

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
DEPARTAMENTO DE DIREITO PRIVADO E PROCESSO CIVIL

Leonardo Diedrich Mocellin

A TÉCNICA ANTECIPATÓRIA EM FACE DO PODER PÚBLICO

Porto Alegre

2013

Leonardo Diedrich Mocellin

A TÉCNICA ANTECIPATÓRIA EM FACE DO PODER PÚBLICO

Trabalho de conclusão de curso apresentado como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito pelo curso de graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul

Orientador: Professor Doutor Klaus Cohen-Koplin

Porto Alegre

2013

Leonardo Diedrich Mocellin

A TÉCNICA ANTECIPATÓRIA EM FACE DO PODER PÚBLICO

Trabalho de conclusão de curso apresentado como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito pelo curso de graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul

Orientador: Professor Doutor Klaus Cohen-Koplin

Aprovado pela Banca Examinadora em ____ de dezembro de 2013.

BANCA EXAMINADORA:

Prof. Dr. Klaus Cohen-Koplin
(Orientador)

Prof. Dr. Daniel Mitidiero
(Membro da Banca Examinadora)

Prof. Dr. Sérgio Luís Wetzel de Mattos
(Membro da Banca Examinadora)

AGRADECIMENTOS

*Aos meus pais, José Mocellin e Maria Elisa
Diedrich Mocellin, por tudo.*

*Aos Professores Daniel Mitidiero, Sérgio
Mattos e Klaus Cohen-Koplin, pelas lições.*

RESUMO

O presente trabalho objetiva analisar e compreender o cabimento atípico, no âmbito da atuação do Poder Público em juízo, da técnica antecipatória instituída nos artigos 273 e 461, §3º, do Código de Processo Civil. Propõe-se a demonstrar que as prerrogativas processuais conferidas às pessoas jurídicas de direito público, em especial as restrições legais à concessão de liminares em seu desfavor, se interpretadas na perspectiva do direito fundamental à tutela jurisdicional adequada, efetiva e tempestiva, não obstam a que a tutela jurisdicional do direito seja antecipada em face do Estado. Para tanto, em um primeiro momento, procede-se à contextualização e à caracterização da técnica antecipatória, com ênfase em seu assento constitucional e em seu perfil funcional. Em um segundo momento, apresenta-se o direito processual público e coloca-se em xeque o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular. Adentra-se, então, na polêmica que o tema suscitou quando do advento da generalização da antecipação da tutela no sistema processual civil, para analisar a inconstitucionalidade das regras restritivas à concessão de provimentos antecipatórios contra o Poder Público, com amplo exame jurisprudencial.

Palavras-chave: Antecipação da tutela. Direito fundamental à tutela adequada, efetiva e tempestiva. Fazenda Pública. Prerrogativas processuais.

RIASSUNTO

Il presente studio ha l'obiettivo di analizzare e comprendere l'accettazione atipica, durante l'attuazione del Potere Pubblico nel giudizio, della tecnica anticipatoria prevista dagli articoli 273 e 461, comma 3, del Codice di Procedura Civile. Ci si propone di dimostrare che le prerogative processuali conferite alle persone giudiche del diritto pubblico, specialmente le restrizioni legali alla concessione di ingiunzioni non favorevoli, se interpretate nella prospettiva del diritto fondamentale alla tutela giurisdizionale adeguata, effettiva e tempestiva, non evitano che la tutela giurisdizionale del diritto sia anticipata davanti allo Stato. Pertanto, in un primo momento, si procede alla contestualizzazione ed alla caratterizzazione anticipatoria, con enfasi nel suo ruolo costituzionale e nel suo profilo funzionale. In un secondo momento si presenta il diritto processuale pubblico e si colloca in dubbio il principio della supremazia dell'interesse pubblico su quello individuale. Ci si addentra, allora, nella polemica che il tema ha suscitato in merito all'arrivo della generalizzazione dell'anticipazione della tutela nel sistema processuale civile, per analizzare l'incostituzionalità delle regole restrittive alla concessione di provvedimenti anticipatori contro il Potere Pubblico, con ampio esame giurisprudenziale.

Parole chiave: Anticipazione di tutela. Diritto fondamentale alla tutela adeguata, effettiva e tempestiva. Potere Pubblico. Prerogative processuali.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	9
2. DO ESTADO LIBERAL AO ESTADO CONSTITUCIONAL. A ATIPICIZAÇÃO DA TÉCNICA ANTECIPATÓRIA	11
2.1 O processualismo. A ordinaryidade e a tutela-padrão dos direitos	11
2.2 O direito fundamental à tutela jurisdicional adequada, efetiva e tempestiva dos direitos....	17
2.3 A técnica antecipatória. A tutela de urgência e a tutela da evidência	29
3. A FAZENDA PÚBLICA. O ÓBICE DAS PRERROGATIVAS PROCESSUAIS.....	37
3.1 A Fazenda Pública e as prerrogativas processuais	37
3.2 A desconstrução do princípio da supremacia do interesse público sobre o particular	43
3.3 As restrições legais à viabilidade da técnica antecipatória	54
4. CONCLUSÕES.....	67
REFERÊNCIAS	70

1. INTRODUÇÃO

A mais revolucionária modificação introduzida no Código de Processo Civil brasileiro (CPC) de 1973 é, sem dúvida, aquela que emprestou nova redação aos artigos 273 e 461, §3º, universalizando a técnica antecipatória. Por meio da Lei nº 8.952/94, principia-se o rompimento da tradicional dicotomia, no interior do processo, entre cognição e execução e, retoma o processo cautelar o desempenho da função que lhe é própria. Surge a alteração num contexto amplo de reformas do CPC, como consequência de uma postura doutrinária insatisfeita com os resultados da atividade jurisdicional.

Foi-se o tempo em que o processo civil se encontrava absorto em conceitos puros e em estruturas dogmáticas desvinculadas da realidade social. À tentativa de isolamento justificada pela busca de autonomia científica contrapõe-se a necessidade atual de o processo se reaproximar do direito material, sem perda de identidade. Ora, o processo é instrumento de realização dos direitos e não importa um fim em si mesmo.

Nesse sentido, a técnica antecipatória constitui o mecanismo de distribuição do ônus do tempo do processo idealizado para contornar a crise de efetividade instalada sobre a Justiça Civil brasileira. Com ela, permite-se ao Estado-juiz adiantar à parte, em decisão fincada em cognição sumária, a tutela jurisdicional do direito que seria prestada somente ao final. É instituto, portanto, concebido já sob o influxo do Estado Constitucional e que se propõe a atender diretamente aos comandos do art. 5º, XXXV e LXXVIII, da Constituição.

O presente trabalho pretende analisar a técnica antecipatória sob um ângulo bem específico de que a literatura jurídica se ressentir de maiores estudos: compreender o seu cabimento em face do Poder Público, visualizando os óbices que se tem apontado ao manejo do instituto na espécie, com especial atenção às restrições legais existentes no Direito positivo. Sob a perspectiva do direito fundamental à tutela jurisdicional adequada, efetiva e tempestiva, é irracional pensar que a Fazenda Pública, cuja atuação em juízo envolve um conjunto de prerrogativas não extensíveis ao particular, escape à incidência dos resultados benfazejos que a técnica antecipatória propicia ao cidadão.

Para tanto, o trabalho se dividirá em duas partes. Em um primeiro momento, procede-se à contextualização e à caracterização da técnica antecipatória, com ênfase em seu assento constitucional e em seu perfil funcional. Objetiva-se aqui uma abordagem genérica, porém indispensável às conclusões sobre o objeto da pesquisa. Nesta primeira parte, por exemplo, decompõe-se o direito fundamental à tutela jurisdicional adequada, efetiva e tempestiva; precisam-se alguns conceitos teóricos, como o de tutela jurisdicional, o de tutela do direito e o

de técnica processual; apresentam-se, outrossim, os pressupostos que ensejam a antecipação da tutela.

Em um segundo momento, a partir dos referenciais alcançados na primeira parte, avança-se sobre a atuação da Fazenda Pública em juízo, apresentando-lhe o conceito. Uma vez desconstruído o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular, adentra-se na polêmica que a técnica antecipatória suscitou quando de sua generalização no sistema processual civil. É que não foram poucas as tentativas de se esvaziar a potencialidade da antecipação da tutela para contrastar atos do Poder Público. Analisa-se, ainda, a inconstitucionalidade das regras restritivas à concessão de provimentos antecipatórios, com amplo exame jurisprudencial.

Por fim, não se almeja, por óbvio, o esgotamento do tema, que se volta para o passado, mas que naturalmente continua despertando inquietações no ânimo daqueles que litigam contra o Poder Público.

2. DO ESTADO LIBERAL AO ESTADO CONSTITUCIONAL. A ATÍPICIZAÇÃO DA TÉCNICA ANTECIPATÓRIA

Para perquirir a respeito da viabilidade e da conformação da antecipação da tutela em face do Poder Público, faz-se necessário, como parece óbvio, compreendê-la preliminarmente em seus aspectos fundamentais. É preciso, antes de tudo, situar essa antiga novidade no ordenamento jurídico, a partir de suas raízes, e caracterizá-la a partir do seu assento constitucional e da função que desempenha no processo. Somente a partir daí é que o terreno estará aplainado para receber a perspectiva proposta, de direito processual “*público*”. Ainda que presente a peculiaridade de o problema a ser respondido se voltar, em grande medida, para o passado, pois a polêmica das liminares em desfavor da Fazenda Pública já não mais aparece tão acesa na doutrina e na jurisprudência, proceder-se-á à investigação do tema proposto com lentes hodiernas, atentando para os avanços no plano da relação processo-constituição.

2.1 O processualismo. A ordinariedade e a tutela-padrão dos direitos

O processo civil alcançou foros de autonomia a partir da busca incessante de extremá-lo do direito material. Atribui-se à obra “*A teoria das exceções processuais e os pressupostos processuais*” (1868), do jurista alemão Oskar Bülow, o marco a partir do qual o direito processual deixa de ser considerado um mero penduricalho do direito material. Até a sua compreensão como abstrata relação jurídica de direito público, desenvolvida de modo progressivo entre Estado-juiz e partes conforme presentes pressupostos processuais de existência e validade, o processo era entendido como uma sucessão concatenada de atos dirigida ao fim de realizar o direito subjetivo violado. Para essa visão que equiparava os conceitos de processo e de procedimento, correspondente à fase metodológica do *praxismo* ou do *sincretismo*, só há ação se o direito material é reconhecido ao autor.¹ Em outras palavras: o “adjetivo” não tem existência própria sem um “substantivo” a que se reporte. Em que pese o nascimento da ciência processual, a passagem do *praxismo*, de cariz privatista, ao *processualismo*, de viés publicístico,² deu-se não sem indesejável consequência: a autonomia

¹ Para um amplo exame das diversas fases metodológicas do direito processual civil, consulte-se MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. 2ª ed. São Paulo: Editora RT, 2011, p. 32 *et seq.*

² O compromisso único da jurisdição com a proteção dos direitos subjetivos violados dá lugar à idéia de função de defesa ao *direito objetivo*, principiando a *publicização* do processo civil. A teoria chiovendiana de jurisdição como função declaratória voltada à atuação da vontade concreta da lei desenvolve essa concepção pública de

então propugnada, confundida com *neutralidade*, custaria caro ao resultado que se espera do processo, de efetiva tutela dos direitos.³

Como não se ignora, as construções doutrinárias do final do século XIX e do início do século XX tecnicizaram o direito processual ao ponto de neutralizá-lo, isto é, de afastá-lo completamente dos domínios da cultura.⁴ É dizer: propunha-se um processo civil *atemporal*.⁵ Nessa quadra, aduz Mitidiero que o propósito de Bülow, depois transportado para a escola histórico-dogmática italiana pelas mãos de Chiovenda, foi o de expurgar “tudo que não era estritamente jurídico (isto é, normativo) da construção de seu objeto de pesquisa”, assim como de expurgar “do estudo do processo toda e qualquer referência ao direito material”.⁶

É certo que o Estado Liberal próprio desse período apoiava-se na igualdade formal de todos os bens e de todos os sujeitos perante a lei. Tal igualdade se exprimiu no processo por meio de sua total indiferença às diferenciadas situações substanciais carentes de proteção, de modo a permitir que se universalizasse o *procedimento ordinário*, alçado à categoria de mito por Marinoni.⁷ Insista-se: o *processualismo* do Estado Liberal renuncia ao acompanhamento da realidade social, em favor da perpetuação do ambiente em que inserido, oitocentista, marcadamente preocupado em nulificar o poder do juiz e em encastelá-lo no “mundo jurídico”, ante a fundada suspeita de conluio da toga com o Antigo Regime.⁸ Não é por acaso que as sentenças atuavam unicamente no *plano normativo* (classificação ternária). Essa postura neutra e avolitiva do Estado-juiz pressupõe o abandono de qualquer *sumariedade*

processo, conforme anota MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. 4ª Ed. São Paulo: Editora RT, 2010, p. 34-37.

³ MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. 3ª Ed. São Paulo: Editora RT, 2010, p. 44.

⁴ MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. 2ª ed. São Paulo: Editora RT, 2011, p. 26. Como advertem Alvaro de Oliveira e Mitidiero, “se o direito não pertence à cultura, e pode ser teorizado no modelo epistemológico das ciências exatas, então os institutos de direito processual são invariavelmente institutos desligados da realidade social e válidos em qualquer contexto social” (OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Processo Civil*: v.1. São Paulo: Atlas, 2010, p. 14).

⁵ MITIDIERO, Daniel. *O processualismo e a formação do Código Buzaid*. Revista de Processo. São Paulo: Editora RT, n. 183, maio de 2010, p. 169.

⁶ MITIDIERO, Daniel. *O processualismo e a formação do Código Buzaid*. Revista de Processo. São Paulo: Editora RT, n. 183, maio de 2010, p. 169.

⁷ “Demais, não é possível ignorar que não basta um único tipo de procedimento para todas as situações de direito material. O mito da uniformidade procedimental, ou da idéia da suficiência de um único procedimento para todas as situações de direito substancial, deriva da tentativa de eliminar a influência do direito material sobre o direito processual, especialmente quando se inicia a construção da doutrina processual moderna - de que é exemplo o trabalho de Chiovenda sobre o conceito de ação -, tentando-se isolar a ação e os procedimentos de qualquer vestígio do direito material” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. 4ª Ed. São Paulo: Editora RT, 2010, p. 222).

⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. 3ª Ed. São Paulo: Editora RT, 2010, p. 30 et seq.

material,⁹ o que implica submeter todos os direitos à marcha de um procedimento padrão e moroso, formal e materialmente ordinário.

O propósito de garantir a liberdade e a segurança dos cidadãos pela subtração do poder de *imperium* do Estado-juiz,¹⁰ que é o poder de emitir ordens e de emprestar força executiva às decisões tal como o fazia o *praetor* romano, traz consigo uma muralha - sobre a qual se erigiu a ordinariedade - entre cognição e execução, esta sempre sucessiva àquela. Com efeito, na perspectiva do Estado Liberal, qualquer interferência sobre o “mundo dos fatos” ligava-se a um anterior provimento condenatório, tomado à base de um conhecimento aprofundado sobre a existência do direito. Vale consignar: somente depois do prévio contraditório¹¹ e de uma ampla produção probatória a lhe oportunizar o alcance da verdade, o Estado-juiz se habilitava a enunciar a “vontade” preexistente do Estado-legislador. Essa jurisdição de tipo *declaratório* (radicada na confusão entre texto e norma) e *repressivo* só foi possível em razão de o Estado Liberal consentir com a “expropriação dos direitos”, na feliz expressão de Marinoni,¹² lançando mão da *tutela ressarcitória pelo equivalente monetário* e da técnica da sentença condenatória para igualar as diferentes exigências do direito material.¹³

A precedência lógica do conhecimento em relação à execução é identificada pelo binômio cognição-execução, correspondente à regra *nulla executio sine titulo*.¹⁴ Para qualquer aproximação ao tema da ordinariedade, importa visualizar como se comporta a cognição dentro do processo.

A cognição pode ser vista em dois planos, segundo tradicional lição de Watanabe: o *horizontal*, ao qual corresponde a *amplitude* ou a *extensão* da matéria a ser trazida para

⁹ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 113-114. Registre-se que não se confundem as sumariedades *formal* e *material*: aquela diz com o procedimento (aceleração da prática dos atos processuais); esta diz com a cognição do juiz, menos aprofundada no sentido vertical.

¹⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. 3ª Ed. São Paulo: Editora RT, 2010, p. 32-33.

¹¹ O direito ao contraditório, no âmbito do Estado liberal, é compreendido como mera bilateralidade de instância ou como binômio conhecimento-reação, ao qual não se submete o Estado-juiz: é simples direito de uma parte conhecer das alegações deduzidas e das provas produzidas pela outra, conferindo-se a possibilidade de, querendo, contrariá-las, como pontuam Marinoni e Mitidiero. SARLET, Ingo Wolfgang *et al.* *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Editora RT, 2012, p. 646-651.

¹² MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória: individual e coletiva*. 5ª Ed. São Paulo: Editora RT, 2012, p. 67.

¹³ MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. 3ª Ed. São Paulo: Editora RT, 2010, p. 45-50.

¹⁴ Entenda-se por título uma sentença condenatória (conclamação ao cumprimento da prestação, sob pena de sanção) ou, excepcionalmente, um ato jurídico a que a lei reconheça previamente força executiva.

apreciação jurisdicional; e o *vertical*, que diz respeito à *profundidade* de análise do órgão julgante a respeito das alegações e das provas produzidas pelas partes.¹⁵

No plano horizontal, a cognição pode ser *limitada* ou *plena*. Será *limitada* quando esse plano sofrer cortes, a fim de excluir determinadas questões da apreciação do juiz, em homenagem à aceleração procedimental: é o que ocorre, por exemplo, na ação de desapropriação, em que há proibição de análise sobre a configuração das hipóteses de utilidade pública.¹⁶ Será *plena*, por outro lado, quando não se fizer qualquer restrição quanto à matéria passível de análise.

No plano vertical, a cognição pode ser *exauriente* ou *sumária*. Será *exauriente* quando se aprofundar sobre o objeto litigioso a partir do debate e da produção da prova, propiciando *probabilidade* mais elevada a respeito da existência ou da inexistência do direito. Será *sumária*, por outro lado, quando se limitar a um exame superficial da controvérsia, em juízo de probabilidade menos elevada ou mesmo de verossimilhança.¹⁷

Cumprе observar que, sob um ângulo endoprocessual, a cognição é um ato prevalentemente *intelectivo* do juiz sobre questões processuais e questões de mérito.¹⁸ Nada obstante, em perspectiva mais ampla, a partir da combinação de suas diferentes modalidades, a cognição pode ser compreendida como *técnica* para criação de procedimentos diferenciados e mais afinados às peculiaridades do direito material. Esse é o mote do clássico trabalho de Watanabe, que vislumbra um verdadeiro *direito à cognição adequada*, pressuposto de um julgamento justo e reconduzível ao direito fundamental ao juiz natural.¹⁹ Em vista da importância do tema, é de rigor transcrever os seus ensinamentos:

É por meio do procedimento, em suma, que se faz a adoção das várias combinações de cognição considerada nos dois planos mencionados, criando-se por essa forma tipos diferenciados de processo que, consubstanciando um procedimento adequado,

¹⁵ A respeito da atividade cognitiva, que recai sobre um trinômio de questões (pressupostos processuais, condições da ação e mérito), é de rigor transcrever o conceito de WATANABE: “a cognição é prevalentemente um ato de inteligência, consistente em considerar, analisar e valorar as alegações e as provas produzidas pelas partes, vale dizer, as questões de fato e as de direito que são deduzidas no processo e cujo resultado é o alicerce, o fundamento do *judicium*, do julgamento do objeto litigioso do processo” (WATANABE, Kazuo. *Cognição no processo civil*. 4ª Ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 67).

¹⁶ O artigo 9º do Decreto-Lei nº 3.365/1941 dispõe que “ao Poder Judiciário é vedado, no processo de desapropriação, decidir se se verificam ou não os casos de utilidade pública”. Limita igualmente a cognição no plano horizontal o artigo 20 do mesmo diploma, ao estatuir que “a contestação só poderá versar sobre vício do processo judicial ou impugnação do preço; qualquer outra questão deverá ser decidida por ação direta”. BRASIL. Decreto-Lei nº 3.365, de 21 de junho de 1941. Planalto. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3365.htm>. Acesso em: 04 set. 2013.

¹⁷ WATANABE, Kazuo. *Cognição no processo civil*. 4ª Ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 118-119.

¹⁸ A cognição jurisdicional não assume caráter exclusivamente lógico. Há nela componentes de caráter não intelectual, com destaque para os fatores *vivencial*, *intuitivo* e *cultural*. WATANABE, Kazuo. *Cognição no processo civil*. 4ª Ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 68-70.

¹⁹ WATANABE, Kazuo. *Cognição no processo civil*. 4ª Ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 71-73.

atendam às exigências das pretensões materiais quanto à sua natureza, à urgência da tutela, à definitividade da solução e a outros aspectos, além de atender às opções técnicas e políticas do legislador. Os limites para a concepção dessas várias formas são os estabelecidos pelo princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional e pelos princípios que compõem a cláusula do “devido processo legal”.²⁰

Já se disse que a concepção de processo no Estado Liberal atendera tão somente a opções políticas e ideológicas pautadas pela igualdade formal. Disso decorreu a instituição de um procedimento de cognição *plena e exauriente* para todos os direitos, apto à solução definitiva do conflito de interesses em razão de o Estado emprestar ao provimento nele lançado a autoridade de coisa julgada.

Veja-se que o procedimento só é ordinário, no dizer de Ovídio A. Baptista da Silva, porque “riscam-se dele todas as decisões liminares (...). A inserção de uma decisão liminar transformaria, por si só, o procedimento de ordinário em especial”.²¹ E qualquer procedimento especial era tido por uma anormalidade do sistema, resquício de direito material sobre o direito processual, injustificável à luz do *processualismo*. Se é certo que a lide social só será composta, de modo definitivo e em toda a sua inteireza, mediante um procedimento que esgote a cognição nos aludidos planos vertical e horizontal; não menos certo é que a proibição de tutela sumária representa uma desigualdade em favor do réu, cuja esfera jurídico-patrimonial permanece intocada mesmo que, já no limiar do processo, não se lhe afigure qualquer possibilidade de resistir com êxito à pretensão processualizada do autor. Curiosamente, a mesma preocupação com a garantia da liberdade e da segurança dos cidadãos sempre fez com que se pensassem procedimentos expeditos - com tutela sumária - para a proteção da posse/propriedade e do indivíduo em face de atos de agentes do Poder Público.

Toda essa linha de pensamento foi importada para o Código Buzaid²² mediante um *esquema padrão* para tutela dos direitos,²³ dividido em três processos com funções ou atividades, *em regra*, puras - conhecer, executar e acautelar.²⁴ Consagrava-se o dogma da

²⁰ WATANABE, Kazuo. *Cognição no processo civil*. 4ª Ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 131.

²¹ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Curso de processo civil: processo de conhecimento*. v.1. 6ª Ed., rev. e atual. de acordo com as leis 10.352, 10.358/2001 e 10.444/2002. São Paulo: Editora RT, 2002, p. 121.

