias ou coisas oriundas do exterior, dando azo à Súmula 262/STF;

a seguir, veio a Lei nº 4.348, de 1964, cujo art. 5º impede a concessão de medida liminar em mandado de segurança que verse sobre reclassificação ou equiparação de servidores públicos, ou conceda aumento ou extensão de vantagens. Sendo que o parágrafo único do citado artigo 5º estipula: “Os mandados de segurança a que se refere esse artigo serão executados depois de transitada em julgado a respectiva sentença”; no mesmo rumo, o art. 39 da Lei nº 4.357, de 16-7-64, estabeleceu que: “Não será concedida medida liminar em mandado de segurança, impetrada contra a Fazenda Nacional, em decorrência da aplicação da presente lei”. Todavia, o art. 51 da Lei nº 4.862, de 29-11-65, revogou expressamente o supra transcrito artigo 39 do já citado comando legal anterior; todavia, seguindo a esteira do arbítrio, veio a Lei nº 5.021/66, cujo art. 1º, § 4º, estabelece: “§ 4º – Não se concederá medida liminar para efeito de pagamento de vencimentos e vantagens pecuniárias”;

a seguir veio a Medida Provisória nº 118, de 5-12-89, transformada na Lei nº 7.969, de 1989, segundo a qual mandou aplicar às medidas cautelares, previstas nos artigos 796 e 810 do CPC,

²⁵ Em sede de agravo de instrumento, o Des. Albano Nogueira, levando ao conhecimento do Colegiado, deixou proclamado o cabimento de antecipação de tutela em ações contra o Poder Público, extraíndo-se do seu voto condutor as seguintes considerações: “... é possível a concessão antecipada da tutela em qualquer processo de conhecimento, desde que preenchidos os requisitos legais” (TJSP. 7ª C. de Direito Público. AI 5.979-5/1, SP, julgado em 19 de agosto de 1996, *COAD, Informativo Semanal*, v. 5 n. 77047, p. 77, 1997.

o disposto no artigo 5º, parágrafo único, e também a Lei nº 4.348/64, consoante seu artigo 1º; por sua vez, no aludido percurso, o artigo 1º da Lei nº 8.437/92 veda a concessão de medida liminar contra o Poder Público, ficando assim redigido:

“Não será cabível medida liminar contra atos do Poder Público, no procedimento cautelar ou em quaisquer outras ações de natureza cautelar ou preventiva, toda vez que providência semelhante não puder ser concedida em ações de mandado de segurança, em virtude de vedação legal. § 1º – Não será cabível, no Juízo de 1º Grau, medida cautelar inominada ou a sua liminar, quando impugnado ato de autoridade sujeita, na via de mandado de segurança, a competência originária do Tribunal. § 2º – O disposto no parágrafo anterior não se aplica aos processos de ação popular e de ação civil pública. § 3º – Não será cabível medida liminar que esgote, no todo ou em parte, o objeto da ação”;

por fim, a Medida Provisória nº 1.570/97, convolada na Lei nº 9.494/97, impossibilita antecipação de tutela contra a Fazenda Pública, criando uma série de dificuldades, sendo que o seu artigo inaugural estipula:

“Art. 1º – Aplica-se à tutela antecipada nos arts. 273 e 461 do Código de Processo Civil o disposto nos arts. 5º e Parágrafo Único e 7º da Lei nº 4.348, de 26 de junho de 1964²⁶, no art. 1º e seu § 4º da Lei nº 5.021, de 9 de junho de 1966²⁷, e nos arts. 1º, 3º e 4º da Lei nº 8.437, de 30 de junho de 1992²⁸”.

²⁶ Transcrito anteriormente.

²⁷ A Lei nº 5.021/66 dispõe sobre o pagamento de vencimentos e vantagens concedidas à servidor público civil, pela sentença, sendo que o seu artigo 1º, § 4º, dispõe: “Art. 1º – O pagamento de vencimentos e vantagens pecuniárias asseguradas, em sentença concessiva de mandado de segurança, a servidor público federal, da administração direta ou autárquica e a servidor público estadual e municipal, somente será efetuado relativamente às prestações que se vencerem a contar da data do ajuizamento da inicial”. “§ 4º – Não se concederá medida liminar para efeito de pagamento de vencimentos e vantagens pecuniárias”.

