

PROMESSAS DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E DIREITO PROCESSUAL PÚBLICO: RESTRIÇÕES DE TUTELA ANTECIPADA

Bruno Carlos Pastore¹

RESUMO

A morosidade e ineficiência da Justiça afetam negativamente a ordem social. No Brasil, o problema calhou na elaboração de um novo Código de Processo Civil, ideologicamente pensado para dar mais celeridade e efetividade à jurisdição civil. Não obstante, a Fazenda Pública, como parte, sobretudo no polo passivo, continua vestida com uma blindagem tendente a postergar o processo e a efetiva entrega da tutela jurisdicional; blindagem essa que se manifesta através de vários mecanismos, os quais vão formar um microssistema: o *Direito Processual Público*. Nele, o Estado é normativamente agraciado, por exemplo, com prazos dobrados para manifestações nos autos, com o reexame obrigatório pelo tribunal de sentenças contrárias, com sistema próprio de execução, além de outros benefícios processuais. É enfatizado neste trabalho, porém, as restrições à *tutela antecipada* – ou *tutela provisória*, como é designada no novo CPC. Com foco neste último instituto jurídico-processual, emblemáticas decisões judiciais são citadas, tanto federais como das cortes superiores, contrastando-se os variados entendimentos. Ao final, críticas são feitas ao novo CPC, por nada mudar em relação às restrições de tutela provisória contra a Fazenda Pública, bem como por conter aspectos contrários à sua exposição de motivos.

Palavras-chave: Novo CPC. Contencioso Judicial Administrativo. Tutela Provisória

ABSTRACT

The slowness and inefficiency of justice adversely affect social order. In Brazil, the problem happened in the drafting of a new Code of Civil Procedure, ideologically thought to give more speed and effectiveness to civil jurisdiction. However, the Treasury, as part, especially in the defendant, still dressed in a shielding tending to postpone the process and the effective delivery of judicial protection; shielding this manifested through various mechanisms, which will form a microsystem: the Procedural Law Public. In it, the state is normatively awarded, for example, with deadlines folded manifestations in case, with the mandatory review by the court of contrary decisions with its own enforcement system, and other procedural benefits. It is emphasized in this paper, however, restrictions on early relief - or interim protection, as designated in the new CPC. Focused in the latter legal and procedural institute, emblematic judgments are cited, both federal and upper cuts, is contrasting the varied understandings. Finally, criticisms are made to the new CPC, for no change in the restrictions for interim

¹ Faculdade de Rondônia – FARO. E-mail: brunopastore@gmail.com

protection against the Treasury, as well as contain aspects contrary to its explanatory memorandum.

Key-words: New CPC. Administrative Litigation. Provisional protection

INTRODUÇÃO

A tutela jurisdicional *provisória* ou *antecipada* é instituto da ciência processual moderna que surgiu da necessidade de conferir celeridade e efetividade à atividade fim do Poder Judiciário.

O acúmulo de demandas que tramitam lentamente aguardando desfecho na Justiça brasileira, decorrente da baixa capacidade da máquina judiciária de resolução satisfatória dos conflitos sociais, pôs em crise o Poder Judiciário, fazendo-o cair em descrédito popular.

Ao se antecipar o provimento jurisdicional, emprestando-lhe imediata eficácia executória, o processo assume um método menos drástico ao demandante, numa técnica que busca responder aos anseios sociais por uma prestação jurisdicional consentânea à pretensão deduzida em juízo. Por outro lado, é transferido ao demandado o peso negativo da indefinição do direito no tempo, sujeitando-o à posição de devedor sumariamente.

Ocorre que, quando essa transferência de prejuízo é direcionada à Fazenda Pública, surgem sérios obstáculos.

Considerando a cultura de litigiosidade instalada no Brasil, onde aproximadamente duas, de dez pessoas, disputam em juízo; e que a Fazenda Pública é a maior litigante, figurando campeã nas estatísticas - conforme será abordado - revela-se pertinente o estudo de seus privilégios processuais frente à busca por uma jurisdição civil mais célere e justa, grandes ideais do novo CPC.

Ocorre que a abordagem dos vários institutos processuais protetivos da Fazenda Pública, por si só, resultaria num denso livro; e traçar um paralelo entre eles e a busca por um processo mais célere e justo, seria obra mais densa ainda. Neste artigo, portanto, a proposta é concentrar-se no instituto da tutela provisória/antecipada, ou melhor, nas restrições legais e jurisprudenciais à sua aplicabilidade ou incidência.

Assim, no primeiro capítulo, a celeridade, a efetividade, o novo CPC e sua exposição de motivos, bem como o Direito Processual Público, não de ser abordados de modo geral.

No segundo e terceiro capítulos, a jurisprudência do STF e STJ, respectivamente (versando sobre a constitucionalidade, validade e razoabilidade das restrições às tutelas

antecipadas contra a Fazenda Pública), será objeto de pesquisa. Serão citados os princípios e fundamentos constantes dos julgados, contrapondo-se as divergências de entendimentos.

Ao final, o novo CPC sofre críticas.

1. NOVO CPC E EXPECTATIVAS FRENTE AO DIREITO PROCESSUAL PÚBLICO

A morosidade e não-efetividade da Justiça é assunto latente na literatura jurídica, um fenômeno que afeta não só o Brasil, mas diversos países modernos², sendo fruto da jurisdicização (HABERMAS, 1981)³ e ampliação do acesso à Justiça, desdobrando-se na judicialização das questões sociais.

Considerando que a Justiça se realiza pelo processo, mecanismo legitimador do poder jurisdicional, a reformulação dos procedimentos para melhor atender à realidade social brasileira foi preocupação preponderante na elaboração do novo CPC. Preocupação não só de buscar agilidade na resolução dos conflitos, mas também de legitimação da tutela jurisdicional para o cidadão (PINHO, 2012)⁴, conferindo-lhe maior participação na relação jurídica - sobretudo através do instituto da mediação que, em alguns casos, tem maior potencial de *pacificação* (GRINOVER, 2009)⁵ social dos conflitos.

O problema da morosidade é largamente reconhecido, pelo próprio Judiciário inclusive. Podemos compreendê-lo nas palavras de LUIZ FUX, Ex-ministro do Superior Tribunal de Justiça e atual Ministro do Supremo Tribunal Federal. Ele não só integrou como também presidiu a comissão de juristas destinada à elaboração do anteprojeto do novo Código de Processo Civil. Em suas palavras foi categórico:

É que; aqui e alhures não se calam as vozes contra a morosidade da justiça. O vaticínio tornou-se imediato: “justiça retardada é justiça denegada” e com esse estigma arrastou-se o Poder Judiciário, conduzindo o seu desprestígio a índices alarmantes de insatisfação aos olhos do povo.

² Antes de ser expressamente inserido o inciso LXXVIII no artigo 5º da Constituição Federal de 1988, que consagra a garantia da razoável duração dos processos, já se havia introduzido na legislação estrangeira dispositivo no mesmo sentido, a exemplo do artigo 111 da Constituição da Itália; também na Convenção Europeia e no Pacto de San José da Costa Rica existe disposição semelhante.

³ A expressão *jurisdicização* refere-se de maneira geral ao fato, que se pode observar nas sociedades modernas, de o direito escrito ter tendência a aumentar. Este aumento corresponde a dois fenômenos: a *expansão* do direito, ou seja: a regulamentação jurídica de aspectos da vida social até agora submetidos apenas a normas sociais informais, e a *densificação* do direito, ou seja: a decomposição, por especialistas do direito, de hipóteses normativas jurídicas globais em hipóteses normativas mais especificadas.

⁴ Essa, por sua vez, será legítima na medida em que permitir a participação das partes através do procedimento em contraditório, associado à observância da legalidade inerente à garantia do devido processo legal. Assim, o processo só será justo quando o juiz, atento à disciplina legal, possibilitar a participação adequada e equilibrada dos indivíduos.