²² A Exposição de Motivos do Projeto do Código de Processo Civil de 1973 não dá margem a qualquer dúvida: “Um Código de Processo é uma instituição eminentemente técnica. E a técnica não é apanágio de um povo, senão conquista de valor universal. (...) Diversamente de outros ramos da ciência jurídica, que traduzem a índole do povo através de longa tradição, o processo civil deve ser dotado exclusivamente de *meios racionais*, tendentes a obter a atuação do direito”. Brasil. Código de processo civil. *Código de processo civil: histórico da lei*. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 1974. v. 1, t. 1, p. 12-13.

Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/177828>>. Acesso em: 04 set. 2013.

²³ MITIDIERO, Daniel. *O processualismo e a formação do Código Buzaid*. Revista de Processo. São Paulo: Editora RT, n. 183, maio de 2010, p. 172.

²⁴ Nada obstante se reconheça que o provimento cautelar engloba as funções de conhecimento e de execução. Daí a insuficiência do critério da atividade desempenhada pelo Estado-juiz para extremar a função cautelar das demais. Como é sabido, o Código Buzaid, por opção legislativa, deferiu à função cautelar a condição de *tertium*

ordinariedade no Brasil. Consoante sublinha Marinoni, o propósito de isolar o processo civil da realidade social “impediu estudos críticos sobre a *performance* do procedimento ordinário”.²⁵ A pretexto de uma falsa neutralidade, o sistema original do CPC promove um *duplo desdém*: primeiro, despreza-se a natureza do direito material afirmado em juízo, cuja *satisfação* ou *conservação* podem não tolerar qualquer espera; segundo, despreza-se a consistência das posições jurídicas assumidas pelas partes no limiar e ao longo do processo, partindo do pressuposto de que o autor não tem razão até a prolação da sentença final, que “põe termo ao processo”, segundo a redação original de seu artigo 162, §1º.

Não se vê, portanto, que a demora do processo sempre beneficia ao réu destituído de razão, que usa indevidamente da coisa demandada ao longo de todo o iter procedimental, colhendo-lhe os frutos. E o que é pior: ao réu que não tem razão ainda assiste a faculdade de dispor livremente do bem da vida durante a litispendência, e nem sempre a sentença de procedência acobertada pela *res iudicata* alcançará o terceiro adquirente da coisa litigiosa que não participou do processo.²⁶ Ignora-se, assim, o fator *tempo*, que representa um verdadeiro custo para as partes. A lição de vanguarda de Ovídio A. Baptista da Silva a respeito da necessidade de distribuir o ônus do tempo do processo é lapidar:

O tempo é ineliminável do processo. Mas o tempo é fundamentalmente um *custo* que deve ser suportado pelas pessoas que demandam a prestação de tutela jurisdicional. A sabedoria do legislador de processo reside na partilha harmoniosa e justa desse *custo* necessário e que não se pode suprimir, representado pelo tempo, de tal modo que ele não sobrecarregue apenas um dos litigantes para o goáudio de seu adversário, que sempre terá no tempo, que onera o outro litigante, o grande aliado com que haverá de contar durante a longa travessia representada pelo *Processo de Conhecimento*.²⁷

É, pois, inegável que o modelo clássico de processo civil mostra-se inadequado às sociedades de massa do século XXI, que exigem, cada vez mais, intervenções enérgicas do Poder Judiciário para a tutela dos direitos. A tutela-padrão condenatória, caracterizada pela

genus, alcançando-lhe um processo próprio ao lado dos processos de conhecimento e de execução. MITIDIERO, Daniel. *Antecipação da tutela: da tutela cautelar à técnica antecipatória*. São Paulo: Editora RT, 2013, p. 33. Importa ainda anotar que a separação das atividades realizadas pelo Estado-juiz em processos autônomos não é absoluta, mesmo na versão original do CPC de 1973, como atestam, *e.g.*, a possibilidade de acolhida de alegações de prescrição e de decadência no bojo do processo cautelar, as exceções de pré-executividade no processo de execução, as ações executivas *lato sensu* no processo de conhecimento e a existência de procedimentos cautelares específicos despidos de natureza cautelar. ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da tutela*. 7ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 9-12.

²⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. 3ª Ed. São Paulo: Editora RT, 2010, p. 62.

²⁶ Como ocorre no caso de alienações sucessivas, em que o alienante imediato igualmente não figura no processo; ou no caso em que a boa-fé socorre ao terceiro adquirente, que desconhece a litigiosidade da coisa. É a posição defendida por Marinoni e Mitidiero. MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Código de processo civil comentado artigo por artigo*. 2ª Ed. rev. e atual. e ampl. São Paulo: Editora RT, 2010, p. 129-130.

²⁷ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Da sentença liminar à nulidade da sentença*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 95.

plenariedade quanto à extensão do objeto cognoscível e pela profundidade de análise e de valoração desse mesmo objeto, não se ajusta aos “novos direitos” de cunho não patrimonial (como os direitos da personalidade e ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, por exemplo) e ao catálogo de direitos fundamentais, em especial ao direito fundamental à tutela jurisdicional *adequada, efetiva e tempestiva*.

Nesse contexto, seja em razão das pressões sociais por um *processo justo* que atenda às transformações operadas na comunidade e às novas necessidades, seja em razão da resistência doutrinária e jurisprudencial ao uso *satisfativo* da ação cautelar inominada, instituiu-se genericamente a antecipação da tutela nos artigos 273 e 461, §3º do CPC, por meio da Lei nº 8.952/1994, principiando o rompimento da tradicional dicotomia entre as funções de cognição e de execução.²⁸ Tal rompimento completar-se-ia com a sistemática de execução *sine intervallo* trazida pela mesma Lei nº 8.952/1994 para as obrigações de *fazer e não fazer*, pela Lei nº 10.444/02 para as obrigações de *entrega de coisa* e pela Lei nº 11.232/05 para as obrigações de *pagar quantia*. Com efeito, no marco do *sincretismo processual*, “o que originalmente era exceção (= a reunião, num único processo, das atividades cognitiva e executiva) é, hoje, a regra; e o que era a regra (= a dispersão dessas atividades por distintos processos) tornou-se exceção”.²⁹

Esclarecido o panorama que ensejou a adoção do instituto da antecipação da tutela no sistema processual, cumpre visualizar o seu fundamento constitucional.

2.2 O direito fundamental à tutela jurisdicional adequada, efetiva e tempestiva dos direitos

O Estado Constitucional no Brasil, que se constrói diariamente a partir da progressiva adesão do povo à cultura constitucional, tem seu marco identificado com a promulgação da Constituição Federal de 1988. Ainda que antes de seu advento doutrina de escol já trabalhasse com a idéia de se visualizar a Constituição como autêntica *norma* jurídica, dotada de eficácia social e de força normativa,³⁰ é a partir da atual experiência constitucional

²⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. 3ª Ed. São Paulo: Editora RT, 2010, p. 81-85.

²⁹ ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da tutela*. 7ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 14.

³⁰ Cuida-se da *doutrina brasileira da efetividade*, movimento acadêmico que objetivou, no plano jurídico, atribuir imperatividade à Constituição, que se torna fonte imediata de direitos e obrigações. Em síntese apertada, demonstra-se que também a Constituição, para além de espelhar a realidade social em que inserida, sobre ela atua prescritivamente. “A efetividade significa, portanto, a realização do Direito, o desempenho concreto de sua função social. Ela representa a materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos legais e simboliza a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o *dever-ser* normativo e o *ser* da realidade social (...). As idéias

que seus múltiplos intérpretes deixam, em larga medida, de encará-la como mera proclamação política voltada a inspirar a atuação do Estado-legislador.

Para debelar esse discurso de promessas em que envolto o constitucionalismo, foi necessário erguer um parágrafo no artigo 5º da Constituição Federal tão somente para explicitar o que mais tarde seria uma (quase) obviedade: as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais não têm por função sugerir, recomendar ou aconselhar;³¹ antes pelo contrário, encerram ordens e mandamentos imediatamente *descritivos* ou *finalísticos*, com aplicabilidade *imediata*.³² Acentua-se, dessa maneira, a *dimensão subjetiva* dos direitos fundamentais, consubstanciada na possibilidade de exigir do Estado que eles sejam não apenas respeitados, mas também – em que pese o dissenso doutrinário – protegidos e promovidos.³³

No âmbito do Estado Constitucional, substitui-se a pauta de legalidade pela de juridicidade,³⁴ e a proeminência até então assumida pelos Códigos dá lugar ao centralismo de uma Constituição “para valer” - para utilizar a expressão de Barroso -,³⁵ cujos princípios se irradiam sobre a totalidade do ordenamento jurídico, submetendo-o a uma filtragem constitucional; e em direção contrária, são albergados na Constituição temas pertencentes a

desenvolvidas nesse capítulo apontam para uma evidência: o Direito existe para realizar-se. O Direito Constitucional não foge a este designio” (BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas – limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 8ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 82 *et seq.*).

³¹ O artigo 5º, §1º da Constituição da República Federativa do Brasil dispõe que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata” (BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.).

³² Adota-se, para os fins deste trabalho, a teoria das normas proposta por Humberto Ávila, para quem há normas de primeiro grau (regras e princípios) e de segundo grau (postulados hermenêuticos e postulados aplicativos). “As regras são normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência, sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte ou nos princípios que lhes são axiologicamente sobrejacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos. Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção” (ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 13ª Ed., rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 85).

³³ Visualizam-se três *deveres* do Estado para com os direitos fundamentais: de não violá-los (respeito), de não deixar que eles sejam violados por terceiros (proteção) e de possibilitar condições para que sejam efetivamente usufruídos (promoção). Nada obstante, controverte-se na doutrina a respeito de se aos deveres de proteção e de promoção corresponderiam *direitos subjetivos* aos titulares de direitos fundamentais, visto que demandam atividades afetas à margem de conformação e de discricionariedade do Estado-legislador e do Estado-administrador, tais como edição de normas jurídicas e realização de prestações fáticas. Para um exame em geral dos direitos fundamentais no Brasil, consulte-se MARMELSTEIN, George. *Curso de direitos fundamentais*. 4ª Ed. São Paulo: Atlas, 2013.

³⁴ MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. 2ª ed. São Paulo: Editora RT, 2011, p. 43-44.

³⁵ BARROSO, Luís Roberto. *A efetividade das normas constitucionais: por que não uma constituição para valer?* In BARROSO, Luís Roberto. *O novo direito constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil*. 2ª reimpressão. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 57-97.

diversos ramos do Direito, de envergadura tipicamente infraconstitucional. Não custa sublinhar que esse fenômeno de mão dupla que Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmiento denominam, respectivamente, de *constitucionalização releitura* e de *constitucionalização-inclusão*³⁶ manifestou-se de modo ubíquo no sistema jurídico brasileiro: inúmeros domínios do Direito são afetados, aí incluídos, à guisa de exemplo, o direito penal, o direito administrativo, o direito civil e, ao que ora mais de perto interessa, o direito processual civil. Sobre este último, a *constitucionalização do processo*, a partir do reconhecimento de uma *dimensão objetiva* aos direitos fundamentais, e a concomitante *processualização da Constituição* impeliram a uma nova teoria processual, que levasse em conta um modelo mínimo de processo justo.³⁷ Senão vejamos.

O processo civil no Estado Constitucional é o processo informado por um catálogo aberto de direitos fundamentais: é *processo justo* ou *devido processo*, em expressão sintética. A Constituição Federal de 1988, de forma absolutamente inovadora, ao estabelecer em seu artigo 5º, LIV, que ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal, reforça³⁸ a existência de um *direito à proteção de direitos*, dando ensejo a um princípio que exige a realização de um *estado ideal de protetividade* de direitos,³⁹ a partir da adoção de condutas necessárias à sua promoção.

Dois registros afiguram-se necessários.

Primeiro, de que a cláusula do devido processo legal não compreende apenas um procedimento tipificado em *lei*.⁴⁰ Admiti-lo equivaleria a se ter por cumprido o desiderato

³⁶ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. 1ª reimpressão. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 39-44.