²⁸ O art. 1º da Lei nº 8.437/92 já foi transcrito, sendo que os arts. 3º e 4º estão assim colocados: “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 importem em outorga ou adição de ven-

Ora, essas medidas legislativas, movidas pelo interesse do Executivo, visam engessar o exercício da jurisdição plena, efetiva e segura em total afronta ao art. 5º da CF sem eco na boa doutrina e na firme jurisprudência, que não pode reverenciar o arbítrio e a tentativa de limitação ao Poder Judiciário, que é harmônico e independente dos demais poderes. Sobre o tema em foco, nada mais preciso do que as palavras do professor, jurista e magistrado, que participou ativamente da reforma do Código de Processo Civil, implementada pela Lei nº 8.952/94, Dr. Carreira Alvim²⁹, que em laço de extrema felicidade averba:

“Dispondo o art. 5º, XXXV, da Constituição que ‘a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito’, essa norma de super direito impede que a lei ordinária (ou medida provisória) imponha restrições ao exercício da jurisdição, quando a proibição de liminares possa comprometer a integridade dos direitos subjetivos, expondo seus titulares ao perigo de lesão grave, ou de difícil, ou incerta reparação. A garantia constitucional desdobra-se em duas espécies de tutela: a definitiva e a provisória (ou temporária), cada qual fundada em pressupostos próprios, sem o que o acesso à Justiça não seria completo. O preceito constitucional não alcança apenas a proibição de acesso à Justiça, em termos absolutos, mas toda restrição que relativa, que limite esse acesso, tornando-o insuficiente para garantir, na prática, ao jurisdicionado, a necessária proteção ao seu direito. Assim, qualquer limitação ao exer-

cimentos ou de reclassificação funcional, terá efeito suspensivo”; “Art. 4º – Compete ao Presidente do Tribunal, ao qual couber o conhecimento do respectivo recurso, suspender, em despacho fundamentado, a execução da liminar nas ações movidas contra o Poder Público ou seus agentes, a requerimento do Ministério Público ou da pessoa jurídica de direito público interessada, em caso de manifesto interesse público ou de flagrante ilegitimidade, e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas”. “§ 1º – Aplica-se o disposto neste artigo à sentença proferida em ação cautelar inominada, no processo de ação popular e na ação civil pública, enquanto não transitado em julgado”. “§ 2º – O Presidente do Tribunal poderá ouvir o autor e o Ministério Público, em 5 (cinco) dias”. “§ 3º – Do despacho que conceder ou negar a suspensão caberá agravo, no prazo de 5 (cinco) dias”.

²⁹ ALVIM. op. cit., p. 88.

cício do direito de ação, pelo particular, e ao dever de (prestar) jurisdição, pelo Estado, deve ser afastada, *in concreto*, sempre que importe em transgressão ao sistema de defesa dos direitos, agasalhado pela Constituição. A função da lei ordinária, no campo processual, é a de disciplinar esse sistema, não dispondo de eficácia jurídica para, sob o pretexto de fazê-lo, neutralizá-lo na sua essência”.

Após esse brilhante relato do mestre Carreira Alvim, é de se registrar que, no nosso país, o Executivo e Legislativo revelam invulgar vocação de limitar e, até mesmo, aniquilar³⁰ o poder jurisdicional dos magistrados.

Por certo que esta última agressão à independência e liberdade dos juízes veio à tona para tentar impedir uma avalanche de ações judiciais sobre o reajuste de 28,86% concedido para os militares de alta hierarquia e para os servidores dos poderes Legislativo e Judiciário, sendo banidos de tal aumento os sofridos e infortunados servidores do Executivo. Contudo, qualquer comando legal que iniba o acesso à Justiça padece de ilegalidade, visto que restringe direito constitucionalmente garantido³¹. E o ilustre Cássio Scarpinella Bueno³² não tem dúvida em banir a aplicabilidade da Lei nº 9.494/97:

“O Juiz deverá antecipar a tutela – analisados e sopesados todos os valores incidentes na hipótese – toda vez que for o caso da mesma dever ser concedida. As presunções que recobrem o ato estatal – e que justificariam a proteção do interesse público subjacente, há dúvidas, aos arts. 1º e 2º da Medida Provisória nº 1.570/97, convertida na Lei nº 9.494/97 – deverão ser afastadas na exata medida em que, por iniciativa do particular, comprova-se, em plena consonância com os valores prestigiados pelos ordenamentos constitucional e processual codificado mais

³⁰ O Ato Institucional nº 5 chegou a excluir da apreciação do Poder Judiciário lesão a direito individual, proibindo até a concessão de *habeas corpus* em determinados casos.