⁵ “A *pacificação* é o *escopo magno da jurisdição* e, por consequência, de todo o sistema processual (uma vez que todo ele pode ser definido como a disciplina jurídica da jurisdição e seu exercício)” (p. 384).

Sua afirmação ecoou em meio a muitas expectativas da comunidade jurídica brasileira de uma melhoria da jurisdição civil com a vinda do *novo CPC*. Esse instrumental sempre foi o maior e mais importante canal de judicialização das questões sociais no Brasil.

O novo CPC é realidade entre nós há muito pouco. Passou a vigor no final de março de 2016, portanto há pouco mais de um mês. Isso torna instigante e pertinente a temática deste trabalho. Afinal, esse novo código, além de regular boa parte do tratamento processual diferenciado que é dispensado ao Estado, também reformulou, consideravelmente, o instituto da tutela *antecipada* ou *provisória* – o mecanismo mais intimamente ligado à finalidade de conferir efetividade à prestação jurisdicional.

A tutela provisória só contribuirá para o alcance dessa finalidade quando adiantar no tempo efeitos que provoquem ou impeçam mudanças no plano fático: os chamados *efeitos fáticos ou sociais da tutela*, que são aqueles que, para efetivar-se, dependem da prática de atos materiais – **espontâneas por parte do obrigado** ou forçados através da atividade executiva (DIDIER JR; BRAGA; OLIVEIRA, 2015, p. 588).

Eis o contexto em que laborou a comissão de juristas do anteprojeto. O último parágrafo da respectiva exposição sintetiza:

Em suma, para a elaboração no Novo CPC, identificaram-se os avanços incorporados ao sistema processual preexistente, que deveriam ser conservados. Estes foram organizados e se deram alguns passos à frente, para deixar expressa a adequação das novas regras à Constituição Federal da República, como um sistema mais coeso, mais ágil e capaz de gerar um processo civil mais célere e justo.

Porém, quanto ao *contencioso judicial administrativo*, ou seja, o Direito Processual Público⁶ - que representa enorme porção das lides travadas na Justiça brasileira⁷ - em nenhum sentido foi sequer lembrado na exposição de motivos. Corresponde ao ramo do direito processual em que a pessoa jurídica de direito público figura como parte no processo, independentemente do polo em que estiver. *A priori* não houve enfrentamento do tema durante a elaboração do novo *Codex*.

⁶ Para alguns autores a relevância desse regime peculiar de tratamento da Fazenda Pública em juízo embasa o “direito processual público” (SUNDFELD, Carlos Ari. O direito processual e o direito administrativo. In: SUNDFELD, Carlos Ari; BUENO, Cássio Scarpinella (coord.). **Direito Processual Público – a Fazenda Pública em juízo**. São Paulo: Malheiros, 2003, p 35).

⁷ O CNJ produziu pesquisa que aponta os 100 maiores litigantes no Brasil, revelando que na Justiça Federal, por exemplo, a grande maioria dos processos advém do setor público Federal, com 77% do total de processos dos 100 maiores litigantes dessa Justiça, enquanto os bancos são responsáveis por 19%. “Do total de processos dos 100 maiores litigantes da Justiça Federal, 68% referem-se ao pólo passivo, sendo esse pólo responsável por 69% dos processos do Setor Público Federal e por 73% dos processos do setor bancário.” Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/pesquisa_100_maiores_litigantes.pdf>. Acesso em: 03.05.2016

Justifica-se o estudo processual específico dos litígios envolvendo o direito material público não só em virtude do regime processual diferenciado existente, mas das dificuldades específicas que enfrenta o cidadão para ter os seus direitos subjetivos públicos (constitucionais, administrativos, tributários, previdenciários etc.) efetivados frente ao Estado. (NETTO, 2008, p. 31)

Ao analisar os privilégios processuais de que goza a Fazenda Pública em juízo, FERNANDO GAMA DE MIRANDA NETTO (2008) afirma que representam um verdadeiro regime processual de *estado de exceção*.

Muitos não aderem à sua corrente, talvez porque a maioria dos autores que escrevem sobre o tema (e são poucos) estão ligados a entidades públicas e ideologicamente a elas comprometidos, “conduzindo de forma tendenciosa à elaboração de teorias para a legitimação da própria prática” (NETTO, 2008, p. 2).

Mas, apenas para termos uma noção do que, na prática, representam os mecanismos de blindagem da Fazenda Pública em juízo, cito um caso hipotético.

Imagine um cidadão vítima de acidente de trânsito provocado por uma viatura oficial. Espontaneamente, a Administração Pública não irá reparar qualquer tipo de dano sofrido, ainda que seja grave o estado de saúde do cidadão e/ou que o veículo no qual foi abalroado seja seu único instrumento de trabalho para sustento próprio e familiar.

Ora, não deveria ser necessária a via judicial para reparação do dano. Essa necessidade denota o caráter irresponsável com que o Estado se apresenta já no plano do direito material, antes mesmo se se ingressar no processo.

Proposta a ação, é vedado contra a Fazenda Pública decisão antecipatória da tutela indenizatória dos prejuízos, pois implicará dispêndio de verba pública. Assim, terá o cidadão vitimado que amargar maiores prejuízos no aguardo da decisão exauriente, a ser dada ao final do processo.

Até lá, terá a Fazenda Pública gozado de prazo em dobro para as manifestações em geral nos autos. Em suas manifestações, o Procurador do Estado estará pugnando pela improcedência da ação, bem como pela condenação do demandante nos ônus da sucumbência (custas processuais e honorários advocatícios). Certamente o Procurador impugnará o laudo pericial acerca do sinistro de trânsito, que ateste a culpa exclusiva do motorista do Estado no acidente, ainda que tenha sido produzido por perito público, ou seja, por servidor pertencente ao quadro de pessoal da própria Administração Pública.

Como a execução provisória da sentença condenatória contra o Estado implicaria em burla ao sistema de precatórios, apenas após o trânsito em julgado da decisão é que a vítima do acidente poderá integrar a fila dos credores da Administração Pública.

Se o Procurador não tiver recorrido da decisão de primeiro grau, não exercendo a ampla defesa no duplo grau de jurisdição, ainda assim, dependendo do valor da condenação, haverá ampla revisão da causa pelo tribunal competente, o qual poderá reformar a sentença, porém num *in pejus* ao Estado. E depois de o tribunal, em sede de remessa necessária, decidir a causa, confirmando a sentença, poderá o Estado recorrer do acórdão, ainda que não tenha recorrido da sentença mantida.

Em suma, talvez só os herdeiros da vítima receberão a indenização. A satisfação efetiva do direito, ou seja, o bem da vida, pode não ser usufruído em vida pelo titular por causa da morosidade e não-efetividade do Judiciário contra a – blindada - Fazenda Pública.

Fatos semelhantes ao ilustrado é comum no Brasil. E não há dúvidas que isso põe em descrédito e crise o Poder Judiciário.

Vale lembrar que nem sempre o Estado esteve sujeito à autoridade judiciária. O monopólio da atividade jurisdicional não o submeteu, outrora, ao seu próprio mecanismo de realização da Justiça; o Estado era completamente imune ao poder jurisdicional - típico de regimes absolutistas. Era irresponsável. Hoje, diria que ele é parcialmente irresponsável.

Na conjuntura atual “as normas reguladoras do processo decorrem de um parâmetro único: o parâmetro do Estado Democrático de Direito” (DONIZETTI, 2012, p. 73), onde a cidadania e a dignidade da pessoa humana são fundamentos da República e, portanto, irradiam sentido para toda construção e interpretação legislativa.