³⁷ MITIDIERO, Daniel. *Elementos para uma teoria contemporânea do processo civil brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2005, p. 39-45.

³⁸ Não sem razão utiliza-se o verbo *reforçar*. É que da própria positivação de um direito, qualquer que ele seja, já decorre o direito à sua proteção: o titular do direito é igualmente titular do direito à tutela do direito. Ensinam Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero que “*onde há um direito existe igualmente direito à sua realização*. Um direito é uma posição juridicamente tutelável. É da sua previsão que advém o direito à sua tutela” (SARLET, Ingo Wolfgang *et al.* *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Editora RT, 2012, p. 638). Humberto Ávila, para quem “a proteção (...) é um elemento essencial do próprio direito fundamental (...); o dever de adoção de um processo adequado ou justo é uma consequência normativa indireta da proteção de um direito”, parece perfilhar semelhante entendimento ao destacar o caráter meramente expletivo e a desnecessária positivação expressa da cláusula do devido processo legal, inclusive para a conotação procedimental que lhe é atribuída. ÁVILA, Humberto Bergmann. *O que é “devido processo legal”?* Revista de Processo. São Paulo: Editora RT, n. 163, setembro de 2008, p. 54, 59.

³⁹ ÁVILA, Humberto Bergmann. *O que é “devido processo legal”?* Revista de Processo. São Paulo: Editora RT, n. 163, setembro de 2008, p. 57.

⁴⁰ “Desta forma, a boa compreensão reclama adequação da importação [da cláusula do devido processo legal], aos efeitos de que esta seja efetivamente compreendida não como o devido processo apenas disciplinado pela lei ou que o mero cumprimento das previsões legais garantisse a realização do processo justo, mas, mais do que isso, represente o devido processo disposto pelo sistema constitucional, pelas demais fontes de direito e pela cultura social”. Sérgio Gilberto Porto e Daniel Ustároz designam tal cláusula, por isso mesmo, de “devido processo constitucional” ou de “devido processo da ordem jurídica do Estado Democrático de Direito” (PORTO,

constitucional com a simples previsão de um código de processo. Portanto, sem embargo de que a lei densifique o direito fundamental ao processo justo e de que o faça presumidamente com justiça, não se amolda ao Estado Constitucional a expressão “devido processo *legal*”.⁴¹ Com efeito, “o próprio devido processo legal pode exigir a *inobservância* do procedimento regulado por lei”, na precisa lição de Sérgio Luís Wetzel de Mattos, em obra monográfica sobre o tema.⁴²

Segundo, de que tal cláusula não fundamenta os postulados da *proporcionalidade* e da *razoabilidade* no direito brasileiro, que decorrem logicamente da estrutura principiológica de parte das normas do sistema jurídico. É dizer: decorrem da “positivação de princípios de liberdade e igualdade conjuntamente com finalidades estatais”,⁴³ nas palavras de Humberto Ávila. Portanto, por não ser o devido processo legal *sedes materiae* dos aludidos postulados aplicativos, a funcionalidade de eventual dimensão *substancial* que se lhe atribua circunscreve-se ao reconhecimento e à proteção de direitos fundamentais *não enumerados*,⁴⁴ na esteira da *cláusula de abertura* prevista no artigo 5º, §2º da Constituição Federal de 1988.⁴⁵

Feitas essas ligeiras considerações sobre o que *não é* devido processo, importa invocar, uma vez mais, os ensinamentos de Sérgio Luís Wetzel de Mattos sobre a concepção desse direito fundamental, que organiza o processo no Estado Constitucional a partir da projeção de sua eficácia sobre o Estado-legislador, sobre o Estado-administrador e sobre o Estado-juiz:

Em síntese: o direito fundamental ao devido processo legal deve ser concebido como direito fundamental a um **processo justo**, vale dizer, como direito a um **processo legal e informado por direitos fundamentais**, realizado em clima de boa-fé e lealdade de todos aqueles que dele participam, **adequado ao direito material e às**

Sérgio Gilberto; USTÁRROZ, Daniel. *Lições de direitos fundamentais no processo civil: o conteúdo processual da Constituição Federal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 120-121).

⁴¹ SARLET, Ingo Wolfgang *et al.* *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Editora RT, 2012, p. 616.

⁴² MATTOS, Sérgio Luís Wetzel de. *Devido processo legal e proteção de direitos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 196 (grifo nosso).

⁴³ ÁVILA, Humberto Bergmann. *O que é “devido processo legal”?* Revista de Processo. São Paulo: Editora RT, n. 163, setembro de 2008, p. 56.

⁴⁴ É a tese de Sérgio Luís Wetzel de Mattos, para quem o princípio do devido processo *substantivo* pode, no direito brasileiro, assumir a função de reconhecimento e de proteção de direitos fundamentais *implícitos*, para além da função específica de controle de indenizações por danos morais quando o valor fixado se afigure exorbitante ou irrisório. MATTOS, Sérgio Luís Wetzel de. *Devido processo legal e proteção de direitos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 102-121.

⁴⁵ O artigo 5º, §2º da Constituição da República Federativa do Brasil dispõe que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte” (BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.).

exigências do caso concreto, e, enfim, voltado para a obtenção de uma **proteção judicial efetiva**.⁴⁶

Refoje aos limites do presente trabalho examinar um a um os diversos elementos que são deduzidos do direito fundamental ao processo justo. Dessa empresa, sempre inacabada, já se ocupa a melhor doutrina:⁴⁷ ninguém ignora a permanente *reconstrução* de sentido a que é submetida a cláusula do devido processo e a dificuldade de apanhá-la em abstrato.⁴⁸ Nada obstante, há um razoável consenso na doutrina sobre os elementos que a compõem *minimamente*. São eles, em *numerus apertus*: direito fundamental à colaboração no processo; direito fundamental à tutela adequada e efetiva; direito fundamental à igualdade e à paridade de armas; direito fundamental ao juiz natural e ao promotor natural; direito fundamental ao contraditório; direito fundamental à ampla defesa; direito fundamental à prova; direito fundamental à publicidade; direito fundamental à motivação das decisões; direito fundamental à segurança jurídica no processo; direito fundamental à assistência jurídica integral e gratuita; direito fundamental à tutela tempestiva ou à duração razoável do processo.⁴⁹

Posto que o direito fundamental à tutela jurisdicional *adequada, efetiva e tempestiva* constitui a “manifestação mais palpável” do acento constitucional da antecipação da tutela - a qual, na verdade, deita raízes na “Constituição como um todo”⁵⁰ ou no “sistema constitucional organicamente considerado” -,⁵¹ é mister esquadrihá-lo com mais vagar, não sem antes precisar o conceito de *tutela jurisdicional*, a partir do qual se alcança o de *tutela do direito* e o de *técnica processual*.

É sabido que a palavra “*tutela*” significa proteção, amparo, defesa. Correspondem ao chamado dever de proteção do Estado para com os direitos fundamentais a edição de normas

⁴⁶ MATTOS, Sérgio Luís Wetzel de. *Devido processo legal e proteção de direitos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 201 (grifo nosso).

⁴⁷ Para uma análise em pormenor das diversas posições jurídico-fundamentais dedutíveis do direito fundamental ao processo justo, confira-se: NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal: processo civil, penal e administrativo*. 9ª Ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Editora RT, 2009. PORTO, Sérgio Gilberto; USTÁRROZ, Daniel. *Lições de direitos fundamentais no processo civil: o conteúdo processual da Constituição Federal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009. SARLET, Ingo Wolfgang *et al.* *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Editora RT, 2012, p. 615-681. MATTOS, Sérgio Luís Wetzel de. *Devido processo legal e proteção de direitos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 202-252.

⁴⁸ Segundo Humberto Ávila, “o intérprete não só constrói, mas *reconstrói* sentido, tendo em vista a existência de significados incorporados ao uso lingüístico e construídos na comunidade do discurso (...). Daí se dizer que *interpretar é construir a partir de algo*, por isso significa *reconstruir*: a uma, porque utiliza como ponto de partida os textos normativos, que oferecem limites à construção de sentidos; a duas, porque manipula a linguagem, à qual são incorporados *núcleos de sentidos*, que são, por assim dizer, constituídos pelo uso, e preexistem ao processo interpretativo individual” (ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 13ª Ed., rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 36-37).

⁴⁹ SARLET, Ingo Wolfgang *et al.* *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Editora RT, 2012, p. 615-681.

⁵⁰ MITIDIERO, Daniel. *Antecipação da tutela: da tutela cautelar à técnica antecipatória*. São Paulo: Editora RT, 2013, p. 62.

⁵¹ ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da tutela*. 7ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 63.

de direito material, o desempenho de atividade administrativa e o exercício da jurisdição. Num sentido amplo, tem-se que todas as funções estatais - legislativa, administrativa e jurisdicional - prestam, cada qual a seu modo, tutela aos direitos.⁵² Como diz Marinoni, “a tutela jurisdicional, portanto, deve ser compreendida somente como uma modalidade de tutela dos direitos”.⁵³

Em contrapartida à proibição de autotutela - que remanesce no ordenamento jurídico circunscrita a hipóteses específicas -⁵⁴ mediante inclusive a criminalização do exercício arbitrário das próprias razões, assumiu o Estado o compromisso de apreciar todas as afirmações de lesão ou de ameaça de lesão a direito e, portanto, de prestar a devida tutela jurisdicional, consoante o artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal.⁵⁵

Não é unânime na doutrina o conceito de tutela jurisdicional: há quem vislumbre a sua concessão unicamente em favor da parte que esteja amparada no plano do direito material, assim como há quem a identifique tão somente com o resultado da atividade jurisdicional. Essa visão clássica não merece guarida, no entanto. Veja-se, a propósito, o entendimento de Alvaro de Oliveira e de Mitidiero sobre o tema:

Tutela jurisdicional é proteção – constitui a proteção judicial outorgada pelo Estado à esfera jurídica das pessoas. É um dos meios possíveis para realização da tutela dos direitos. A tutela jurisdicional compreende a **organização do procedimento** e muito especialmente a **resposta** ao exercício do direito de ação e do direito de defesa das partes em juízo.⁵⁶

A *tutela jurisdicional*, portanto, por compreender a *resposta* do Estado ao direito de participação das partes em juízo, é concedida tanto ao autor como ao réu (tanto ao vencedor como ao vencido),⁵⁷ seja na hipótese de procedência ou de improcedência do pedido, seja na

⁵² “Portanto, a *tutela de direitos* é fenômeno situado originariamente no plano substancial do ordenamento. Pode ela ocorrer dentro ou fora do processo, isto é, mediante intervenção estatal – pelo exercício da jurisdição – ou não” (YARSHELL, Flávio Luiz. *Tutela Jurisdicional*. São Paulo: Atlas, 1998, p. 29).

⁵³ MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. 3ª Ed. São Paulo: Editora RT, 2010, p. 112.

⁵⁴ Por exemplo, autoriza-se a autotutela da posse, conforme artigo 1.210, §1º, do Código Civil, que dispõe que “o possuidor turbado, ou esbulhado, poderá manter-se ou restituir-se por sua própria força, contanto que o faça logo; os atos de defesa, ou de desforço, não podem ir além do indispensável à manutenção, ou restituição da posse”. BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Planalto. Disponível em:

< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 13 out. 2013.

⁵⁵ O artigo 5º, XXXV, da Constituição da República Federativa do Brasil dispõe que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.).

⁵⁶ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Processo Civil: v.1*. São Paulo: Atlas, 2010, p. 29 (grifo nosso).

