7. A tutela cautelar e o Poder Público

A efetividade da tutela jurisdicional, como garantia constitucional de todas as pessoas, impõe a admissibilidade da tutela cautelar também contra a Administração Pública, naquelas situações em que haja risco de dano irreparável ao direito pleiteado. Não fosse assim, sucumbiria o particular diante do Poder Público, ainda que, a final, seu direito viesse reconhecido em sede jurisdicional.

Não há razão para que a efetividade da tutela constitua garantia constitucional de direitos frente aos particulares e não em face do Estado. A proteção é única, motivo pelo qual não se justificam restrições infraconstitucionais à concessão de tutela cautelar contra a Administração.[[1]](#footnote-1)

Também aqui o provimento cautelar pode assumir caráter meramente conservativo ou antecipatório. Necessário atentar, entretanto, para os limites da atividade jurisdicional frente à Administração, visto que também incidirão eles no tocante à tutela cautelar, especialmente a antecipatória.[[2]](#footnote-2)

São inócuas, por inconstitucionais, as vedações genéricas à concessão de liminares, pois violam frontalmente a garantia constitucional da efetividade da tutela jurisdicional.

A tutela cautelar, como componente inafastável da tutela jurisdicional, tem assegurada em sede constitucional sua inclusão no sistema processual. Dela depende a efetividade da proteção jurisdicional dos direitos.[[3]](#footnote-3)

Ainda que possa ocorrer, de forma legítima, a supressão da liminar incidental, em procedimento cognitivo, não se admite a eliminação completa do mecanismo. As portas da Justiça devem estar sempre abertas para quem necessitar de medida urgente, destinada a assegurar a efetividade do provimento, sob pena de caracterizar-se a violação constitucional apontada. E, por isso, as supressões acabam sendo inócuas, pois sempre haverá a possibilidade de, mediante procedimento autônomo, obter-se a medida.[[4]](#footnote-4)

Há quem entenda em sentido contrário, pois a liminar é que sofreria suspeita de inconstitucionalidade, visto representar a invasão da esfera jurídica do réu, sem as garantias do devido processo legal. O direito à liminar ou à antecipação não seria direito das partes constitucionalmente assegurado.

Mesmo os defensores dessa posição, todavia, reconhecem que, nas hipóteses em que inexista outra forma de obter a tutela jurisdicional de forma útil e efetiva, o direito à antecipação encontra amparo em sede constitucional.[[5]](#footnote-5)

Não obstante tais considerações, por força do efeito vinculante da liminar referida na nota 74, agora confirmada pelo julgamento definitivo da ADC, inadmissível a concessão de tutela antecipada nas hipóteses versadas na lei 9.494, de 10.9.97.[[6]](#footnote-6) Resta ao intérprete aplicar restritivamente a regra, limitando seu alcance às hipóteses estritamente mencionadas, como já vêm fazendo, aliás, o próprio Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça.[[7]](#footnote-7)