Ora, quando o Estado se submete integralmente ao seu próprio direito, mas reserva para si faculdades não concedidas aos cidadãos, produz-se o debate acerca da legitimidade desse regime específico (GRECO FILHO, 1989)⁸. À luz da isonomia, importa perquirir mais profundamente se o Estado realmente necessita do tratamento antiisonômico, posto não ser a parte mais fraca na relação jurídica processual.

São invocados princípios como a supremacia do interesse público sobre o particular e a indisponibilidade do bem público para justificar o tratamento privilegiado que opera no

⁸ “Esses privilégios decorrem da concepção francesa do direito administrativo, ligado à ideia do regime administrativo; eles contrastam com a concepção anglo-saxônica, segundo a qual o Estado se submete ao juiz nas mesmas conduções que os cidadãos” (p. 95).

contencioso judicial administrativo e torna a Fazenda Pública quase impenetrável, ainda que para tutelar direitos fundamentais⁹, garantidos pela Constituição Federal da República.

Interessante notar que esse regime processual diferenciado é aplicado para colossal parte dos processos que tramitam no Poder Judiciário, pois a Fazenda Pública é litigante habitual e campeã nas estatísticas. A Justiça, se vista como um mercado, tem como maior cliente o Estado – União, Estados, Municípios e o Distrito Federal.

Não se ignora as peculiaridades do regime jurídico do Estado, tendentes a preservar a integridade do patrimônio público e o desenvolvimento regular de seus serviços; mas tendem também a tornar o processo judicial mais moroso e irresoluto do que já tem sido normalmente, militando contra os ideais dos movimentos reformistas dos últimos anos de ampliação do acesso à Justiça. E essa militância favorável ao que se consagrou chamar de *pressupostos processuais* da Fazenda Pública tem perdurado firmemente no Brasil, em meio a poucas vozes contrárias.

A história da humanidade demonstra que a limitação do poder é conquista relativamente recente, para não se dizer ainda em curso, em permanente conflito dialético. Nessa esteira, é possível perceber expressões questionáveis desse poder ainda hoje no Direito Processual Público brasileiro, de forma não tão autoritária, mas longe do ideal, não garantindo integralmente os direitos fundamentais do cidadão, na medida em que o Estado, embora sujeito à autoridade judiciária, possui exorbitantes privilégios processuais que o tornam bem mais forte na relação jurídica com o cidadão, como se estivessemos num *estado de exceção*, e como se o cidadão lhe fosse um inimigo.

Mas se o novo CPC, nesta fase de liberdades, tivesse abandonado completamente as chamadas *prerrogativas* do Poder Público em juízo - devido suas raízes no regime ditatorial, ou porque “se pretendeu alcançar na República a isonomia que não se conheceu no Império” (SILVA NETO, 2010, p. 31), imitando o sistema processual norte-americano, no qual o Estado no processo é equiparado ao cidadão - receio que não haveria boa aceitação pelas instituições político-jurídicas estabelecidas.

Por outro lado, a celeridade processual, embora necessidade urgente, não é valor que deva ser perseguido a qualquer custo. É lição de BARBOSA MOREIRA (2001, p. 232):

Para muita gente, na matéria, a rapidez constitui o valor por excelência, quiçá o único. Seria fácil invocar aqui um rol de citações de autores famosos, apostados em estigmatizar a morosidade processual. Não deixam de ter

⁹ O direito à vida e à saúde, entretanto, têm sido encampados pelo Poder Judiciário na penetração do erário e da vontade do Executivo, inclusive por meio de tutelas sumárias e liminares, ainda que por juízos incompetentes no primeiro momento.

razão, sem que isso implique – nem mesmo, quero crer, no pensamento desses próprios autores - hierarquização rígida que não reconheça como imprescindível, aqui e ali, ceder o passo a outros valores. Se uma justiça lenta demais é decerto uma justiça má, daí não se segue que uma justiça muito rápida seja necessariamente uma justiça boa. O que devemos querer é que a prestação jurisdicional venha ser melhor do que é. Se para torná-la melhor é preciso acelerá-la, muito bem: não, contudo, a qualquer preço.

Porém paulatinamente se pode, sem dúvidas, mudar o quadro desagradável que é ter no Brasil um Direito Processual Público em descompasso com a isonomia e, até, com a moralidade¹⁰ pública, na medida em que o sistema de precatórios, por exemplo, mais parece, ao menos na prática, um sistema de calote, não obstante estar constitucionalmente estabelecido.

RUY BARBOSA (2003, p. 145), em sua célere Oração aos Moços:

No Brasil, durante o Império, os liberais tinham por artigo do seu programa cercear os privilégios, já espantosos, da Fazenda Nacional. Pasmoso é que eles, sob a República, se cem-dobrem ainda, conculcando-se, até, a Constituição, em pontos de alto melindre, para assegurar ao Fisco esta situação monstruosa, e que ainda haja quem, sobre todas essas conquistas, lhe queira granjear a de um lugar de predileções e vantagens na consciência judiciária, no foro íntimo de cada magistrado.

O CPC revogado há pouco, de 1973, provém do anteprojeto apresentado por Alfredo Buzaid em 1964. O texto não previa a dilação de prazos nem o reexame necessário das sentenças proferidas contra a Fazenda Pública. No entanto, tais prerrogativas ressurgiram no projeto encaminhado à Presidência da República e, em seguida, ao Congresso Nacional. Na Câmara do Deputados, a dilação de prazo foi impugnada pelos deputados Laerte Vieira e Peixoto Filho:

Nem mesmo a título de defesa dos interesses maiores das pessoas jurídicas de direito público, patrimoniais ou não, deve ser admitida a exceção, visto como aquelas dispõem de todo um aparato legal destinado a preservar seus interesses [...], além de contarem com pessoal altamente qualificado e geralmente bem remunerado nos seus departamentos jurídicos, para defender-lhes os direitos. [...] Por último, deve ser dito que o Estado, bem como os que o representam (caso do Ministério Público, por exemplo), têm a obrigação precípua de promover o andamento célere dos processos judiciais, eis que eles são os primeiros a proclamar tal necessidade e consagrá-la nas leis.

¹⁰ “Não é legítimo supor que o Estado, criado para atender aos anseios da coletividade, possa agir ao largo da ética, desenvolvendo padrões de conduta controláveis apenas em termos formais. O paradigma de atuação do Estado não se esgota na legalidade estrita, adentrando na esfera moral, como demonstra o art. 37, *caput*, da Constituição da República” (SILVA NETO, 2010, p. 287).

Em artigo publicado por Dalmo de Abreu Dallari no ano de 1997, intitulado “Ditadura Constitucional”¹¹, afirma-se que o Brasil só tem Constituição e democracia quando isso não atrapalha as contas do governo ou interesses políticos do Presidente da República. Para ele, à época professor titular da Faculdade de Direito da USP, o Poder Legislativo está nas mãos do chefe do Poder Executivo e, quanto ao Poder Judiciário, é mais serviçal dos interesses do Presidente do que guardião da Constituição. Essas afirmações foram feitas tendo por referência o surgimento, naquele ano, de restrições de tutela antecipada contra a Fazenda Pública. Ele asseverou que:

Para impedir brasileiros de usar seus direitos legalmente protegidos, especialmente quando eles implicam receber dinheiro ou serviços do governo, o chefe do Executivo descumpra, simplesmente, suas obrigações constitucionais ou cria barreiras editando medidas provisórias que agridem a Constituição e os direitos que ela assegura.

Adentremos, portanto, às emblemáticas decisões judiciais federais que foram objeto de análise pelas cortes superiores, as quais produziram debate acerca da constitucionalidade, validade e razoabilidade das restrições aos provimentos provisórios contra a Fazenda Pública.

2. DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Vejamos no âmbito do STF a celeuma em torno da constitucionalidade das disposições infraconstitucionais que restringem a antecipação de tutela contra a Fazenda Pública, citando os principais posicionamentos favoráveis e contrários, numa evolução cronológica da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 04-DF¹².