³¹ “Prevalece, pois, o entendimento de que se, *in concreto*, verifica-se que a incidência da disciplina desta Medida Provisória inibe o acesso à Justiça, a mesma não poderá prevalecer. Já não se trataria mais de real “disciplina legal”, mas, palpavelmente, de real restrição de direito constitucionalmente garantido”. (BUENO, op. cit., p. 91).

³² *Ibid.*, p. 96.

recente, e, pois, ainda que em cognição sumária do magistrado, a invalidade do comportamento estatal”.

Sendo que, no caso específico dos servidores públicos, após o julgamento da ADIn-MC nº 309, o Relator Ministro Ilmar Galvão expurgou qualquer dúvida sobre a legalidade de se antecipar os efeitos da sentença que será proferida *a posteriori*:

“Até porque inúmeros servidores – talvez a grande maioria – terão seus vencimentos drasticamente reduzidos, por contarem menor tempo de serviço prestado. Reside aí *opericulum in mora*, pois eventual demora no processo e julgamento da ação poderá acarretar sensíveis e irreparáveis prejuízos a numeroso segmento social, se a ação vier a ser julgada procedente, mas com retardo. Não convém pôr em risco tão grande número de pessoas, ainda que se deseje viabilizar o sucesso de um plano econômico”.

Em igual sentido, os Tribunais Regionais Federais mantêm intactas decisões singulares de primeira instância que deferem antecipação de tutela para recompor direitos e garantias dos servidores públicos atingidos:

“Processo Civil – Agravo de Instrumento – Servidores Públicos – Plano de Seguridade Social – Antecipação de Tutela – Cabimento. 1. Cabível a antecipação de tutela a fim de suspender a cobrança de alíquota de 12% referente ao plano de seguridade social dos servidores públicos, eis que presentes os requisitos autorizadores para a sua concessão. 2. Agravo improvido³³”;

“Constitucional e Previdenciário – Contribuição dos Aposentados para com a seguridade social por força de medida provisória – Despacho que antecipa a tutela jurisdicional, mandado não se operar o desconto – Presença de verossimilhança ante decisão do STF. ADIN 1.433-1-60. Rel. Min. Ilmar Galvão e do dano irreparável. Nenhuma lei profibe a antecipação de tutela quando a Fazenda Pública por parte passiva, nem deve a tutela antecipada ser confundida com a execução provisória de sentença contra a Fazenda Pública. O grave risco para a eco-

nomia pública é tema que refoge ao mundo jurídico, improvimento³⁴”.

Em outras hipóteses legais, onde o direito material é diverso dos exemplares citados nos arestos anteriores, ou seja, casos diversos ao da suspensão da cobrança de alíquota de 12% (doze por cento) referentes ao plano de seguridade social dos servidores públicos, os Tribunais Superiores vêm conferindo o mesmo tratamento, privilegiando a oportuna e autorizada visão dos julgadores singulares que antecipam a tutela jurisdicional:

“Processual Civil e Administrativo – Revisão de Vencimentos – art. 28 da Lei nº 8.880/94, 3,17 – Antecipação de Tutela. Presença dos pressupostos para a concessão da tutela antecipada. Precedentes da Eg. 3ª turma³⁵”; “Agravo de Instrumento interposto contra decisão que deferiu tutela jurisdicional antecipada em ação ordinária visando ao cômputo do tempo de serviço público prestado sob o pálio da legislação consolidada para fins de percepção da gratificação de anuênios. Presença dos pressupostos do art. 273 do CPC: prova inequívoca do receio de dano de difícil reparação consubstanciado na situação crítica por que passa o funcionalismo público e pelo caráter alimentar dos valores reclamados. Declaração incidental de inconstitucionalidade pelo tribunal pleno do art. 7º, I, da Lei nº 8.162/91 (AL 25.061/RN)³⁶”.

Dessa forma, a Lei nº 9.494/97, como as demais, citadas anteriormente, agridem o próprio Estado Democrático de Direito, que protege os cidadãos contra a prepotência e o arbítrio do Estado. Nessa vertente, é dever do Estado respeitar e garantir os direitos, liberdades e garantias da sociedade, possibilitando que ela seja livre e justa.

Assim, o acesso ao direito tem que ser efetivo, sem dilações indevidas, podendo-se citar o exemplo robusto da lição de Mauro Cappelletti³⁷:

“a função dos tribunais e dos proces-

³⁴ TRF. 5ª Região. 1ª Turma. Ag. 00508559-CE. Relator, Juiz Wladimir Carvalho. *DJ*, 4 jul. 1997.

³⁵ TRF. 5ª Região. 3ª Turma. Ag. 508813-AL. Relator, Juiz Rivaldo Costa. *DJ*, 21 mar. 1997.