1. . Cfr., no direito italiano, com ampla indicação das hipóteses em que restrições dessa ordem foram enfrentadas pela jurisprudência, Gianluca Navarrini, “I provvedimenti di urgenza”, pp. 386 e ss. A admissibilidade da tutela cautelar contra a Administração assume na Itália importância fundamental, pois lá inexiste instituto semelhante ao mandado de segurança brasileiro, em que se admite a antecipação liminar da tutela pleiteada. Mas mesmo aqui a questão não é despida de interesse prático, visto que limitado o campo de atuação do mandado de segurança, que exige direito líquido e certo. V. tb. Vittorio Gasparini Casari, *Introduzione allo studio* *della tutela cautelare nei confronti della P. A.*, pp. 185 e ss. [↑](#footnote-ref-1)
2. . Cfr., a respeito, Gianluca Navarrini, “I provvedimenti di urgenza”, pp. 400 e ss., que conclui: “Per quanto riguarda i limiti di ammissibilità della tutela provvisoriamente anticipatoria, essi sono legati al tipo di provvedimento di merito possibile” (p. 405). Montesano não admite seja a tutela cautelar concedida contra a Administração Pública, pois, no direito italiano, a jurisdição civil visa a atuar apenas direitos subjetivos. E a ação cautelar não tem por fundamento fatos lesivos a direitos subjetivos. A tutela cautelar não assegura proteção a uma situação substancial (cfr. “Processo civile e pubblica amministrazione”, pp. 137-140). Ocorre que, sem essa via urgente e provisória, o direito do particular contra o Poder Público pode, muitas vezes, sofrer lesão irreversível, o que comprometeria a efetividade da garantia constitucional do acesso à ustiça. No Brasil a questão ressurgiu em razão da adoção da tutela antecipada genérica pelo legislador processual (CPC, art. 273). Vem prevalecendo a posição de que o regime da tutela antecipada é aplicável às pessoas jurídicas de direito público, com as restrições legais em vigor (cfr. Teori Albino Zavascki, *Antecipação da tutela*, pp. 159-178; Marinoni, *A antecipação da tutela*, pp. 314-324). A solução não poderia ser outra, pois a medida é corolário natural da garantia constitucional à efetividade da tutela jurisdicional. Presentes os requisitos legais e inexistindo óbice legítimo à concessão, não há motivo plausível para excluir de seu âmbito o Poder Público. Já se admitiu a antecipação da tutela, para determinar a suspensão de multa, ante a reversibilidade do provimento (AI 33.833-5-SP, TJSP, 7a Câm. Direito Público, Rel. Des. Albano Nogueira, j. 26.5.97). Contra: Antônio Raphael Silva Salvador, *Da ação monitória*, pp. 68-70. [↑](#footnote-ref-2)
3. . O direito comunitário europeu determina a não aplicação de regras internas que representem obstáculo ou limite à tutela cautelar (cfr. Modestino Acone, “Diritto e processo nelle procedimenti di aggiudicazione”, p. 348). [↑](#footnote-ref-3)
4. . Cfr. Marcelo Lima Guerra, *Estudos sobre o processo cautelar*, pp. 91-92. No Brasil inúmeras regras proíbem ou limitam a concessão de liminares contra o Poder Público. A medida provisória 1.570-5, de 21.8.97 (*DOU* 22.8.97), renovou a extensão das restrições para a tutela antecipada. Luiz Rodrigues Wambier conclui pela inconstitucionalidade de todas essas medidas restritivas, pois “as liminares compõem o conjunto de medidas processuais que, por sua vez, integram a garantia do devido processo legal, da inafastabilidade do controle jurisdicional e do amplo contraditório” (“Liminares: alguns aspectos polêmicos”, p. 160). No mesmo sentido Sérgio Seiji Shimura, “A eficácia das medidas liminares”, pp. 109 e ss., e Luiz Alberto Gurgel de Faria, “A limitação das liminares”, pp. 284 e ss., este último afirmando que todos os diplomas legais impedindo a concessão de liminares são inconstitucionais, pois impedem “o direito à tutela jurisdicional adequada, violando, em corolário, o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional” (p. 