Aos 27.11.1997 Fernando Henrique Cardoso e as Mesas do Senado Federal e da Câmara dos Deputados propuseram a declaratória supra, com pedido de liminar de natureza cautelar, em face do disposto no art. 1º da Lei nº 9.494/97, em que se converteu a Medida Provisória nº 1.570-5/97, que disciplina a aplicação de tutela antecipada contra a Fazenda Pública. O dispositivo, objeto da ação, remete a outros textos legais¹³.

Em síntese, as normas em relevo vedam o deferimento de tutela provisória contra a Fazenda Pública, tanto em ação de conhecimento como em Mandado de Segurança e qualquer outra demanda de natureza cautelar, que determine reclassificação ou equiparação de

¹¹ Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniao/fz160109.htm>>. Acesso em: 03.05.2016

¹² A petição inicial e os documentos anexados à peça podem ser acessados no site oficial do STF. Disponível em:

<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?sego_bjetoincidente=1689599>. Acesso em: 03.05.2016.

¹³ Art. 5º, parágrafo único, e art. 7º da Lei nº 4.348, de 26 de junho de 1964; art. 1º, § 4º da Lei nº 5.021, de 9 de junho de 1966; arts. 1º, 3º e 4º da Lei nº 8.437, de 30 de junho de 1992. Tais dispositivos aplicam-se à tutela antecipada de que tratam os arts. 273 e 461 do CPC ainda em vigor.

servidores públicos, aumento ou extensão de vantagens aos mesmos, compensação de créditos tributários ou previdenciários por contribuintes e segurados.

Além da vedação, os normativos atribuem à sentença concessiva dos respectivos direitos um automático efeito suspensivo; sujeitam a decisão à confirmação pelo órgão *ad quem* (reexame necessário); autorizam o tribunal a suspender a eficácia de qualquer decisão quando vislumbrar a possibilidade de grave lesão à ordem, à saúde, à segurança ou à economia públicas; condicionam a execução do direito ao trânsito em julgado da sentença, cuja forma de cumprimento ocorre, em regra, através do sistema de precatório.

Além de outros documentos, foram juntadas diversas decisões da Justiça Federal¹⁴, umas reconhecendo a constitucionalidade¹⁵ e outras a inconstitucionalidade do dispositivo em foco, no escopo de demonstrar controvérsia judicial causadora de risco à presunção de constitucionalidade do ato normativo e à segurança jurídica, preencher os requisitos de admissibilidade da ação e obter provimento liminar cautelar com efeito *ex-tunc*.

Entre as decisões que negaram eficácia e aplicabilidade ao art. 1º da Lei nº 9.494/97, fundamentam-se em princípios como o “da igualdade de todos perante a lei”¹⁶, “do devido processo legal”¹⁷, “da legalidade, moralidade”¹⁸, “da inafastabilidade da jurisdição”¹⁹, “do amplo acesso à justiça”²⁰ e até “da independência e da harmonia entre os Poderes”²¹.

A primeira decisão anexada deferiu pedido de antecipação de tutela em prol de policiais civis, defasados em 28,86% na remuneração relativamente aos militares. Baseou-se no art. 37, inc. X da Carta Magna, “que prestigia e garante a auto-aplicabilidade protetora dos princípios da isonomia e da segurança jurídica entre civis e militares, tratando-se de revisão geral de remuneração dessas categorias” (fl. 31). Argumentou o magistrado (fls. 31-33):

A pretensão liminar dos autores não encontra o óbice, aqui, da instrumentalidade morosa e injusta do precatório, por não se alinhar às vertentes da execução por quantia certa contra a Fazenda Pública (CPC, art. 730, I e 11), mas se direciona livre (na força da convicção jurisprudencial, já firmada pela Suprema Corte sobre a matéria em foco) no procedimento das execuções líquidas para cumprimento das obrigações de fazer a incorporação, em folha de pagamento dos demandantes, do percentual de 28,86%, que pleiteiam, com amparo constitucional.

A infeliz Medida Provisória nº 1.570, de 26 de março de 1997 surgiu natimorta, com vestes quaresmais, sem perspectivas de ressurreição no

¹⁴ Decisões da Justiça Federal nos Estados de São Paulo, Ceará, Rio Grande do Sul, Mato Grosso, Alagoas, Sergipe, Minas Gerais, Piauí e Pernambuco; também do Distrito Federal.

¹⁵ Inclusive o STJ, por votação unânime de suas Quinta e Sexta Turmas (AGRMC nº 908/PE, de 22.09.97 e AGRMS nº 948/PE, respectivamente).

¹⁶ 1º grau da Justiça Federal de Cuiabá (MT)

¹⁷ 4ª Vara Federal de Alagoas

¹⁸ 2ª Vara Federal de Minas Gerais

¹⁹ 6ª e 8ª Vara Federal do Distrito Federal

²⁰ 2ª Vara Federal do Ceará

²¹ 8ª Vara Federal do Distrito Federal

universo jurídico deste País, já anestesiado, em grande parte, pela ideologia materialista do neoliberalismo tupiniquim, em afronta total aos postulados fundamentais da Constituição da República.

A matéria processual, que veicula a indigitada Medida Provisória, caracteriza-se, em termos constitucionais, como ato de competência do Congresso Nacional, que não pode delegá-la à legiferância presidencial (CF, arts. 22, I e 48), sob pena de violação do princípio da separação dos Poderes da União (CF, arts. 2º e 60, § 4º, III).

O mesmo direito foi concedido com respaldo em precedente do STF, pois “no julgamento do RMS 22.307-7, deu ganho de causa a 11 (onze) servidores civis que, em demanda judicial, visaram obter, sob a égide do princípio constitucional da isonomia, tal reajuste concedido aos militares” (fl. 34).

Foi arguido o caráter alimentar do direito em comento ao se conceder antecipação de tutela contra a Fazenda Pública (fls. 37-40):

Mostra-se evidente, também, o fundado receio de dano de difícil reparação, porquanto o reajuste postulado, a incidir sobre os vencimentos/proventos, tem nítido caráter alimentar, não justificando, pois, qualquer postergação quanto à sua imediata incorporação, malgrado os servidores dele já tenham se privado, desde janeiro de 1993.

Por outro lado, anoto que não há perigo de irreversibilidade do provimento antecipado, haja vista a possibilidade de, ao final, se improcedente o pleito, a Ré efetuar o desconto do que foi pago, a teor do art. 46, da Lei nº 8.112/90.

Outro juízo entendeu antiética a norma que “desobriga o governo de cumprir decisões judiciais provisórias, quando houver risco de prejuízo aos cofres públicos” (fls. 43-47):

Tenho, portanto, a convicção inequívoca de que entender o contrário não é justo, ético e isonômico, pois a se esperar por um longo tempo, tratando-se, como se trata, de pessoa física, considerada a situação dos autores, seria desconsiderar, negar a tutela a quem esteja em condições de recebê-la.

Lastreada no pensamento de Larenz, chego à conclusão de que estamos diante de um verdadeiro estado de necessidade do Direito e da Justiça e, se não antecipada a tutela jurisdicional, nos termos do art. 273 do CPC, para determinar que o(s) autor(es), desde já, comecem a receber o reajuste de 28,86%, fazendo-os aguardar longo trâmite do processo, ofenderíamos princípios éticos, o que não seria suportável, em face do princípio da igualdade ou isonomia, previsto no art. 5º, “caput”, da CF, que é, afinal, o objetivo único do estado democrático de direito.

Certo magistrado atacou aspectos formais da Medida Provisória nº 1.570/97:

Ressalta tal medida como casuística, esvaziada dos seus pressupostos constitucionais do art. 62 da CF/88, quais sejam, a relevância e a urgência, tendo por objetivo exclusivo dificultar o acesso à justiça pelo cidadão contra as arbitrariedades porventura praticadas pelo poder público.