³⁶ TRF. 5ª Região. 3ª Turma. Ag. 507119-CE. Relator, Juiz Rivaldo Costa. *DJ*, 21 mar. 1997.

³³ TRF. 3ª Região. 2ª Turma. Ag. 03084753-SP. Relator, Juiz Clélio Benevides. *DJ*, 8 maio 1997.

³⁷ Apud ANDRÉ, Adélio Pereira. *Vinculação da administração e protecção dos administrados*.

os judiciais alargaram-se de tal modo enormemente que não podem ser, por mais tempo, aceites como instrumentos adequados para a protecção apenas de ‘elites’ privilegiadas. Pelo contrário, devem estar ao serviço de toda a sociedade. Assim, uma essencial – possivelmente a essencial – característica de um sistema de administração da justiça realmente moderno deve ser a sua efectiva, e não meramente teórica, acessibilidade a todos: porque, como sublinha o Prof. Joloyicz, ‘pouco vale ter um sistema judicial com garantias cuidadosamente formuladas, se ninguém, a não ser os ricos, pode fazer uso delas’”.

Acerca dos “atrasos”, proclamou:

“Justiça demorada é má justiça”: “um processo que se arrasta por tempo mais que razoável pode levar a uma denegação de justiça”.

Por outro flanco, a efetiva prestação jurisdicional de pleitos contra a Administração Pública mereceu especial atenção do direito comparado, podendo-se citar o art. 113 da Constituição Italiana:

“art. 113 – Contra os atos da Administração Pública é sempre admitida a tutela jurisdicional dos direitos e dos interesses legítimos, perante os órgãos da jurisdição ordinária ou administrativa. Essa tutela jurisdicional não pode ser excluída ou limitada a meios particulares de impugnação ou para determinadas categorias de atos”.

Já o artigo 24.1 da Carta Política da Espanha prescreve:

“24.1. Todas as pessoas têm direito a obter a tutela efetiva dos juízes e tribunais no exercício de seus direitos e interesses legítimos, sem que, em nenhum caso, possa produzir-se indefinição”.

Sendo certo, que o item 2 do aludido artigo proíbe dilações indevidas, que possuem o fito de procrastinar e atrasar o andamento dos processos colocados tanto perante a jurisdição administrativa, como também na esfera judicial.

Na mesma trilha, o art. 106 da Constituição hispânica determina o controle da Administração Pública.

“Os Tribunais controlam o poder re-

gulamentar e a legalidade da atividade administrativa, bem como a sujeição desta aos respectivos fins”.

Sobre a tutela judicial efetiva, preconizada pela Constituição da Espanha, Francisco Chamono Bernal³⁸ sublinha:

“En primer lugar, el esclarecimiento de los derechos y garantías procesales constitucionales que son exigencia del contenido de la tutela judicial efectiva, eliminaría las improcedentes alegaciones de falta de tutela en los innumerables recursos de amparo, que son destinados por no estar afectado esse derecho”.

A liberdade de acesso à jurisdição efetiva na Espanha é um direito reconhecido também nos seguintes ordenamentos: art. 10 da Declaração Universal dos Direitos Humanos³⁹; no artigo 14.1 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos⁴⁰ de 1966, e no artigo 6 da Convenção Europeia de Direitos do Homem de 1950⁴¹.

Francisco Chamono Bernal⁴² conclui que o instrumento principal para realizar a efetiva tutela judicial é, em princípio, em *favor actions* ou *pró actione* e seus derivados, sendo dever do Judiciário promover e colaborar com a realização de uma efetiva prestação jurisdicional (dever constitucional), posto que os juízes têm a

³⁸ *La tutela judicial efectiva*: derechos y garantías procesales derivadas del artículo 24.1 de la Constitución. Barcelona: Bosch, 1994. p. 7.

³⁹ Art. 10 da Declaração Universal de Direitos Humanos: “Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal”.

⁴⁰ Art. 14.1 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos: “Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos y obligaciones de carácter civil...”.

⁴¹ O artigo 6º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem dispõe que: “Qualquer pessoa tem direito a que sua causa seja examinada equitativamente e publicamente, num prazo razoável, por um tribunal independente e imparcial”.

⁴² Op. cit., p. 329.

“obligación de protección eficaz del derecho fundamental...”.