⁵⁷ Em defesa da tese de que há prestação de tutela jurisdicional também para o *vencido*, aduz Flávio Luiz Yarshell que isso é uma decorrência da compreensão da tutela jurisdicional incluindo os próprios meios que conduzem ao resultado. Pontifica que, do ponto de vista do resultado do processo, a superação da controvérsia - a pacificação social - e mesmo o regramento concreto e estável imposto pelo provimento estatal - que dará os

hipótese de extinção do processo sem julgamento de mérito; pode, ou não, prestar a tutela do direito.⁵⁸ Mas não se restringe a isso: engloba ainda a *organização do procedimento*, isto é, os meios predispostos pela ordem jurídica ao alcance do resultado. Nessa perspectiva, o próprio devido processo legal é abarcado pela tutela jurisdicional, na medida em que aquele faz atuar princípios, garantias e regramentos processuais em prol de *ambas* as partes.⁵⁹ São formas de tutela jurisdicional, todas pertencentes ao plano do direito processual, as tutelas declaratória, constitutiva, condenatória, mandamental e executiva.⁶⁰ Do conceito acima apresentado é possível alcançar as noções correlatas de *tutela do direito* e de *técnica processual*.

A *tutela do direito* é o resultado a que visa o processo no plano do direito material: inibição, reparação, ressarcimento, etc. É “o resultado *material* da tutela jurisdicional”,⁶¹ cuja prestação se dá, em regra, ao final do procedimento. À exceção das ações de natureza dúplice e dos casos em que o réu reconvém ao autor ou propõe ação declaratória incidental, a tutela do direito é concedida unicamente ao autor. Não, porém, em qualquer hipótese de desfecho da demanda: só há tutela do direito se procedente o pedido e, em sendo a sentença prolatada não autossuficiente, se efetivado o seu comando no mundo empírico. Direciona-se contra o *ilícito* (tutelas inibitória e reintegratória) ou contra o *dano* (tutelas cautelar, reparatória e ressarcitória). Consoante o já exposto, a tutela do direito é igualmente perseguida pelo Estado-administrador e pelo Estado-legislador.

A *técnica processual*, por sua vez, corresponde ao *meio*, estruturado típica ou atipicamente pelo Estado-legislador, de que se vale o Estado-juiz para atingir o resultado, que é a tutela jurisdicional do direito. No mesmo sentir, Alvaro de Oliveira, para quem as regras técnicas identificam-se com os meios empregados para se alcançar um propósito. Aduz o processualista, com apoio em Del Vecchio, que “a técnica nada tem a ver com o valor das finalidades a que serve, pois, como meio e instrumento, concerne exclusivamente aos procedimentos que permitem realizá-las, sem se preocupar por esclarecer se são boas ou

limites da agressão ao patrimônio jurídico do réu sucumbente, acrescentamos - significam formas de tutela também para o vencido. YARSHELL, Flávio Luiz. *Tutela Jurisdicional*. São Paulo: Atlas, 1998, p. 35.

⁵⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. 3ª Ed. São Paulo: Editora RT, 2010, p. 112-113.

⁵⁹ “A título exemplificativo, ao fazer valer a igualdade ou o contraditório dentro do processo, o juiz não tutela apenas quem está amparado pelo direito material, mas também as partes indistintamente, isto é: tutela aqueles que, dentro da relação processual, desfrutam de uma posição jurídica que lhes confere semelhante prerrogativa. Embora a preservação da igualdade ou do contraditório, por exemplo, seja instrumental, ela não perde o caráter de autêntica tutela” (YARSHELL, Flávio Luiz. *Tutela Jurisdicional*. São Paulo: Atlas, 1998, p. 34).

⁶⁰ Para um amplo exame das formas de tutela jurisdicional, consulte-se OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Teoria e prática da tutela jurisdicional*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 145-198.

⁶¹ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Processo Civil: v.1*. São Paulo: Atlas, 2010, p. 130 (grifo nosso).

más”.⁶² Como se vê, por ser *neutra* intrinsecamente, é de rigor que a compreensão e a conformação da técnica se dêem à luz do direito material, sob o enfoque da teoria da *tutela dos direitos*. Registre-se, por fim, que constituem técnicas processuais a cognição, os procedimentos, as sentenças, os meios executivos e a própria possibilidade, que deriva diretamente da Constituição, de o Estado-juiz *antecipar* a tutela.⁶³ Repise-se o ponto: a antecipação da tutela, como se verá oportunamente, é uma técnica - *técnica antecipatória* - e não uma tutela; é equívoca a expressão “tutela antecipada”, que, ao remeter o instituto ao plano das tutelas, rende ensejo a dificuldades na constatação de que há antecipação mesmo no âmbito da tutela cautelar e de que todas as decisões liminares são, na verdade, antecipações da tutela.

Sobre o inter-relacionamento desses três conceitos-chave, ensina Mitidiero:

Sem qualquer sobreposição, a tutela dos direitos, as formas de tutela jurisdicional e as técnicas processuais *convivem* a fim de permitir a visualização mais completa da necessária *combinação* entre direito e processo para prestação de adequada, efetiva e tempestiva tutela jurisdicional aos direitos.⁶⁴

Entendidas as premissas, cumpre retomar o direito fundamental à tutela jurisdicional adequada, efetiva e tempestiva. A Constituição de 1988, ao estabelecer que a “lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (art. 5º, XXXV), avança em relação à ordem constitucional pretérita;⁶⁵ a uma, porque, ressalvado o mérito das punições disciplinares militares (art. 142, §2º), não há matéria que escape ao controle jurisdicional, tido por inafastável; a duas, porque, à exceção de ações versando sobre questões afetas à disciplina e às competições desportivas (art. 217, §1º), não se exige o prévio esgotamento de instância administrativa como condição para o exercício da pretensão à tutela jurisdicional; a três, porque garante expressamente o direito à tutela preventiva ou inibitória.⁶⁶

⁶² OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Teoria e prática da tutela jurisdicional*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 92.

⁶³ MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação da tutela*. 12ª Ed. São Paulo: Editora RT, 2011, p. 30-31.

⁶⁴ MITIDIERO, Daniel. *Antecipação da tutela: da tutela cautelar à técnica antecipatória*. São Paulo: Editora RT, 2013, p. 141.

⁶⁵ O artigo 153, §4º, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1967, com redação dada pela Emenda Constitucional nº 7, de 1977, dispunha que “a lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual. O ingresso em juízo poderá ser condicionado a que se exauram previamente as vias administrativas, desde que não exigida garantia de instância, nem ultrapassado o prazo de cento e oitenta dias para a decisão sobre o pedido” (grifo nosso). Anote-se ainda que a Constituição de 1967, em seu artigo 173, excluía da apreciação jurisdicional atos praticados pelo Comando Supremo da Revolução de 31 de março de 1964, assim como outros atos, de natureza legislativa e administrativa, praticados com base em Atos Institucionais, o que foi referendado pela Emenda Constitucional nº 1, de 1969. (BRASIL. Constituição (1967). Constituição da República Federativa do Brasil de 1967.).

⁶⁶ “É possível afirmar até mesmo que a inserção da locução ‘ameaça a direito’ na verbalização do princípio da inafastabilidade (art. 5º, XXXV) teve por fim garantir a possibilidade de qualquer cidadão solicitar a tutela

Com efeito, o direito de acesso à justiça não outorga ao cidadão simplesmente o direito de demandar em juízo ou o direito a uma sentença sobre o mérito; atualmente, seu significado não é outro senão o de que cumpre ao Estado preordenar técnicas processuais *adequadas* à prestação de uma tutela jurisdicional *efetiva* aos direitos. E a mesma Constituição, a partir da Emenda Constitucional nº 45/2004, ao estatuir que “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação” (art. 5º, LXXVIII), dá continuidade à trajetória de avanços em termos de direitos fundamentais processuais: consagra, agora de forma expressa, o direito fundamental à tutela jurisdicional *tempestiva*.

O direito fundamental à tutela jurisdicional *adequada* reclama do processo que ele atente para as necessidades do direito material afirmado e para o modo pelo qual a situação substancial se apresenta em juízo.⁶⁷ Diz respeito à adequação dos *meios* em relação ao resultado pretendido, para cuja relação devem obrar tanto o Estado-legislador, abstratamente, como o Estado-juiz, concretamente. Marinoni e Mitidiero, com a clareza de costume, pontificam que “o *meio* tem de ser idôneo à promoção do *fim*. A adequação da tutela revela a necessidade de análise do direito material posto em causa para, a partir daí, estruturar-se um processo dotado de *técnicas processuais aderentes* à situação levada a juízo”.⁶⁸

Importam adequação *abstrata* a estruturação de procedimentos diferenciados, com nível de cognição apropriado à tutela do direito; a previsão de técnicas executivas mais ajustadas ao direito material que se quer efetivar, entre outros. Importam, por outro lado, adequação *concreta* a antecipação da tutela justificada na extrema evidência com que se apresenta em juízo o direito afirmado; o julgamento antecipado da lide, quando ocorrer a revelia ou não houver necessidade de produzir prova em audiência; o indeferimento de diligências inúteis ou meramente protelatórias, a partir dos poderes instrutórios do juiz, e assim por diante.⁶⁹

Ainda que por vezes tratados de forma indistinta, o que se explica por sua relação de mútua implicação, o direito fundamental à tutela jurisdicional adequada não se confunde com o direito fundamental à tutela jurisdicional *efetiva*: aquele diz com os meios, este com o *resultado material* da tutela jurisdicional, senão vejamos.

inibitória” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória*: individual e coletiva. 5ª Ed. São Paulo: Editora RT, 2012, p. 70).

⁶⁷ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Processo Civil: v.1*. São Paulo: Atlas, 2010, p. 29.

⁶⁸ SARLET, Ingo Wolfgang *et al.* *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Editora RT, 2012, p. 630.

⁶⁹ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Processo Civil: v.1*. São Paulo: Atlas, 2010, p. 30.

O direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva impõe a realização do direito material o mais próximo do modo como seria realizado espontaneamente, segundo o que prescreve o ordenamento. Em outras palavras, impõe-se que o resultado material da tutela jurisdicional se aproxime ao máximo daquilo a que faça jus o titular do direito: “o processo deve dar a quem tem um direito tudo aquilo e exatamente aquilo que ele tem o direito de obter”, na célebre advertência de Chiovenda.⁷⁰ Outro não é o entendimento de Marinoni e de Mitidiero, ao aduzirem que a efetividade da tutela jurisdicional “concerne à necessidade de o resultado da demanda espelhar o mais possível o direito material, propiciando-se às partes sempre *tutela específica* – ou *tutela pelo resultado prático equivalente* – em detrimento da *tutela pelo equivalente monetário*”.⁷¹

Decorre daí a necessidade de relativização do binômio direito-processo, de modo a permitir que o direito processual seja conformado pelo direito material: a identificação, em primeiro lugar, da *tutela do direito* pretendida pelo seu sedizente titular funciona como verdadeira condição sem a qual o processo não se estrutura adequadamente e, por conseguinte, não logra efetividade.⁷² A propósito, vale reproduzir a já clássica lição de Teori Zavascki:

(...) devem ser (...) assegurados meios expeditos e, ademais, eficazes, de exame da demanda trazida à apreciação do Estado. Eficazes, no sentido de que devem ter aptidão de proporcionar ao litigante vitorioso a concretização *fática* da sua vitória. O Estado, monopolizador do poder jurisdicional, deve impulsionar sua atividade com mecanismos processuais adequados a impedir – tanto quanto seja possível – a ocorrência de vitórias de Pirro. Em outras palavras: o dever imposto ao indivíduo de submeter-se obrigatoriamente à jurisdição estatal não pode representar um castigo. Pelo contrário: deve ter como contrapartida necessária o dever do Estado de garantir a utilidade da sentença, a aptidão dela de garantir, em caso de vitória, a efetiva e prática concretização da tutela. E não basta à prestação jurisdicional do Estado ser eficaz. **Impõe-se seja também expedita, pois é inerente ao princípio da efetividade da jurisdição que o julgamento da demanda se dê em prazo razoável, “sem dilatações indevidas”.**⁷³

Vê-se que, para o processualista catarinense, a idéia de tempestividade integra o próprio conceito de efetividade da tutela jurisdicional. *Significa dizer que tutela jurisdicional prestada a destempo não é efetiva.* Com razão. Posto que apenas a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) – de hierarquia

⁷⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação da tutela*. 12ª Ed. São Paulo: Editora RT, 2011, p. 22-23.