Raciocinando sistematicamente, o artigo 5º inclui-se nas cláusulas pétreas apregoadas pelo art. 60, 4º, IV, da CF/88, gravado, portanto, pelas limitações materiais.

Violado, outrossim, o princípio basilar da democracia, que é o da independência dos poderes, conforme o art. 2º, da Constituição Federal, o qual vem sendo desrespeitado pelo Executivo mediante a proliferação de Medidas Provisórias na tentativa de interferir no Judiciário e substituir a função do Legislativo. Isto é o que se detecta na indigitada medida.

Um outro argumentou que a proibição estabelecida na Medida Provisória é “manifestamente incompatível com os preceitos e princípios constitucionais disciplinadores da trilogia 'jurisdição, ação e processo’” (fl. 63). Aduz que a vedação estabelecida pelo ato normativo milita contra “o avanço processual que representa o instituto da tutela antecipada”, aniquilando os avanços da moderna legislação processual, representando, portanto, “descompromisso científico com o instituto”. E mais (fl. 64):

Outrossim, a vedação vulnera o princípio do devido processo legal porque cerceia e inibe a atividade jurisdicional, vez que o magistrado, inobstante convencido da necessidade de pronta e abreviada entrega da prestação jurisdicional, passaria pela situação opressiva de ter-se que abster de proferir a decisão compatível à realidade processual, curvando-se a desarrazoado e caprichoso privilégio.

Diferente o argumento de outro juízo ao deferir tutela antecipada contra a Fazenda Pública para incorporação de 11,98% nos vencimentos dos substituídos do Sindicato demandante, não aplicando restrição “visto que, no caso dos autos, a pretensão não se direciona para a obtenção de aumento, mas à recomposição dos vencimentos dos substituídos” (fl. 70). No mesmo sentido decidiu outro julgado (fls. 112/113):

Todavia, o pleito dos Autores cinge-se tão-somente ao cálculo exato da atualização monetária incidente sobre seus vencimentos, razão por que não se trata aqui de antecipação de tutela tendente a outorgar aumento de vantagens.

Enfim, foram anexadas à inicial da ADC nº 04 aproximadamente quarenta decisões sobre pedidos de antecipação de tutela contra o Poder Público; a terça parte corresponde àquelas que indeferiram o pleito.

Entre outros documentos, foram juntadas decisões dos Tribunais Regionais Federais sobre pedidos da União de suspensão da segurança, algumas suspendendo e outras não os efeitos provisórios concedidos. O TRF da 5ª Região, por exemplo, nos seguintes termos suspendeu a segurança concedida (fl. 157):

O Plenário desta Corte já firmou orientação no sentido de que no Juízo de suspensão de segurança, seja de liminar, seja de execução de sentença, avalia-se tão somente a possibilidade de grave lesão à ordem, à saúde, à segurança, ou à economia públicas, em decorrência do cumprimento da ordem concedida.

Ante uma análise perfunctória, vê-se que nenhum dano restará aos promoventes da Ação Ordinária ao se transferir o deslinde da causa para o momento final da demanda, seja em fase de sentença, seja em grau de Recurso, eis que a União Federal não se furtará ao cumprimento da decisão caso restar vencida ao final da lide, dada sua condição de solvência.

Em sentido oposto, porém, decidiu o TRF da 4ª Região (fl. 152):

Quanto às demais hipóteses levantadas pela União Federal, tenho-as como inócorrentes. Entendo que lesão mais séria reside no ato do Executivo que, com seu procedimento, está violando disposições constitucionais pertinentes à separação dos Poderes e deturpando o uso de um instituto jurídico que não tem por finalidade servir de instrumento para infringir a Constituição.

Bem, desnecessário citar os argumentos das decisões federais e o teor de documentos anexados à inicial no sentido de constitucionalidade do ato impugnado, porquanto representam o entendimento da Suprema Corte na ADC nº 04-DF, eis que nas Sessões Plenárias de 10.12.97 e de 05 e 11.02.98, por maioria de votos, decidiu deferir em parte o pedido de medida cautelar.

O Relator, Ministro Sydney Sanches, foi acompanhado pelos Ministros Nelson Jobim, Maurício Corrêa e Ilmar Galvão, seguindo-se pedido de vista do Ministro Marco Aurélio²², o qual não vislumbrou possibilidade de concessão de liminar cautelar em sede de ação declaratória de constitucionalidade. Em seu voto (fls. 467-468):

Quer-se, mediante esta ação, alcançar objetivo único, ou seja, o acesso imediato ao Supremo Tribunal Federal, deixando-se, assim, de observar os meios próprios previstos no Código de Processo Civil, criando-se forma ímpar da suspensão de tutelas antecipadas, a ser procedida por tribunal estranho àquele previsto, em lei, como o competente para julgar o recurso cabível.

Oportuno citar aqui um trecho do artigo de Dalmo de Abreu Dallari, intitulado “Ditadura Constitucional”:

Acumulando uma série de absurdos, pretende-se que por meio daquela ação declaratória todas as decisões já proferidas sejam revogadas e todas as ações em andamento no Brasil sejam sustadas, para impedir que haja decisão liminar contra a Fazenda Pública.

Além de dar efeito executório a uma ação que se chama declaratória, estará sendo introduzido aí um efeito vinculante não previsto na legislação. E, submetendo todas as ações já em andamento ao que for decidido pelo STF, estará sendo restaurada a antidemocrática advocatária, que já existiu durante as ditaduras unilaterais e não teve acolhida na Carta de 1988.

Após voto do Ministro Marco Aurélio, o Ministro Ilmar Galvão resolveu retificar seu posicionamento (fls. 471-472):

²² Fls. 452-456; 457 e 458 dos autos, respectivamente.

Não vejo como se possa conceder liminar, numa ação declaratória de constitucionalidade, para observância obrigatória por todos os juízes, com essa extensão de suspender o efeito de decisões de outros juízos, sem que se configure interferência do Supremo Tribunal Federal, com efeito de controle difuso de constitucionalidade à distância e sem exame das respectivas lides.

Seguiu-se voto do Ministro Carlos Velloso (fls. 475-478), acompanhando o Relator, frisando que o poder cautelar é inerente à jurisdição; assim também os Ministros Sepúlveda Pertence (fls. 479-484), Néri da Silveira (fls. 485-488), Moreira Alves (fls. 489-501, após longa discussão entre os magistrados) e Celso de Mello (fls. 502-506), restando deferida a liminar. O Procurador-Geral da República manifestou-se pela “procedência *in totum* da presente ação declaratória de constitucionalidade” (fl. 424). É trecho de sua opinião:

Parecem-me razoáveis as restrições processuais no campo cautelar que a lei estabelece relativamente às causas contra a Fazenda Pública, sem que isso signifique absolutamente excluir da apreciação do Judiciário lesão ou ameaça a direito com violação do princípio do amplo acesso e do controle judiciário. É importante observar que, por imperativo constitucional, a Fazenda Pública somente pode efetuar os pagamentos devidos em virtude de sentença judiciária mediante expedição de precatório, mesmo em se tratando de crédito de natureza alimentícia, conforme jurisprudência pacífica deste Colendo Supremo Tribunal Federal (Constituição Federal, art. 100, *caput*) (*vide*, e.g., RE nº 181.599-SP, ReI. Min. CELSO DE MELLO, DJ de 15/9/95). E, nesse sentido, admitir o pagamento de débitos devidos pela Fazenda Federal, Estadual ou Municipal, em virtude de sentença provisória em tutela antecipada, sem a apresentação dos precatórios e à conta dos respectivos créditos, como manda a Constituição, seria violar o princípio constitucional da isonomia. A razoabilidade das restrições estabelecidas pela norma legal, pois, encontra amparo na própria Constituição, tendo em vista a natureza da causa e o interesse público.