A Lei Fundamental de Bonn também obriga a inafastabilidade de lesão cometida pelo Poder Público ser julgada pelo Poder Judiciário, *litteris*:

“Art. 19.4 – Toda persona cuyos derechos sean vulneados por el poder público podrá recurrir a la vía judicial. Si no hubiera outra jurisdicción competente para conocer del recurso, la vía será la de los tribunales ordinarios”.

sendo entendimento assente na doutrina e na jurisprudência alemã que tutela jurídica eficaz significa tutela jurisdicional em tempo útil como tem entendido o Tribunal Administrativo Federal do aludido país – na decisão do *Bundessverfassungsgericht* referida por Peter Baduna, em *Limitti e alternative della tutela giurisdizionale nelle controversie amministrative*. *RTDP*, 1984.

A denominada regra da aceleração processual (*Beschleunigungsprinzip*) influenciou a Europa Ocidental, sendo a norma imperante⁴³ naquele continente, que não permite a duração de um pleito com dilações indevidas.

Rogério Lauria Tucci e José Rogério Guy Tucci, citando o posicionamento do publicista espanhol José Antonio Tomé Garcia, registram que dilações indevidas seriam:

“os atrasos ou delongas que se produzem no processo por inobservância dos prazos estabelecidos, por injustificados prolongamentos das etapas mortas que separam a realização de um ato processual de outro, sem subordinação a um lapso temporal previamente fixado, e sempre que aludidas dilações dependam da vontade das partes ou de seus mandatários”⁴⁴.

A Constituição do Canadá, em seu artigo 11.b, também tem como foco de mira a celeridade da contenda judicial, devendo ser resolvida em um prazo razoável⁴⁵.

Essa necessidade de preservação de uma jurisdição rápida e eficaz, exercida em um prazo razoável, também foi objeto da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, firmada em San

⁴³ TUCCI, Rogério Lauria, TUCCI, José Rogério Guy. *Devido processo legal e tutela jurisdicional*. Revista dos Tribunais, 1993. p. 103.

⁴⁴ *Ibid.*, p. 104.

⁴⁵ Art. 11.b: “toda pessoa demandada tem o direito de ser julgada dentro de um prazo razoável”.

José, Costa Rica, em 22-11-69, impondo aos países signatários do mesmo:

“Toda pessoa tem direito de ser ouvida com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável por um Juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido por lei anterior, na defesa de qualquer acusação penal, contra ele formulada, ou para a determinação de seus direitos e obrigações de ordem civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza...”

O Brasil é um dos países que ratificou a aludida convenção, que, a teor do § 2º do art. 5º da Constituição Federal, passou a norma supranacional a pertencer ao mundo jurídico nacional, transformando-se em direito cristalino da sociedade, possuindo os cidadãos a prerrogativa de terem os seus pleitos julgados dentro de um prazo razoável, sem dilações indevidas.

“Conclui-se, portanto, que, também em nosso País, o direito ao processo sem dilações indevidas, como corolário do devido processo legal, vem assegurando ao membro da comunidade social por norma de aplicação imediata”⁴⁶.

Vê-se, portanto, que os Estados de Direito se preocupam em agilizar a prestação jurisdicional, não tendo “medo” de dissabores ou derrotas na Corte, pois o lema de que “faça o que eu falo, mas não faça o que eu digo” não prospera em um país sério, onde a eficácia da tutela jurisdicional não se compadece com um mero direito de acesso aos tribunais, ou como a garantia de igualdade entre as partes e imparcialidade na decisão, tendo em vista que esta vitória se traduz, afinal, numa mera declaração de princípios, sem conseqüências de fato ao nível da esfera jurídica do administrado ou da situação desprotegida. Tutela em tempo útil significa que a sentença que vier a ser proferida pode efetivamente servir às pretensões de quem a requer.

Nessa moldura, a Lei nº 9.494/97 é inconstitucional, por cercear a efetividade do direito de livre acesso dos servidores públicos ao Judiciário, discriminando-os perante a sociedade, em rota contrária à do *caput* do art. 5º da CF⁴⁷, que

⁴⁶ Rogério Lauria Tucci e José Rodrigues Guy TUCCI, *op. cit.*, p. 107.

⁴⁷ O TRF – 2ª Região negou mandado de segurança impetrado por pessoa jurídica de direito público que visava cassar liminar deferida no juízo de 1º grau de jurisdição, ao argumento que a dita autoridade coatora não poderia conceder liminar liberando os cruzados retidos no BACEN, ficando assim ementado o v. acór-

preconiza que “todos são iguais perante a lei, *sem distinção de qualquer natureza (...)*”, além de negar vigência ao inc. XXXV do precitado art. 5 da *Lex Legum*. Em abono ao que acabamos de falar, o Juiz Araken Mariz⁴⁸ do TRF-5ª Região, prestigiando o disposto no art. 5º, XXXV, da CF, concedeu agravo de instrumento que tinha como meta possibilitar o deferimento de medida liminar contra ente público:

“Processual Civil. Agravo de Instrumento. Art. 5º, XXXV, da Constituição Federal. Direito de Ação. I – O direito de ação é um direito subjetivo público, conseqüentemente nenhuma decisão pode impedir o acesso do cidadão às vias jurisdicionais. II – A lei não excluirá do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito. III – Agravo provido”.