⁷¹ SARLET, Ingo Wolfgang *et al.* *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Editora RT, 2012, p. 637.

⁷² MITIDIERO, Daniel. *Antecipação da tutela: da tutela cautelar à técnica antecipatória*. São Paulo: Editora RT, 2013, p. 137-138.

⁷³ ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da tutela*. 7ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 66 (grifo nosso).

infraconstitucional, registre-se – reconhecia o direito à duração razoável do processo,⁷⁴ tem-se por acertada a postura doutrinária de reconhecê-lo implícito ao direito fundamental à tutela jurisdicional *efetiva*, pelo menos até o advento da Emenda Constitucional nº 45/2004, que acrescentou o inciso LXXVIII ao artigo 5º da Constituição de 1988.

Ora, não basta viabilizar o acesso à justiça, no sentido que alhures se lhe atribuiu; é preciso também atentar para a saída da justiça.⁷⁵ Nesse contexto, exsurge o direito fundamental à tutela jurisdicional *tempestiva* ou à duração razoável do processo: deve o Estado prestar tutela jurisdicional sem *dilações indevidas*, entendidas essas como quaisquer ações ou omissões injustificadas do Estado-juiz. É injustificada a realização de ato processual que careça de utilidade, a exemplo de atividade instrutória em relação a fato sobre o qual não controvertem as partes; é injustificada, igualmente, a postergação da apreciação de pedido de antecipação da tutela, a desafiar recurso de agravo de instrumento; assim como se revela injustificada a adoção de qualquer técnica processual inadequada à tutela do direito, a exemplo da efetivação da antecipação urgente de soma em dinheiro via técnica expropriatória.⁷⁶

Em primeiro lugar, não se trata de compreender o direito fundamental à duração razoável como direito a um processo rápido, sob pena de vulnerar os direitos fundamentais ao contraditório e à ampla defesa, que sempre demandam – mais ou menos – tempo.⁷⁷ Sob este ângulo de visão, inclusive, ofende o direito fundamental à duração razoável a previsão de prazos processuais extremamente exíguos, se inadequados à conduta processual a ser praticada.⁷⁸ Ora, o tempo é ineliminável do processo, “por mais sumário que seja o rito

⁷⁴ O artigo 8º, 1, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), promulgada na ordem interna pelo Decreto nº 678/92, dispõe que “toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza” (grifo nosso) (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Convenção Americana sobre Direitos Humanos, 22 de novembro de 1969.).

⁷⁵ “Como disse, o problema do acesso à Justiça não é uma questão de “entrada”, pois, pela porta gigantesca desse templo chamado Justiça, entra quem quer, seja através de advogado pago, seja de advogado mantido pelo Poder Público, seja de advogado escolhido pela própria parte, sob os auspícios da assistência judiciária, não havendo, sob esse prisma, nenhuma dificuldade de acesso. O problema é de “saída”, pois todos entram, mas poucos conseguem sair num prazo razoável, e os que saem, fazem-no pelas “portas de emergência”, representadas pelas tutelas antecipatórias, pois a grande maioria fica lá dentro, rezando, para conseguir sair com vida”. ALVIM, J. E. Carreira. Justiça: acesso e descesso. *Revista Eletrônica Jus Navigandi*. Teresina, ano 8, n. 65, 1 maio 2003. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/4078>>. Acesso em: 21 set. 2013.

⁷⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. *Abuso de defesa e parte incontroversa da demanda*. 2ª Ed. São Paulo: Editora RT, 2011, p. 27-39.

⁷⁷ SARLET, Ingo Wolfgang *et al.* *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Editora RT, 2012, p. 678.

⁷⁸ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Processo Civil: v.1*. São Paulo: Atlas, 2010, p. 53.

procedimental e por mais eficientes que sejam os serviços judiciários”,⁷⁹ conforme observa Zavascki. Marinoni até mesmo chega a afirmar que o tempo é uma necessidade do processo, seja para a formação do convencimento judicial, seja para a participação adequada das partes.⁸⁰

Em segundo lugar, também não se trata de compreendê-lo como direito a um processo com prazo certo ou limitado, ilação que se afasta de plano em vista do *termo indeterminado* “duração razoável” de que se valeu o constituinte reformador no artigo 5º, LXXVIII, da Constituição; e nem mesmo se deve admiti-lo por violado quando o Estado-juiz extrapola os *prazos impróprios* previstos no CPC, não obstante possam eles servir de referência à consideração do que seja uma duração razoável.⁸¹

O que o direito fundamental à tutela jurisdicional tempestiva exige, em última análise, é que o tempo que medeia entre a propositura da ação e a prestação da tutela jurisdicional – *do direito*, em caso de procedência – seja proporcional em relação ao específico direito material debatido no processo, o que se verifica obviamente à luz do caso em concreto. São quatro os critérios arrolados pela doutrina para a aferição dessa proporcionalidade, todos eles desenvolvidos no âmbito da jurisprudência da Corte Européia de Direitos Humanos: a complexidade da causa, a importância do bem da vida para o litigante, o comportamento das partes e o comportamento do órgão jurisdicional na condução do processo.⁸² Permanece válida, portanto, a máxima de Rui Barbosa segundo a qual “justiça atrasada não é justiça, senão injustiça qualificada e manifesta”.

Enfim, por ser a antecipação da tutela uma técnica *adequada* de distribuição entre os litigantes do tempo de duração *razoável* do processo - tempo esse que não raro representa um risco à *efetividade* da tutela do direito e que deve recair sobre quem necessita do processo para demonstrar que tem razão, como se verá a seguir -, não há como visualizá-la à margem do processo justo do Estado Constitucional, em que o direito fundamental à tutela jurisdicional adequada, efetiva e tempestiva assume posição de destaque.

⁷⁹ ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da tutela*. 7ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 26.

⁸⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. *Abuso de defesa e parte incontroversa da demanda*. 2ª Ed. São Paulo: Editora RT, 2011, p. 33.

⁸¹ Veja-se, a propósito, o conceito de tutela jurisdicional tempestiva proposto por Fernando da Fonseca Gajardoni: “é tempestiva a tutela jurisdicional quando *os prazos legalmente prefixados* para o trâmite e instrução do processo, concebidos em vista das circunstâncias de fato da demanda, do direito a ser protegido, do contraditório e da ampla defesa, *são cumpridos pelas partes e pelo órgão jurisdicional*” (grifo nosso) (GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Técnicas de aceleração do processo*. São Paulo: Lemos & Cruz, 2003, p. 60).

⁸² SARLET, Ingo Wolfgang *et al.* *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Editora RT, 2012, p. 678-680.

2.3 A técnica antecipatória. A tutela de urgência e a tutela da evidência

A *atipicização* da antecipação da tutela principiou o rompimento da tradicional dicotomia entre as funções de cognição e de execução. Houve uma alteração nos rumos ideológicos do processo civil, conforme registra Teori Zavascki. Fez-se sentir a mudança não apenas no processo de conhecimento, que passou a admitir amplamente atividade executiva, mas também no processo de execução, erigido sobre a sentença condenatória e que teve de se adaptar ao regime da antecipação da tutela; assim igualmente no processo cautelar, que retomou o desempenho da função que lhe é própria - assegurar direitos, *sem realizá-los*.⁸³

Em que pese essa transformação, não se pode dizer que a Lei nº 8.952/1994 tenha propriamente criado o instituto da antecipação da tutela: sem dúvida deu-lhe contornos mais bem definidos, mas sobretudo universalizou o que já era previsto para situações particulares. Tenha-se em mente, portanto, que a antecipação da tutela é uma “antiga novidade” do sistema processual, já existente nas ações possessórias de força nova (art. 928), na ação de nunciação de obra nova (art. 937) e nos embargos de terceiro (art. 1.051), para ficar apenas com alguns exemplos do CPC.⁸⁴ Cumpre indagar se, sobre esses procedimentos especiais em que tipicamente prevista a liminar antecipatória, aplica-se ou não o novo regime trazido pela Lei nº 8.952/1994. A solução à questão parece estar com Brum Vaz, para quem a antecipação da tutela *geral* funciona como *norma de encerramento* do sistema, aplicável quando estiverem ausentes os pressupostos específicos da liminar típica ou quando houver matérias fora do campo de atuação dessa liminar.⁸⁵

O fenômeno da atipicização, que constitui uma tendência verificada nas principais legislações processuais civis do mundo, relaciona-se à previsão da antecipação da tutela mediante *normas abertas*, isto é, sem qualquer ligação *a priori* a determinada espécie de tutela do direito – todas as situações substanciais, em vista do caso concreto, podem ser tuteladas antecipadamente.⁸⁶ No ordenamento jurídico brasileiro, essa universalização deu-se

⁸³ ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da tutela*. 7ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 72-76.

⁸⁴ CARNEIRO, Athos Gusmão. *Da antecipação de tutela*. 7ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 15-16. No âmbito da legislação esparsa, já havia previsão de antecipação da tutela na ação de mandado de segurança (Lei nº 1.533/51, revogada pela Lei nº 12.016/09), na ação civil pública (Lei nº 7.347/85), na ação popular (Lei nº 4.717/65), na ação de desapropriação (Decreto-Lei nº 3.365/41), na ação autônoma de busca e apreensão de bem alienado fiduciariamente (Decreto-Lei nº 911/69), nas ações de despejo (Lei nº 8.245/91) e nas ações consumeristas para cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer (Lei nº 8.078/90).

⁸⁵ VAZ, Paulo Afonso Brum. *Manual da tutela antecipada: doutrina e jurisprudência*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 49.

⁸⁶ MITIDIERO, Daniel. *Tendências em matéria de tutela sumária: da tutela cautelar à técnica antecipatória*. Revista de Processo. São Paulo: Editora RT, n. 197, julho de 2011, p. 46-48.

a partir dos artigos 273 e 461, §3º, do CPC, que têm a seguinte redação, atualizada pela Lei nº 10.444/02:

Art. 273. O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da 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 o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu.

§ 1º Na decisão que antecipar a tutela, o juiz indicará, de modo claro e preciso, as razões do seu convencimento.

§ 2º Não se concederá a antecipação da tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado.

§ 3º A efetivação da tutela antecipada observará, no que couber e conforme sua natureza, as normas previstas nos arts. 588, 461, §§ 4º e 5º, e 461-A.

§ 4º A tutela antecipada poderá ser revogada ou modificada a qualquer tempo, em decisão fundamentada.

§ 5º Concedida ou não a antecipação da tutela, prosseguirá o processo até final julgamento.

§ 6º A tutela antecipada também poderá ser concedida quando um ou mais dos pedidos cumulados, ou parcela deles, mostrar-se incontroverso.

§ 7º Se o autor, a título de antecipação de tutela, requerer providência de natureza cautelar, poderá o juiz, quando presentes os respectivos pressupostos, deferir a medida cautelar em caráter incidental do processo ajuizado.

Art. 461. Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento. (...)

§ 3º Sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, é lícito ao juiz conceder a tutela liminarmente ou mediante justificação prévia, citado o réu. A medida liminar poderá ser revogada ou modificada, a qualquer tempo, em decisão fundamentada.⁸⁷

Presentes os objetivos do trabalho, não há como proceder ao exame da antecipação da tutela em toda a sua dimensão, ao modo dos manuais: não há, por exemplo, espaço para diferenciá-la da tutela cautelar para além da constatação, conforme já dito, de que esta é um dos resultados possíveis no plano do direito material, e aquela, meio predisposto ao alcance de resultados antes do tempo previsto.⁸⁸ Registre-se, portanto, que a proposta é de uma análise que vai centrada na *função* que a antecipação da tutela desempenha no processo.