Após, durante um período de aproximadamente dez anos, o trâmite processual dos autos junto ao STF, segundo os arquivos disponibilizados virtualmente na página eletrônica oficial do Órgão, são apenas de expedição de documentos visando a suspensão das decisões dos juízos e tribunais *a quo*.

Assim, do ano de 1998 salta-se para 2008, no qual, em primeiro de outubro, foi lavrada certidão que atesta ter o Ministro Sepúlveda Pertence solicitado vista dos autos em 21.10.1999, renovado o pedido de vista aos 28.04.2004; e que o Plenário da Suprema Corte, no dia 01.10.2008, julgou a ADC nº 04, cuja publicação no DJE somente ocorreu no dia 30.10.2014, transitando em julgado a ação recentemente, isto é, 07.11.2014. Trechos do voto do Ministro Relator (fls. 631-632; 638):

E essa razoabilidade, no caso, fica evidenciada, principalmente, diante da norma constitucional que exige precatório, quando se trate de execução de decisão judicial que venha a compelir a Fazenda Pública a qualquer pagamento. E que impõe a observância da ordem cronológica de sua chegada à devedora. E que esta inclua em seu orçamento o valor respectivo,

para pagamento até o final do exercício seguinte. Mesmo que se trate de dívida alimentar (art. 100 e seus §§ da Constituição Federal de 05.10.1988). E tudo para que não haja quebra da igualdade entre os credores judiciais da Fazenda pública, respeitando-se, assim, o princípio da isonomia, bem como o da moralidade e da impessoalidade.

Após o relator, votou o Ministro Marco Aurélio, único vencido neste acórdão final, o qual dividiu seu voto em duas partes, a primeira relativa ao defeito de forma da norma impugnada e, a segunda, referente ao vício de fundo do ato. Quanto ao primeiro, não vislumbrou a urgência de que trata o art. 62 da CF, bem como apontou a “impossibilidade de ter-se a reedição da medida provisória no vigésimo nono dia” (fl. 642); assim, havendo “vício na edição e reedição dessa medida provisória, caminho no sentido de concluir que a lei de conversão se faz contaminada” (fl. 642). Quanto ao segundo defeito (fl. 648): “implementando um tratamento diferenciado justamente em relação àquele que deve dar o exemplo que é o Estado, foi-se longe demais, esvaziando-se o instituto da tutela antecipada”.

E continua (fl. 649):

Sob pena até mesmo de adotar-se tratamento diferenciado contrário à Carta da República, ao Estado Democrático de Direito, à República – não vejo como, no caso, dizer-se que é possível, mediante lei, afastar-se o instrumental de defesa previsto na legislação instrumental. (...) As proibições constantes da lei esvaziam-na, além de contrariarem o princípio isonômico. O fato de a autora da lesão ser da Fazenda somente robustece a necessidade de pronta intervenção do Estado-Juiz.

O Ministro Ricardo Lewandowski, por sua vez (fl. 662), entende “não haver nenhuma irrazoabilidade ou arbitrariedade, nem mesmo ofensa ao princípio da universalidade da jurisdição”. Para ele, a norma em comento “se mostra compatível não apenas com o regime constitucional dos precatórios, mas também – e isso me parece importante – com as normas da Lei de Responsabilidade Fiscal”.

3. DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - STJ

Quanto ao STJ, por sua vez, acerca das restrições de tutela provisória contra a Fazenda Pública, trilhou à época em compasso com o STF através de sua Sexta Turma²³, defendendo em decisão unânime a aplicabilidade do art. 1º da Lei nº 9.494/97 para o caso de revisão geral de remuneração de servidores públicos (28,86%).

Em sentido absolutamente oposto, embora para situação idêntica, o STJ, através da Quinta Turma, produziu acórdão unânime para afastar a aplicabilidade do art. 1º da Lei nº 9.494/97. Em seu voto o Ministro Edson Vidigal lembrou que o instituto da tutela antecipada

²³ Cópia digitalizada da decisão do AGRMC nº 908 – PE, bem como do AGRMC nº 948 – PE (que será abordada mais adiante), ambas do ano de 1997, constam anexas à inicial da ADC nº 04-DF (fls. 198-200 e 202-210 dos autos virtuais)

teve origem quando o sistema processual brasileiro não conseguia alcançar sua finalidade precípua, vez que o ato decisório ocorria tardiamente, em contexto totalmente diverso daquele existente no início da contenda. Assim, a decisão antecipatória “vem possibilitar a real prestação jurisdicional para o cidadão, no momento oportuno e eficaz”. Para ele, “inexiste qualquer fundamentação plausível a defender a tese pela impossibilidade de sua aplicação contra a Fazenda Pública”.

Configurados todos os pressupostos para a concessão da tutela antecipada, tratar-se-ia de uma grande injustiça que o cidadão viesse a sofrer o dano irreparável ou tivesse que se submeter a abusos na utilização dos mecanismos de defesa, apesar da clara evidência do cunho protelatório, tão somente por se tratar a ré da Fazenda Pública.

A divergência demonstrada nos referidos julgados, que remonta ao período de transição entre o século passado e o atual, deixou de existir em termos de constitucionalidade após julgamento da ADC nº 4-DF pela Suprema Corte, tendo em vista o efeito vinculante e *erga omnes* conferido inclusive à decisão liminar prolatada em 1998, que foi confirmada pelo acórdão definitivo mais de dez anos depois.

Outras controvérsias, entretanto, surgiram sobre o tema. O STJ, rendendo-se à declaração de constitucionalidade do dispositivo legal em tela, passou a negar sua aplicabilidade, doravante, apenas em determinados casos, por entendê-los não subsumíveis às hipóteses de incidência do constitucional art. 1º da Lei nº 9.494/97²⁴. Como intérprete das normas infraconstitucionais, pois, a divergência em relevo apenas ganhou novos contornos. Logo, não por inconstitucionalidade, mas sim por interpretação restritiva, o STJ deixou de reconhecer como no campo de incidência da norma, por exemplo, o direito à nomeação e posse em cargos públicos. O INSS defendeu-se:

a decisão que beneficiou a agravante importou em aumento da folha de pagamentos do Estado, sem o indispensável lastro, intrometendo-se o Judiciário em tema administrativo, orçamentário e financeiro, cuja gestão compete exclusiva e privativamente ao Poder Executivo, em flagrante afronta ao Princípio da Separação de Poderes, não havendo dúvidas, portanto, de que nas instâncias ordinárias e, agora, a decisão agravada, violaram o art. 1º, da Lei n. 9.494/97.

O direito à participação em curso de formação por aprovado em concurso público é hipótese que também escapa à incidência da norma, conforme decidido no REsp nº 505.022/MG²⁵, com acórdão publicado no DJ de 23.08.2004.

²⁴ MC 1794/PE, Rel. Min. Franciulli Netto, DJU de 27/03/2000; REsp nº 505.729/RS, 5ª Turma, Rel. Min. Felix Fischer, DJU de 23.06.2003;

²⁵ Disponível em:

<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=1276791&num_registro=200201701906&data=20040823&tipo=51&formato=PDF>. Acesso em: 07.10.2015.

O Ministro Felix Fischer argumentou que o art. 1º da Lei nº 9.494/97, ao taxar as situações que vedam a concessão da tutela antecipada, “acabou por reforçar o entendimento contrário, permitindo a eficácia da medida antecipatória em desfavor do ente público quando a hipótese em discussão não está prevista no aludido dispositivo legal”²⁶.

Ainda no ano de 2003 o STJ já havia reconhecido também que escapam à incidência da norma a manutenção de uma situação existente²⁷. No julgamento do REsp nº 663.578 – RS consignou-se que “No caso dos autos, apesar de onerar os cofres públicos, a reintegração do autor não está inserida nas hipóteses impeditivas da concessão da antecipação de tutela em face da Fazenda Pública”.