Com o mesmo teor, o Desembargador Pinheiro Franco⁴⁹, da 11ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de São Paulo, deixou registrado: “(...) não se pode tolher qualquer pessoa de recorrer ao Judiciário para que apresente ação que entender competente na defesa dos seus interesses”.

E o Ministro José Delgado⁵⁰ firmou entendimento na 1ª Turma do STJ de que é possível executar-se provisoriamente julgado contra a Fazenda Pública, como se depreende do seguinte aresto:

“Processual Civil – Execução contra

dão: “Constitucional. Liberação de Cruzados Bloqueados. Mandado de Segurança visando conferir efeito suspensivo a agravo interposto em face de decisão judicial que liberou cruzados. A liminar é a própria alma do Mandado de Segurança e de outras ações protetivas de direitos ameaçados por lesão irreparável. Não pode o legislador obstar o Juiz a conceder o remédio necessário à proteção do correspondente direito, quando provocado por quem se sinta lesado ou ameaçado de lesão. Figura o direito de propriedade, dentre outros direitos invioláveis (Constituição, art. 5º, *caput*). Consubstancia-se o bloqueio de dinheiro a modalidade mais violenta de privação da propriedade, ferindo direito fundamental do cidadão, sem cabimento a pretensão da impetrante...” (TRF. 2ª Região Relator: Des. Alberto Nogueira. MS 91.02.08560/RJ. *DJ*, p. 42.447. 4 jul. 1995.).

⁴⁸ TRF. 5ª Região. 2ª Turma., Ag. 95.05.03938/PE. Relator: Juiz Araken Mariz. *DJ*, p. 64.219, 22.set. 1995.

⁴⁹ TJSP. 11ª C. Cível. AC 203953/SP. Relator: Des. Pinheiro Franco. *JTJ/SP – LEX* 148, p. 112.

⁵⁰ STJ. 1ª Turma. Resp 87.978/SP. Relator: Ministro José Delgado. *DJU*, p. 19225. 3. jun. 1996.

a Fazenda Pública – Possibilidade de executar provisoriamente o julgado – Não infringência aos arts. 730 e 741, V, do CPC – Recurso Improvido. I – O art. 730 do CPC não cria óbice à execução provisória de sentença contra a Fazenda Pública. II – Não se pode prejudicar ainda mais o credor com a interpretação pretendida pela Fazenda. III – Recurso não provido”.

Influenciado pela vasta jurisprudência do STJ e, em especial, dando grande relevo ao acórdão proferido no Resp. 56.239/PR⁵¹, da 1ª Turma, julgado por unanimidade de votos, em 15.3.95, que reconheceu a conciliação da antecipação de tutela com o art. 100 da CF, visto que inexistente dano para a Fazenda Pública, que teria apenas que instrumentalizar a execução “incrivelmente lenta”, o Professor Cássio Scarpinella Bueno⁵² afirmou em “alto e bom som”:

“Diante desta tendência jurisprudencial que tem se formado no STJ, desde que tomemos como base a *ratio* daquelas decisões, é possível entendermos a admissão da antecipação de tutela contra a Fazenda Pública mesmo naqueles casos que signifiquem pagamento em dinheiro e desde que, evidentemente, estejam presentes, na hipótese, os pressupostos do *caput* do art. 273 e de um ou, concomitantemente, de ambos seus incs. I e II do CPC”.

Após toda essa radiografia legal, jurisprudencial e doutrinária, não se pode deixar de registrar o posicionamento do STF, ao julgar a Ação Direta de Constitucionalidade contra a

⁵¹ Pelo Resp nº 78.911/SP (95/0057320-2), a 1ª Turma do STJ deixou claro que, na execução provisória, em que se discute prestação de natureza alimentar, não é necessária caução: “Processual civil. Execução provisória. Caução. Prestação de natureza alimentar. Descabimento. – No crédito de natureza alimentar não tem cabimento a exigência de caução, na execução que se deseja, diante do aspecto social da questão. _ Recurso especial não conhecido” (Resp nº 78.911/SP (Reg. 95/0057320-2), Relator: Ministro Willian Patterson. 1ª Turma. *DJ*, mar. 1996.