⁸⁷ BRASIL. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Planalto (grifo nosso). Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869compilada.htm>. Acesso em: 10 out. 2013.

⁸⁸ “(...) não é possível tratar no mesmo plano de uma *tutela* e de uma *técnica* – são conceitos distintos. É claro que a tutela cautelar não se confunde com a tutela satisfativa antecipada. Esse, no entanto, já é um problema superado pela melhor doutrina. O problema agora está em perceber que a *técnica antecipatória* é apenas um meio para realização da tutela *satisfativa* ou da tutela *cautelar* e que essas formas de tutela jurisdicional devem ser pensadas a partir do direito material – mais propriamente, à luz da teoria da *tutela dos direitos*” (MITIDIERO, Daniel. *Antecipação da tutela: da tutela cautelar à técnica antecipatória*. São Paulo: Editora RT, 2013, p. 47-48).

Para a visão clássica, os direitos fundamentais à tutela jurisdicional efetiva e à segurança jurídica no processo, este último afinado com o direito à cognição exauriente, colidem no mundo empírico. Daí a funcionalidade da antecipação da tutela, que assumiria o papel de realizar a *concordância prática* entre ambos os direitos fundamentais. Nessa quadra, sem sacrificar o núcleo essencial de qualquer deles, a medida antecipatória – de função harmonizadora – viabilizaria a convivência simultânea da efetividade e da segurança jurídica no caso concreto.⁸⁹

Deixando de lado o fenômeno da colisão, rechaçado por setor da doutrina,⁹⁰ o certo é que hoje ninguém duvida que a antecipação da tutela seja uma técnica de *adequação* do processo às particularidades do direito material e ao modo pelo qual este se apresenta em juízo, para que a tutela jurisdicional do direito seja prestada de forma *efetiva* e em tempo *razoável*.⁹¹ Já se disse que as técnicas processuais correspondem aos meios ou instrumentos disponíveis para a prestação de tutela jurisdicional aos direitos. A função da *técnica antecipatória* – locução que se adota a partir daqui para designar a antecipação da tutela – não é outra senão a de distribuir o ônus do tempo do processo entre autor e réu segundo a probabilidade das posições jurídicas de cada um, de modo a promover a igualdade entre as partes.⁹²

O artigo 273 do CPC viabiliza o manejo da técnica antecipatória em duas hipóteses, desde que presente *prova inequívoca* apta a convencer o juízo da *verossimilhança* da alegação: quando haja fundado receio de *dano irreparável ou de difícil reparação* (inc. I); ou quando fique caracterizado o *abuso do direito de defesa* ou o manifesto propósito protelatório do réu (inc. II). Vê-se que o legislador não andou bem na redação do aludido dispositivo,

⁸⁹ É a posição defendida por Zavascki, que vê na tutela provisória (medidas antecipatórias e medidas cautelares) um instrumento apto a dar condições de convivência simultânea a ambos os direitos fundamentais. ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da tutela*. 7ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 60-71. No mesmo sentido: VAZ, Paulo Afonso Brum. *Manual da tutela antecipada: doutrina e jurisprudência*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 117-124. BENUCCI, Renato Luís. *Antecipação da tutela em face da Fazenda Pública*. São Paulo: Dialética, 2001, p. 32-33.

⁹⁰ Para essa corrente doutrinária, capitaneada por Mitidiero, a *efetividade* integra o direito fundamental à segurança jurídica no processo, ao lado dos conceitos de certeza, de estabilidade e de confiabilidade, o que impede o fenômeno da colisão: o “conteúdo” não vai de encontro ao “continente”. Nesse sentido, só há segurança jurídica se o direito, instituído no plano da norma, tem garantida a sua realizabilidade concreta. A tensão que se estabelece, ainda segundo Mitidiero, é simplesmente entre *certeza* e *rapidez*. MITIDIERO, Daniel. *Antecipação da tutela: da tutela cautelar à técnica antecipatória*. São Paulo: Editora RT, 2013, p. 62-63.

⁹¹ MITIDIERO, Daniel. *Tendências em matéria de tutela sumária: da tutela cautelar à técnica antecipatória*. Revista de Processo. São Paulo: Editora RT, n. 197, julho de 2011, p. 45.

⁹² MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação da tutela*. 12ª Ed. São Paulo: Editora RT, 2011, p. 23.

tendo baralhado conceitos doutrinários e desprezado uma das mais comezinhas regras de técnica legislativa, qual seja, a precisão da linguagem.⁹³

Em primeiro lugar, nenhuma prova se reveste da qualidade de “inequívoca”, atributo que remete à existência de elementos de convicção com valor absoluto no ordenamento jurídico. Ainda que remanesçam “sequelas”, no dizer de Ovídio A. Baptista da Silva, do sistema de prova legal,⁹⁴ o artigo 131 do CPC consagra o sistema de persuasão racional ou do livre convencimento motivado:⁹⁵ mesmo a valoração abstrata da prova estampada na lei pode ceder à valoração concreta do órgão jurisdicional, se fundadas razões de justiça assim o recomendem. Nessa quadra, importa compreender a expressão “prova inequívoca” “no contexto do relativismo próprio do sistema de provas”.⁹⁶ O que a técnica antecipatória exige é uma prova *segura*, da qual a probabilidade do direito possa ser extraída.

Em segundo lugar e na esteira do que acima se disse, não é a verossimilhança da alegação que rende ensejo à antecipação da tutela, senão a *probabilidade* da hipótese afirmada pela parte em juízo. Verossimilhança e probabilidade não são níveis de uma escala gradual de aproximação à verdade. Os conceitos são diversos: verossímil é a asserção que se apóia na *ordem normal das coisas*, isto é, naquilo que normalmente acontece em casos semelhantes, o que dispensa qualquer esforço probatório;⁹⁷ provável, noutro giro, é a alegação que corresponde em alguma medida à *verdade*, isto é, à realidade que subjaz a um caso específico, o que reclama respaldo em elementos probatórios mínimos. Em síntese, a técnica antecipatória *não* se contenta com a verossimilhança das alegações.⁹⁸

⁹³ Para um amplo estudo sobre técnica legislativa, consulte-se CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Técnica Legislativa*. 5ª Ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2010. No ordenamento jurídico brasileiro, as técnicas de elaboração, redação e alteração das leis estão disciplinadas pela Lei Complementar nº 95, de 26 de fevereiro de 1998, conforme determinado pelo parágrafo único do artigo 59 da Constituição da República Federativa do Brasil.

⁹⁴ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Curso de processo civil: processo de conhecimento*. v.1. 6ª Ed., rev. e atual. de acordo com as leis 10.352, 10.358/2001 e 10.444/2002. São Paulo: Editora RT, 2002, p. 347.

⁹⁵ O artigo 131 do Código de Processo Civil, com redação dada pela Lei nº 5.925, de 1º.10.1973, dispõe que “o juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento”. BRASIL. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Planalto. Disponível em:

< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869compilada.htm>. Acesso em: 10 out. 2013.

⁹⁶ ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da tutela*. 7ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 79. “Assim, o que a lei exige não é, certamente, prova de verdade absoluta - que sempre será relativa, mesmo quando concluída a instrução -, mas uma prova robusta, que, embora no âmbito de cognição sumária, aproxime, em segura medida, o juízo de probabilidade do juízo de verdade” (ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da tutela*. 7ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 80).

⁹⁷ FLACH, Daisson. *A verossimilhança no processo civil e sua aplicação prática*. São Paulo: Editora RT, 2009, p. 68.

⁹⁸ MITIDIERO, Daniel. *Antecipação da tutela: da tutela cautelar à técnica antecipatória*. São Paulo: Editora RT, 2013, p. 95-111.

Em terceiro lugar, a referência a “dano irreparável ou de difícil reparação” (art. 273, I) não abrange inúmeras situações de perigo na demora em que o dano não sobrevém ao ato contrário à ordem jurídica, por ser aquele mera consequência eventual deste. A locução de que se valeu o legislador, portanto, limita a técnica antecipatória aos domínios da tutela contra o dano, descurando das tutelas contra o ilícito (tutelas inibitória e reintegratória), que são antecipáveis sem qualquer consideração a respeito de dano ou de perigo de dano. Daí a razão pela qual se revela mais ajustada à atipicidade da técnica antecipatória a expressão “receio de ineficácia do provimento final”, constante do artigo 461, §3º, do CPC.⁹⁹ A observação, ainda que noutra perspectiva, não escapou à inteligência de Ovídio A. Baptista da Silva:

Certamente seria preferível que o legislador empregasse, aqui, a categoria conhecida como *periculum in mora*, muito mais adequada à idéia de antecipação e historicamente ligada às execuções provisórias, reservando a categoria indicada como “perigo de dano irreparável” para as cautelares.¹⁰⁰

Diz-se técnica antecipatória fundada na *urgência* a hipótese do inciso I, lastreada no *periculum in mora*. Não se trata de compreender a urgência em sentido amplíssimo, como pretende Zavascki ao delinear o conceito de tutela provisória,¹⁰¹ nem de associá-la necessariamente à ocorrência de dano ou de prejuízo irreparável ou de difícil reparação; a urgência aqui deriva do simples *perigo na demora* da prestação da tutela jurisdicional final, capaz de comprometer a integridade da tutela do direito. Nessa linha de raciocínio, destaca Mitidiero: “é o *perigo ligado à espera*, que pode acarretar a ocorrência, a reiteração ou a continuação tanto de um ato ilícito como de um fato danoso capazes de frustrar a frutuosidade do direito”.¹⁰²

Com efeito, não raro o direito material se sujeita a perecimento em vista do tempo natural que o processo consome para a formação do juízo de verdade, ou melhor, do juízo de elevada probabilidade a que o Estado confere o selo da imutabilidade. É o que sói ocorrer em demandas envolvendo os direitos à saúde, à imagem, à participação em etapa seguinte de concurso público e ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, por exemplo, em que a

⁹⁹ MITIDIERO, Daniel. *Antecipação da tutela*: da tutela cautelar à técnica antecipatória. São Paulo: Editora RT, 2013, p. 132.

¹⁰⁰ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Curso de processo civil*: processo de conhecimento. v.1. 6ª Ed., rev. e atual. de acordo com as leis 10.352, 10.358/2001 e 10.444/2002. São Paulo: Editora RT, 2002, p. 141.

¹⁰¹ Teori Albino Zavascki visualiza uma relação necessária entre tutela provisória (medidas antecipatórias e medidas cautelares) e *urgência* em tutelar. O conceito de urgência é por ele tomado em sentido amplo, para abarcar “todas as situações em que se verifique (a) risco ao direito pela sua não fruição imediata, (b) risco à execução pelo comprometimento de suas bases materiais, ou, ainda, (c) risco à regular prestação da tutela jurisdicional pela indevida oposição de embaraços (...)” (ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da tutela*. 7ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 31).

¹⁰² MITIDIERO, Daniel. *Antecipação da tutela*: da tutela cautelar à técnica antecipatória. São Paulo: Editora RT, 2013, p. 132.

obtenção da tutela do direito somente ao final pode restar inútil ao propósito a que a ação se destina. Nessas situações, em que se conjuga à probabilidade do direito o perigo na tardança, representado por um risco *concreto, atual e grave* ao direito afirmado pela parte, impõe-se a concessão do provimento antecipado. Concreto é o risco não eventual ou hipotético; atual, o risco que se mostra iminente no curso do processo; e grave, o risco potencialmente apto a inquirar a integridade da tutela do direito.¹⁰³

A técnica antecipatória fundada na *evidência*, por outro lado, corresponde à hipótese do inciso II, alicerçada no abuso do direito de defesa ou no manifesto propósito protelatório do réu. Salvo se tomada naquele sentido amplíssimo propugnado por Zavascki, a urgência, aqui, passa ao largo da técnica antecipatória, pois não há qualquer perigo de ilícito ou perigo de dano que coloque em risco a efetiva tutela do direito material. É dizer: *não há urgência em tutelar*. O que há é tão somente o “dano” a que Italo Andolina qualificou de *marginal*,¹⁰⁴ representado pelo tempo que qualquer processo leva até a prestação da tutela final e que sempre acomete o autor que tem razão.