Também foi garantido, com a não aplicação das restrições impostas pelo art. 1º da Lei nº 9.494/97, o direito de, liminarmente, “suspender a exigibilidade de créditos tributários lançados e, conseqüentemente, execuções fiscais deles decorrentes”²⁸.

Por outro lado, no RMS nº 25.828 - DF, Delegados de Polícia Federal pleitearam “o direito de perceber as vantagens incorporadas cumulativamente com o subsídio”, sob o argumento de tratar-se de “restabelecimento de vantagens suprimidas com a instituição do pagamento por subsídio”, ocasião em que o STJ entendeu aplicável a restrição imposta pelo art. 1º da Lei nº 9.494/97. Para o Ministro Jorge Mussi, relator:

Por isso, o pedido de antecipação de tutela não é para a manutenção de vantagens, mas para o reconhecimento do suposto direito a um regime remuneratório misto, com fórmula de composição de vencimentos em que ocorre a soma do subsídio instituído em lei com as demais vantagens pessoais incorporadas. Tal pedido consubstancia verdadeira pretensão de aferir aumento remuneratório, hipótese em que está vedada a concessão de antecipação de tutela.

Hipótese diversa consiste no direito ao restabelecimento de pagamento por exercício de função comissionada, conforme acórdão unânime do REsp nº 937.991.

Interessante o acórdão unânime²⁹ que diferenciou a tutela antecipada que determina o pagamento de vencimentos ao servidor da que impõe apenas o bloqueio de verbas públicas para garantia do futuro e eventual pagamento: “a liminar concedida pelo Juízo *a quo* foi no sentido de determinar o bloqueio de verbas públicas para garantir o pagamento dos vencimentos cobrados pelos recorridos, e não o pagamento propriamente dito”.

²⁶ Disponível em:

<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=1791160&num_registro=200500121678&data=20050701&tipo=91&formato=PDF>. Acesso em: 07.10.2015

²⁷ AGA 478.721/RJ, 5ª Turma, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, DJU de 22/04/2003.

²⁸ Acórdão proferido na Medida Cautelar nº 1.794 – PE, Relator o Ministro Relator Franciulli Netto.

²⁹ REsp nº 845.645 - MG

Mais interessante ainda é a inaplicabilidade das restrições às tutelas antecipadas contra a Fazenda Pública no caso de direito à saúde, nos pedidos de fornecimento de medicamentos, implicando decisões liminares que bloqueiam verbas públicas. O STJ, acerca da questão, enfrentou os seguintes argumentos:

a determinação de busca e apreensão de dinheiro na conta bancária do Estado viola frontalmente toda a regulação orçamentária sobre o destino das verbas públicas, previsão de gastos e execução orçamentária. A retenção de numerário, portanto, como deferida, é inconstitucional, pois faz com que o magistrado substitua o Administrador e direcione recursos orçamentários de forma totalmente aleatória, desrespeitando a ordem dos precatórios e consequentemente desrespeitando o teor constante do par. 2º do art. 100 da CF/88, e guardando estreita vinculação com os princípios orçamentários insculpidos no art. 167, II e VII da CF/88.

E no enfrentamento, produziu-se acórdão unânime argumentando que a negativa de fornecimento de um medicamento de uso imprescindível é ato que, *per se*, viola direitos indisponíveis, pois vida e a saúde são bens jurídicos constitucionalmente tutelados em primeiro plano, devendo prevalecer sobre o princípio da impenhorabilidade dos recursos públicos. Também defendeu que não há que se sujeitar os valores deferidos em antecipação de tutela ao regime de precatórios, pois seria o mesmo que negar a possibilidade de tutela antecipada contra a Fazenda Pública, quando o Supremo Tribunal Federal apenas resguarda as exceções do art. 1º da Lei 9.494/97.

Destarte, o dissídio que recaía sobre a inflexão do artigo 273 do Código de Processo Civil entre os que abrigavam a tutela antecipada contra a Fazenda Pública e os que tomavam posição oposta, acabou por superado com o advento da Lei nº 9.494/97, de 10.9.97, que brotou da Medida Provisória nº 1.570/97, editada muitas vezes.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Sem adentrar no mérito dos argumentos constantes nas decisões favoráveis e contrárias à constitucionalidade, validade e razoabilidade das restrições aos provimentos provisórios contra a Fazenda Pública, ou seja, sem pretender afirmar qual ou quais julgados são mais corretos, justos e/ou adequados, o que de plano se percebe é uma enorme discrepância de entendimentos.

São entendimentos dos mais variados níveis e gostos, ainda que para casos idênticos, denotando que o sistema jurídico no qual a problemática abordada situa-se é demasiadamente complicado ou, então, falta notório saber jurídico aos julgadores. Isso, por si só, já denota a pouca proximidade da Justiça com o cidadão simples.

Mais de dez princípios diferentes foram citados para respaldar os julgamentos proferidos. Os mesmos princípios ora reduzidos à procedência e ora à improcedência do pleito.

Embora o Direito não faça parte das ciências exatas, tamanha amplitude e difusão de razões de julgamento desnuda a insegurança jurídica vivida no país³⁰. Aliás, sobre essa ausência de previsibilidade do sentido das decisões, é outro fator que, somado à morosidade e não-efetividade, subtraem credibilidade da jurisdição civil brasileira.

A ineficiência do sistema processual civil revogado é de certa forma reconhecida pela simples promulgação de um novo CPC, cuja exposição de motivos ratifica. O dinamismo social que, na modernidade, é acelerado, implicou em várias alterações sistêmicas do CPC revogado (NEVES, 2006), a exemplo da implantação do chamado processo sincrético e do reconhecimento de direitos coletivos, difusos e individuais homogêneos, que acabaram complicando o manuseio do CPC/73, forjado essencialmente para uma relação individualista.

De tudo o que se argumentou sobre a questão objeto das decisões judiciais citadas, inequívoco que o tratamento díspar para beneficiar a Fazenda Pública implica num enorme obstáculo à busca pelos ideais do novo CPC, cuja concretização tanto precisamos para construir uma sociedade mais justa.

O Poder Público é dos maiores violadores dos direitos fundamentais do cidadão e, no processo, assume a figura de um gladiador bem armado e blindado para uma luta geralmente inglória ao fraco lutador oposto, que é o cidadão comum. De sorte que, sendo implementando um tratamento diferenciado justamente em relação àquele que deve dar o exemplo, que é o Estado, comprometido está o instituto da tutela provisória.

A demonstração da colossal celeuma que envolve o tema é de suscitar atenção e motivar estudos acerca do Direito Processual Público, porquanto deficiente na dogmática jurídica brasileira.

O novo CPC, no artigo 1.059, mantém as mesmas restrições impostas aos provimentos provisórios contra a Fazenda Pública, utilizando a ruim técnica legislativa de reportar-se a outros dispositivos legais, que impõe dificuldades ao operador do Direito.

Aliás, os demais privilégios da Fazenda Pública também foram mantidos, alguns até ampliados, como é o caso da dobra de prazo para qualquer tipo de manifestação nos autos - não mais só para recursos - sendo que os prazos contam-se, agora, apenas em dias úteis.

³⁰ O CNJ disponibilizou dados no relatório *Justiça em Números 2013* (ano-base 2012) que mostram excessiva quantidade de reforma de sentenças no Brasil. O TJ de Piauí é o que mais registrou reforma de decisão de primeiro grau, simplesmente 89,5%, seguido do Amazonas (81%) e Maranhão (56,9%). Rondônia registrou 35,7%, um número elevando. Esses números representam de certa forma o grau de segurança jurídica.

Receio que nem mesmo a mediação será capaz de flexibilizar a rigorosa proteção ritual da Fazenda Pública, visto que os bens públicos são indisponíveis, não passíveis, em regra, de transação.

Quanto ao panprincipiologismo (STRECK, 2010), problema notoriamente presente nos julgamentos citados, o novo sistema processual não será capaz de resolver.