291). Em relação à garantia constitucional da tutela antecipada, inclusive contra o Poder Público, cfr. Luiz Guilherme Marinoni, *A antecipação da tutela*, pp. 155 e ss. A tutela antecipada contra a Fazenda Pública, hoje disciplinada pelo art. 1o da lei n. 9.494, de 10.9.97: *a*) só pode ser executada após o trânsito em julgado da sentença, cujos efeitos são suspensos pelo reexame necessário (v. arts. 5o, parágrafo único, e 7o, da lei n. 4.348, de 26.6.64); *b*) não pode ser concedida para pagamento de vencimentos e vantagens pecuniárias a servidor público (lei n. 5.021, de 29.6.66, art. 10, § 4o); *c*) não incide sobre situações em que haja vedação legal para o mandado de segurança, está sujeita ao reexame necessário com efeito suspensivo se versar vencimentos ou reclassificação funcional e pode ser cassada pelo Presidente do Tribunal (lei n. 8.437, de 30.6.92, arts. 1o, 3o e 4o). Além de dificultar, e até afastar a incidência da tutela antecipada contra a Fazenda, o legislador procura beneficiá-la com a previsão expressa da medida nas ações rescisórias em que figura como autora, contentando-se com a plausibilidade do direito (lei n. 8.437/92, art. 5o, com a redação dada pela Medida Provisória n. 1.632, de 12.2.98). As medidas restritivas da tutela jurídica são absolutamente inócuas. Se presentes os requisitos legais à concessão da tutela antecipada (CPC, art. 273), denegá-la implica violação ao princípio constitucional do acesso à justiça, como já visto. Por isso, as regras são inconstitucionais. Já se os requisitos não forem preenchidos – e a não incorporação imediata em folha de pagamento de atrasados, equiparações salariais ou reclassificações dificilmente causaria dano irreparável ao autor – a antecipação não pode ser concedida e tais normas serão desnecessárias. Mas, repito, caso se verifique situação em que o pagamento de vantagem, em sede de tutela antecipada, se revele imprescindível à efetividade da tutela final, não se pode afastar a providência, sob pena de ofensa à garantia constitucional de acesso ao mecanismo estatal de solução de controvérsias. O dispositivo em exame foi objeto de ação declaratória de constitucionalidade (ADC-4) e o Min. Sydney Sanches, relator do processo, entendeu possível a concessão de liminar, para suspender a eficácia de decisões judiciais concessivas de tutela antecipada. Votaram contra apenas os Ministros Marco Aurélio e Ilmar Galvão. O julgamento foi concluído em 1.10.08 e, por 10 votos a 1, confirmou-se a constitucionalidade da referida lei. Votou vencido apenas o Min. Marco Aurélio. Para exame mais aprofundado do tema, inclusive com análise da Medida Provisória 1.984-17, de 4.5.00 (atual Medida Provisória 2.102-27, de 26.1.01), cujo art.2o-B, parágrafo único, reitera a vedação das tutelas de urgência satisfativas contra o Poder Público, cfr. os excelentes trabalhos de Cassio Scarpinella Bueno, *Execução provisória e antecipação da tutela*, pp. 206 e ss., bem como *O Poder Público em juízo*, pp. 157 e ss. Sustenta o autor que o óbice não atinge as medidas conservativas, para ele as verdadeiras e ontológicas cautelares. Conclui, ainda, pela inconstitucionalidade da regra, ante o disposto no artigo 5o, inciso XXXV, da Constituição Federal, não obstante o efeito vinculante da liminar acima referida. Já se decidiu que a remessa obrigatória, prevista no art. 475, II, do Código de Processo Civil é incompatível com o instituto da tutela antecipada, cujo escopo é “justamente, a antecipação dos atos de execução” (TRF, 4a R., *DJU* 1.12.99, p. 812). V. tb. Paulo Henrique dos Santos Lucon, *Eficácia das decisões*, pp. 259-267, Eduardo Talamini, “Nota sobre as recentes limitações legais”, pp. 125 e ss. e Carlos Augusto Assis, *A antecipação da tutela*, pp. 194-198; Marcos Destefenni, *A natureza constitucional da tutela de urgência*, pp. 