⁵² Op.cit., p. 72. No mesmo sentido, o citado publicista cita J.E.S.Frias, Tutela Antecipada em face da Fazenda Pública. *Revista dos Tribunais* 728, p. 63-64, quando anota, em abono ao quanto dito no texto, que a Lei nº 8.437/92 não poderia criar óbice à efetivação, quando o caso da antecipação de tutela, porque, “no confronto entre as duas disposições, entretanto, deve prevalecer a que prevê maior efetividade do direito, que é aspiração geral” (p. 60).

Medida Provisória nº 173, de 18-3-89 (convertida na Lei nº 7.969/89), que vedava a concessão de medida liminar em mandado de segurança, ações ordinárias e cautelares decorrentes das Medidas Provisórias nºs 151, 154, 158, 160, 161, 162, 164, 165, 167 e 168, que indeferiu o pedido de suspensão cautelar da vigência da malsinada MP, por maioria, ficando vencidos os Ministros Paulo Brossard e Celso de Mello, sendo designado como Relator do acórdão o eminente Ministro Sepúlveda Pertence, que deixou registrado, em suma, que o indeferimento da suspensão liminar da MP 173 não prejudica o exame judicial de cada caso concreto da constitucionalidade, incluída a razoabilidade da aplicação da norma proibitiva.

Em síntese, foi reconhecido, no voto do Ministro Sepúlveda Pertence, que compete ao juiz de cada contenda decidir se, ao aplicar a Medida Provisória citada, seria ou não efetivo o acesso à Justiça, deixando de ser tarefa do STF, no controle concentrado da constitucionalidade das leis, discorrer sobre tal questão. Ou seja, pode o juiz de 1º grau de jurisdição, entendendo que existe inconstitucionalidade em determinada lesão, ou ameaça de tal, perpetrada pelo órgão público, aplicar ou furtrar-se em seguir o que estava contido na MP nº 173/89.

Como o Executivo influencia diretamente o Legislativo, a história se repete, por parte de um Poder que está convencido que os seus atos lesam os servidores públicos de boa-fé, tentando, mais uma vez, repelir a tentativa de acesso eficaz ao Judiciário, conduta típica de violador de direitos e garantias fundamentais dos servidores administrados, que se encontram há mais de 3 (três) anos, em profundo estado de achatamento e encurtamento de direitos estipendiais⁵³.

⁵³ Ao manter antecipação de tutela deferida na instância *a quo*, o Exmo. Juiz Castro Meira realçou situação aflitiva do servidor público, que há mais de dois anos sofre verdadeiro retrocesso estipendial: “Processual Civil – Agravo de Instrumento – Anuênios – Tutela Antecipada – Art. 273 do CPC. – Na decisão que antecipou a tutela, o juiz indicará, de modo claro e preciso, as razões do seu convencimento (Art. 273, III, CPC). – Nada obstante, tem esta turma considerado em situações análogas que se deve ter em conta os termos em que foi proferido o pedido. – Hipótese em que a inicial fornece subsídios suficientes para o reconhecimento da existência da verossimilhança, através de diversas ementas de julgados desta Corte. – Requisito do perigo da demora existente em razão da natureza alimentar da parcela de que se cuida, além do que não se pode desconsiderar a aflitiva situação porque vem passando os servidores

A velha retórica de que são os servidores os causadores do mal público continua prevalente na mente dos homens públicos.

Feito este registro, foi baixada a Medida Provisória nº 1.570/97, convertida na Lei nº 9.494/97, que tenta impedir, novamente, o acesso à Justiça, restringindo, dessa feita, as ações judiciais de servidores públicos contra a Fazenda Pública, em que postulam antecipação de tutela nas incorporações de reajustes estipendiais postergados, *ad eternum*, notadamente o caso concreto dos 28,86%, já deferido pelo STF.