Humberto Theodoro Jr (2015), Fredie Didier Jr. (2015), Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart, Daniel Mitidiero (2015), Dierle Nunes, Alexandre Melo Franco Bahia e Flávio Quinaud Pedron (2015) - todos processualistas contemporâneos que ousam escrever e doutrinar sobre o novo CPC - afirmam que o novo *Codex* confere aos princípios força normativa diretamente incidente sobre os casos postos à apreciação e julgamento pelo magistrado.

Não obstante, são as regras que têm função redutora da complexidade, conferindo ao sistema social maior segurança jurídica, na medida em que seu comando normativo é bipolar na disciplina do comportamento do destinatário (jurídico ou antijurídico; legal ou ilegal; lícito ou ilícito; tudo ou nada).

O princípio deixa de uma técnica de integração do Direito e passa a ser uma espécie de norma jurídica (DIDIER, 2015), sendo que a doutrina do novo CPC mantém em seu dogma todos os princípios processuais do CPC ainda em vigor e, não bastasse a grande quantidade, anuncia ainda outros novos, princípios e subprincípios.

É complexo saber se, no direito processual civil brasileiro, determinado princípio se abstrai do Código ou da Constituição, quando não em ambos, de sorte que um mesmo caso concreto judicializado abre caminho recursal, em tese, tanto para a corte constitucional como para a infraconstitucional - STF e STJ, respectivamente - tal como visto neste artigo.

Todo esse emaranhado de normatividade, pois, não tem o condão de simplificar o sistema processual, pelo contrário. Um dos novos princípios, por exemplo, é o do *autorregramento da vontade do processo* (HUMBERTO Jr., 2015), que permitirá aos litigantes flexibilizar o procedimento e, nisso, torná-lo, sob certo ponto de vista, mais complexo, afinal, a quebra da complexidade é paradoxal, pois também cria complexidade. O Direito é autopoiético (LUHMANN, 2004).

O novo CPC reconhece, já no primeiro dispositivo, a força normativa da Constituição Federal³¹, que é recheada de princípios; também consagra de forma expressa a

³¹ Art. 1º 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.

proporcionalidade e a razoabilidade³², que servem de mecanismo de solução quando ocorre colisão entre princípios, quanto às normas que irradiam, diante do fato deduzido em juízo.

É claro que são princípios com importante função na atividade jurisdicional, pois vivemos numa evolução social constante, acelerada e dinâmica, que vai assumindo multiformas, sobretudo no vasto território brasileiro, de modo que as regras não alcançam o fato social e, assim, o juiz tem nos princípios conceitos mais abrangentes para aplicar o direito à questão judicializada.

O problema é que a racionalidade necessária nessa tarefa é igualmente trajeto amplo, dando margem a múltiplos entendimentos, ao sabor e sentido do julgador³³, sendo que, até a formação de jurisprudência, a dinâmica social já não é acompanhada também pela dinâmica jurisdicional, devido à morosidade judiciária.

Fredie Didier adverte, acerca do que a doutrina vem chamando de neoconstitucionalismo, neoprocessualismo ou formalismo valorativo, sobre os abusos³⁴, excessos e incompreensões que o oba-oba (SARMENTO, 2009) em torno dessas transformações tem causado.

A insegurança jurídica no Brasil atualmente é avassaladora. É certamente um dos motivos do novo CPC. Nada mais é nítido. Nos resta ter a esperança, porém, se a tutela de evidência, prevista no artigo 311 do novo CPC, terá eficácia contra a Fazenda Pública, a fim de se ver uma brecha na sua armadura e, assim como Davi, derrubar esse Golias.

É bastante perigoso para a *segurança jurídica* - um elevado valor para nosso Estado Democrático de Direito – autorizar julgamentos essencialmente principiológicos, sem a devida densidade normativa, pois permite o decisionismo, uma escolha do julgador do sentido de seu julgamento, pautado em razões ideológicas próprias e não no direito positivo.

³² Art. 8º Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência.

³³ “A crítica ao positivismo literalista na aplicação das normas não nos leva ao extremo oposto, que é uma nova forma de discricionariedade/decisionismo judicial: agora não mais quando há lacuna/antinomias, mas em qualquer caso”. (HUMBERTO Jr., 2015, p. 62)

³⁴ Os abusos e incompreensões revelam-se basicamente em uma postura de supervalorização dessas “novidades”: a) supervalorizam-se as normas-princípio em detrimento das normas-regra, como se aquelas sempre devessem preponderar em relação a essas e como se o sistema devesse ter mais normas-princípio do que normas-regra, ignorando o importantíssimo papel que as regras exercem no ordenamento jurídico: reduzir a complexidade do sistema e garantir segurança jurídica; b) supervaloriza-se o Poder Judiciário em detrimento do Poder Legislativo, em grave prejuízo à democracia e à separação dos poderes; c) supervaloriza-se a *ponderação* em detrimento da *subsunção*, olvidando que a subsunção é método bem adequado à aplicação das normas-regra, de resto as espécies normativas mais abundantes no sistema. (DIDIER Jr., 2015, p. 42)

REFERÊNCIAS

BARBOSA, Ruy. (2003) *Oração aos Moços*. São Paulo: Ed. Papagaio.

BRASIL. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. *Código de Processo Civil*.

_____. Lei nº 9.494, de 10 de setembro de 1997. *Disciplina a aplicação da tutela antecipada contra a Fazenda Pública*

_____. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. *Código de Processo Civil*

Código de Processo Civil : anteprojeto / Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil. – Brasília : Senado Federal, Presidência, 2010.

DIDIER JR., Fredie. (2015) *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 17. ed. Salvador: Jus Podivm.

DONIZETTI, Euplídio. (2012) *Curso didático de direito processual civil*. São Paulo: Atlas.

GRECO FILHO, Vicente. (1989) *Tutela constitucional das liberdades*. São Paulo: Saraiva.

GRINOVER, Ada Pellegrini. (2009) *Teoria Geral do Processo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros.

HABERMAS, Jürgen. (1981) *Tendências da jurisdicização*. Tradução de um capítulo de Habermas, *Theorie des kommunikativen Handelns – Band 2 -zur Kritik der funktionalista, Frankfurt am Miam, Suhrkamp*.

LUHMANN, Niklas. (2004) *Do sistema social à sociologia jurídica*. In: ARNAUD, André-Jean e LOPES JR., Dalmir (org.). Tradução: Dalmir Lopes Jr., Daniele Andréia da Silva Mão e Flávio Elias Riche. Rio de Janeiro: Lumen Juris.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. (2015) *Novo curso de processo civil: teoria do processo civil*, vol. I – São Paulo: Revista dos Tribunais.

MIRANDA NETTO, Fernando Gama de. (2008) *Ônus da prova no direito processual público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. (2006) *Reforma do CPC*. São Paulo: RT.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. (2012) *Direito processual civil contemporâneo: Teoria Geral do Processo* – São Paulo: Saraiva.

SARMENTO, Daniel. (2009) *O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades – leituras complementares de Direito Constitucional – Teoria da Constituição*. Marcelo Novelino (org.). Salvador: Jus Podivm.

SILVA NETO, Francisco Antônio de Barros. (2010) *A Improbidade Processual da Administração Pública e sua Responsabilidade Objetiva pelo Dano Processual*. Rio de Janeiro: Lumen Juris.

STRECK, Lenio Luiz. (2010) *O que é isto: decido conforme minha consciência?* Porto alegre: Livraria do Advogado.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. (2015) *Curso de direito processual civil – Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum – vol. I*. 56. ed. rev. atual. e ampl. - Rio de Janeiro: Forense.

THEODORO JR., Humberto *et al.* (2015) *Novo CPC – Fundamentos e sistematização*. 2. ed. rev. e ampl. - Rio de Janeiro: Forense.