300 e ss. Fundamental, ainda, exame do acórdão proferido pela C. 7a Câm. de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, no AI 081.168.5/7, j. 9.9.98, relatado pelo eminente processualista, Des. Sérgio Pitombo, em que se admitiu a tutela antecipada contra a Fazenda Pública, versando obrigação de fazer, consistente no tratamento de paciente com Aids. Afastou-se expressamente a incidência da legislação específica, porque não aplicável, desconsiderando-se eventual irreversibilidade, em função dos valores em conflito. No mesmo sentido, v. REsp. 144.656-ES, STJ, 2a T., Rel. Min. Adhemar Maciel, *DJU* 27.10.97. Admitindo a tutela antecipada contra o Poder Público apenas em caso de dívida alimentícia, REsp. 174.582-RJ, STJ, 1a T., Rel. Min. Garcia Vieira, j. 1.9.98, v.u. Por ausência de perigo de lesão irreversível, negou-se a medida para o fim de admitir compensação tributária (REsp. 137.423-SC, STJ, 1a T., Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, *DJU* 15.12.97). V. tb. decisão proferida pelo Min. Celso de Mello, na Rcl 1.749-4, *DJU* de 14.12.00, admitindo a antecipação de tutela contra a Fazenda Pública, porque concedida em situação não abrangida pelo art. 1o da lei 9.494/77. [↑](#footnote-ref-4)
5. . A ressalva é feita por Calmon de Passos: “A única hipótese em que se me afigura não poder a lei evitar a proteção liminar é aquela em que a sua proibição ou não concessão significará, sem sombra de dúvida, tornar impossível a futura tutela definitiva. Aqui, dois valores constitucionais conflitam. O da efetividade da tutela e o do contraditório e ampla defesa. Caso a ampla defesa ou até mesmo a simples citação do réu importe certeza da ineficácia da futura tutela, sacrifica-se, provisoriamente, o contraditório, porque recuperável depois, assegurando-se a tutela, que, se não antecipada, se faria impossível no futuro. Cuida-se da aplicação do princípio da proporcionalidade, que impõe sacrifício de um bem jurídico que, se não tutelado de pronto, será definitivamente sacrificado” (cfr. “Da antecipação da tutela”, p. 189). [↑](#footnote-ref-5)
6. . Por isso, ao julgar situação regulada pela lei n. 9.494, por estar impedido de adotar a alternativa a meu ver correta, acatei a orientação vinculante: “A lei n. 9.494, de 10.9.97, impôs restrições à concessão de tutela antecipada, entre as quais está o pagamento de vantagens pecuniárias a servidor público (art. 1o c.c. lei n. 5.021, de 9.6.66, art. 1o e § 4o). Liminar concedida pelo Colendo Supremo Tribunal Federal, na ADCMC-4-DF, suspendeu *ex nunc* e com efeito vinculante, a possibilidade de o julgador deixar de aplicar essa regra, porque supostamente inconstitucional (*DJU* de 21.5.99, p. 2). Diante dessa premissa, ainda que controvertida a matéria em sede doutrinária, não há alternativa senão atender a determinação da Suprema Corte. Como a r. decisão agravada gera efeitos vedados pela norma referida, não pode prevalecer, ressalvado o entendimento pessoal do relator” (AI 283.682.5-5, Campinas, TJSP, 1a C. Dir. Públ., j. 5.11.02, v.u.; v, tb., AI 294.126.5-4, São Paulo, TJSP, 1a Câm. Dir. Públ., j. 3.12.02, v.u. [↑](#footnote-ref-6)
7. . Além de admitir, em tese, a antecipação da tutela contra pessoas jurídicas de direito público (REsp 144.656-ES), o Superior Tribunal de Justiça tem atenuado as restrições estabelecidas na lei 9.494/97, em situações excepcionais envolvendo bens socialmente relevantes, como vida e saúde (AgRg no Ag 503.664-RJ, Ag no REsp. 397.275-SP, REsp 447.668-MA). Também o Supremo Tribunal Federal, não obstante reconhecer a constitucionalidade da lei em questão, concluiu pela inaplicabilidade da ADC-4 à antecipação da tutela em causa de natureza previdenciária (Súmula 729). No mesmo sentido, Rcl.AgR 5207, Relator Ministro Ricardo Lewandowski, em 14/10/2009. Nessa mesma linha, v. ADI 4296-DF. [↑](#footnote-ref-7)