Contudo, o STF, julgando medida cautelar em ação direta ajuizada pelo Partido Liberal contra Medida Provisória nº 1.570, de 26-3-97, que disciplina a aplicação da tutela antecipada contra a Fazenda Pública, o Tribunal deferiu, em parte, a liminar para suspender a vigência do art. 2º da MP (o art. 1º da Lei nº 8.437, de 30 de junho de 1992, passa a vigorar acrescido do seguinte parágrafo: “§ 4º – Sempre que houver possibilidade de a pessoa jurídica de direito público requerida vir a sofrer dano, em virtude da concessão de liminar, ou de qualquer medida de caráter antecipatório, o juiz ou o relator determinará a prestação de garantia real ou fidejussória”). Os Ministros Maurício Corrêa, Ilmar Galvão, Carlos Velloso e Néri da Silveira deferiram a liminar por considerarem que o dispositivo, tal como redigido, poderia restringir o acesso ao Poder Judiciário, com ofensa, à primeira vista, ao art. 5º, XXXV, da CF/88, e os Ministros Celso de Mello e Sepúlveda Pertence a concediam por entenderem que não haveria urgência a justificar a edição da Medida Provisória. Vencidos os Ministros Marco Aurélio (Relator), Nelson Jobim, Octavio Gallotti, Sydney Sanches e Moreira Alves, ao argumento de que o sistema processual brasileiro já contempla normas que facultam ao magistrado a exigência de caução (por exemplo art. 804 do CPC), e cuja inconstitucionalidade jamais foi declarada.

Indeferida a liminar quanto aos artigos 1º, que veda o instituto da tutela antecipada nas hipóteses em que a lei proíbe o deferimento de cautelar em mandado de segurança, e 3º, que, dando nova redação ao art. 16 da Lei nº 7.347/85 (ação civil pública), dispõe que a sentença civil fará coisa julgada *erga omnes*, nos limites da competência territorial do órgão prolator da res-

públicos, sem qualquer perspectiva de melhoria em sua remuneração há dois anos”. (TRF. 5ª Região. 1ª Turma. Relator: Juiz Castro Meira. Ag. 508493-CE. DJ, 21 mar.1997).

pectiva decisão. Vencidos os Ministros Celso de Mello e Sepúlveda Pertence com o mesmo fundamento do art. 2º (ausência de um dos pressupostos da medida provisória), e o Ministro Néri da Silveira, quanto ao art. 1º, ao argumento de que o dispositivo é, à primeira vista, incompatível com o instituto da tutela antecipada⁵⁴.

No prosseguimento do julgamento do mérito, entendeu a maioria dos Ministros componentes do STF que o comando legal impugnado é constitucional, estando o acórdão aguardando a publicação no Órgão Oficial, para surtir seus efeitos legais.

Após todo o relato contido na presente exposição, verifica-se que o art. 273 do CPC é plenamente aplicável aos pleitos em que servidores públicos busquem antecipação de tutela contra o ente de direito público. Tal provimento, de *cognição sumária*, permite controle efetivo dos atos administrativos⁵⁵.

Esse posicionamento eficaz, como visto anteriormente, vem contido na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, a qual o Brasil é um dos países signatários, o que significa dizer que o prazo razoável a que alude aquele pacto, para solução do litígio, fica fazendo parte integrante do nosso ordenamento legal interno,

devendo ser evitadas as dilações indevidas e desarrazoadas, por serem contrárias à acessibilidade do Judiciário.

A aludida acessibilidade de que trata o inc. XXXV do art. 5º da CF é aquela que garante não só o ingresso no Judiciário, mas sobretudo a utilização de meios colocados à disposição do jurisdicionado capaz de encurtar o caminho da tramitação. Em suma, cercear determinado segmento da sociedade da utilização de remédios mais rápidos e eficazes contra o poder público afigura-se como imoral e inconstitucional.

Imoral (art. 37, *caput*, da CF) porque afasta do controle imediato os atos públicos, que, pela deterioração do tempo, tornam-se inconsistentes, sendo inconstitucional por distinguir, perante a lei, indivíduos (art. 5º, da CF), que ficam impossibilitados de ingressarem com ação judicial com rito mais célere (art. 5º, XXXV, da CF).

Conclui-se, portanto, que a Lei nº 9.494/97, como qualquer outra que possua o mesmo enredo, é inconstitucional, e, como tal, deverá ser mutilada pelos competentes julgadores, que não podem permitir essa forma de controle externo do Judiciário, feito, de modo camuflado, pelo Poder Executivo.

⁵⁴ ADIN 1.576. Relator: Ministro Marco Aurélio. Julgamento da liminar, 16 de abril de 1997. *STF*, n. 67, 14 a 18 abril 1997).

⁵⁵ “De outra parte, o controle jurisdicional da Administração também opera pelo rito ordinário, marcando destaque, pela freqüência de seu uso, as medidas cautelares inominadas de eficácia rápida na contenção de ilegalidades administrativas”. TÁCITO, Cáo. *Temas de Direito Público: controle judicial da Administração Pública no Direito brasileiro*. Renovar, 1997. v. 1, p. 1005.