Conforme acentua Athos Gusmão Carneiro, um dos responsáveis pela reforma do CPC em 1994, além da possibilidade de a litispendência acarretar aos litigantes uma carga de expectativas e de angústias quanto ao desenvolvimento da demanda e à definição de seu resultado, “o autor, mesmo se ao final vitorioso, terá ficado privado, por largo tempo, do gozo do bem da vida a que tinha direito”.¹⁰⁵ Nessa mesma linha, é Marinoni quem adverte: “quanto maior for a demora do processo maior será o dano imposto ao autor e, por conseqüência, maior será o benefício conferido ao réu”.¹⁰⁶ Tal dano inerente à marcha processual revela-se *injusto* a partir do momento em que o direito do autor se mostra evidenciado, e o direito fundamental à ampla defesa é exercido de modo abusivo pelo réu.¹⁰⁷ Portanto, o sistema processual admite que o exercício regular do direito de defesa acabe postergando a realização do direito material, até mesmo pela franquia constitucional de que ninguém será privado de

¹⁰³ ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da tutela*. 7ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 80.

¹⁰⁴ MITIDIERO, Daniel. *Antecipação da tutela*: da tutela cautelar à técnica antecipatória. São Paulo: Editora RT, 2013, p. 132.

¹⁰⁵ CARNEIRO, Athos Gusmão. *Da antecipação de tutela*. 7ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 02.

¹⁰⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação da tutela*. 12ª Ed. São Paulo: Editora RT, 2011, p. 272.

¹⁰⁷ Sobre o conceito de *abuso de direito* positivado na legislação brasileira, o artigo 187 do Código Civil dispõe que “também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”. BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Planalto. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 20 out. 2013.

seus bens sem o devido processo; jamais, todavia, o exercício abusivo ou infundado desse mesmo direito, incapaz de incutir dúvida sobre a provável existência do direito do autor.¹⁰⁸

Essa segunda hipótese que dá azo à antecipação da tutela está radicada no seguinte questionamento: se o ônus da prova é distribuído estática e dinamicamente entre autor e réu, sendo ponto de partida o artigo 333 do CPC, por que o próprio tempo necessário à prova dos fatos constitutivos, impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor não é também partilhado entre as partes?¹⁰⁹ Com efeito, não é razoável atribuir ao autor o ônus do tempo de que necessita tão somente o réu para demonstrar a veracidade dos fatos que alegou na contestação, quando esta carece de *seriedade*.

Vê-se que a medida antecipatória, aqui, não visa a *sancionar* o réu pela prática de chicana processual, como pretende Zavascki ao nominá-la de “antecipação punitiva” e ao aduzir que “a invocação, pelo réu, na contestação, de razões infundadas, por si só não justifica a antecipação da tutela”.¹¹⁰ O que se passa é justamente o contrário, com a devida vênia: o pressuposto referido no inciso II do artigo 273 do CPC diz unicamente com a evidência do direito afirmado pelo autor e com a correspondente inconsistência ou fragilidade da defesa apresentada pelo réu. Veja-se que o próprio CPC dispõe de outros instrumentos aptos a viabilizar punição ao comportamento faltoso das partes, a exemplo da cominação de multa por ato atentatório à dignidade da jurisdição ou por litigância de má-fé (art. 14, parágrafo único, art. 17 e art. 18 do CPC).¹¹¹ Daisson Flach bem sintetizou a idéia por detrás do abuso do direito de defesa:

Quando a pretensão do autor se apóia em elementos de convicção pré-constituídos e, inversamente, a defesa for inconsistente, poderá o juízo prover de pronto, ainda que provisoriamente, determinando ou autorizando medidas que satisfaçam a pretensão do autor, no todo ou em parte. A precariedade da defesa atua como elemento de reforço à posição do autor. A hipótese trazida pelo requerente, como fundamento da pretensão, não é contrastada de forma efetiva de modo que, embora não se possa negar ao réu a possibilidade de dar densidade às suas afirmações, exercendo o contraditório, não se afigura razoável privar o autor do bem da vida durante o tempo necessário a um esforço probatório que se revela tendencialmente improdutivo.¹¹²

¹⁰⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. *Abuso de defesa e parte incontroversa da demanda*. 2ª Ed. São Paulo: Editora RT, 2011, p. 67-72.

¹⁰⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Abuso de defesa e parte incontroversa da demanda*. 2ª Ed. São Paulo: Editora RT, 2011, p. 53-62.

¹¹⁰ ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da tutela*. 7ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 81.

¹¹¹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação da tutela*. 12ª Ed. São Paulo: Editora RT, 2011, p. 275. MITIDIERO, Daniel. *Antecipação da tutela: da tutela cautelar à técnica antecipatória*. São Paulo: Editora RT, 2013, p. 134.

¹¹² FLACH, Daisson. *A verossimilhança no processo civil e sua aplicação prática*. São Paulo: Editora RT, 2009, p. 102.

No que respeita à tutela da parte incontroversa da demanda do §6º do artigo 273 do CPC, inovação introduzida pela Lei nº 10.444/02, vai apenas o registro de que *não* se trata de técnica antecipatória. O novel instituto prende-se à compreensão de que viola o direito fundamental à tutela jurisdicional tempestiva obrigar o autor a aguardar a instrução dilatória para ver realizado um direito sobre o qual as partes já não mais controvertem.¹¹³

A incontrovérsia fático-jurídica resulta, no mais das vezes, do não atendimento completo ao ônus da impugnação especificada dos fatos que dão suporte ao direito pleiteado (art. 302, CPC) ou do reconhecimento parcial da procedência do pedido (art. 269, II, CPC).¹¹⁴ Ocorre que, em tais casos, o provimento é definitivo, fundado em *cognição exauriente*: não há falar em decisão provisória, precária e revogável, atributos da genuína antecipação de tutela. Segundo Marinoni, “enquanto a tutela antecipatória, tal como idealizada em 1994, antecipa a tutela final, a tutela antecipatória da parte incontroversa *presta a própria tutela final em momento adequado e tempestivo (...)*”.¹¹⁵ Cuida-se, portanto, de hipótese de *juízo imediato parcial da lide* (art. 330, CPC), cujas dificuldades de ordem sistêmica não interessam ao objeto do presente estudo.¹¹⁶

Verifica-se do exposto que a técnica antecipatória atípica, instituída no artigo 273, I e II, do CPC e reforçada no artigo 461, §3º, do mesmo diploma para as obrigações de fazer, de não fazer e de entregar coisa, comporta um sistema de tutela da *urgência* ao lado de um sistema de tutela da *evidência*. É comum a ambos a preocupação com o equacionamento isonômico do ônus do tempo que o processo consome até a prestação da tutela final. Resta agora analisar o cabimento da técnica antecipatória em face da Fazenda Pública, diante do conjunto de prerrogativas processuais que o ordenamento jurídico lhe confere, em especial do sistema restritivo à concessão de liminares previsto nas Leis nº 9.494/97, 8.437/92 e 12.016/09. É o que se passa a examinar.

¹¹³ MARINONI, Luiz Guilherme. *Abuso de defesa e parte incontroversa da demanda*. 2ª Ed. São Paulo: Editora RT, 2011, p. 149.

¹¹⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação da tutela*. 12ª Ed. São Paulo: Editora RT, 2011, p. 283-285.

¹¹⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação da tutela*. 12ª Ed. São Paulo: Editora RT, 2011, p. 292.

¹¹⁶ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Código de processo civil comentado artigo por artigo*. 2ª Ed. rev. e atual. e ampl. São Paulo: Editora RT, 2010, p. 329-331.

3. A FAZENDA PÚBLICA. O ÓBICE DAS PRERROGATIVAS PROCESSUAIS

Tão logo instituída de forma atípica no ordenamento jurídico brasileiro, a técnica antecipatória rendeu ensejo, como não poderia deixar de ocorrer, a um sem número de *polêmicas* doutrinárias.¹¹⁷ Aspecto sobre o qual se instalou grande celeuma diz respeito ao cabimento da técnica antecipatória prevista nos artigos 273, I e II, e 461, §3º, do CPC em ações movidas contra o Poder Público. Mesmo após a promulgação da Lei nº 9.494/97, que disciplina a aplicação da antecipação da tutela em face da Fazenda Pública, houve quem não a admitisse em razão do tratamento especial dispensado às pessoas jurídicas de direito público em juízo. Ver-se-á, no entanto, que não obstam a que a tutela jurisdicional do direito seja antecipada em face da Fazenda Pública as prerrogativas processuais instituídas em seu favor, em especial as disposições impeditivas constantes das Leis nº 9.494/97, 8.437/92 e 12.016/09. Cumpre, então, revisitar o tema à luz dos valores do Estado Constitucional.

3.1 A Fazenda Pública e as prerrogativas processuais

Colhe-se da doutrina administrativista que a Administração Pública em sentido subjetivo ou orgânico corresponde ao conjunto de *agentes, órgãos e pessoas jurídicas* que desempenham função administrativa. Tal noção não se confunde, por óbvio, com a de Poder Executivo: onde quer que haja desempenho de atividade administrativa, em qualquer dos Poderes estruturais do Estado, estará presente a noção de Administração Pública.¹¹⁸

O Estado é um ente *personalizado*, seja no âmbito internacional, seja no âmbito interno. No âmbito interno, conforme se verifica do dispositivo que inaugura a Constituição Federal, compõem a República Federativa do Brasil a União, os Estados-membros, o Distrito Federal e os Municípios, todos eles *pessoas jurídicas de direito público interno*.¹¹⁹ Tais *entidades políticas*, assim como as pessoas de direito público auxiliares suas, também dotadas de personalidade jurídica própria, têm de se valer de pessoas naturais intituladas *agentes públicos*, integrantes, por sua vez, de *órgãos públicos*, para manifestar vontade no mundo jurídico. Como se vê, situam-se os *órgãos públicos* no meio do caminho entre os agentes e a

¹¹⁷ A propósito, confira-se WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Org.). *Aspectos polêmicos da antecipação de tutela*. São Paulo: Editora RT, 1997.

¹¹⁸ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 26ª Ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2013, p. 11-12.

¹¹⁹ Respalda a assertiva o universo de normas que organizam o Estado brasileiro, constantes do Título III da Constituição da República Federativa do Brasil. Em seu artigo 18, lê-se que “a organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos desta Constituição.” (BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.).

pessoa jurídica de direito público apresentada: são os órgãos repartições internas desta pessoa, isto é, “desconcentrações” administrativas em razão da matéria, da hierarquia ou do território, sem personalidade própria e que se justificam pelo gigantismo estatal.¹²⁰

As atividades administrativas cuja execução a Constituição incumbe à União, aos Estados-membros, ao Distrito Federal e aos Municípios podem ser desempenhadas por eles próprios, de modo centralizado, como também por outros sujeitos. Nessa última hipótese, em que opera a chamada *descentralização*, ora o Poder Público delega o exercício de tarefas por ele titularizadas a particulares, ora cria outras pessoas jurídicas, de direito público ou de direito privado, para a consecução das atividades que lhe são próprias em cada nível federativo.¹²¹ As pessoas jurídicas cuja criação a lei determinou ou autorizou, que são as *autarquias*, as *fundações públicas*, as *empresas públicas* e as *sociedades de economia mista*, aquelas com personalidade jurídica de direito público, estas com personalidade jurídica de direito privado, compõem a Administração Pública indireta dos entes federados, ao lado dos *consórcios públicos* constituídos sob a forma de associação pública.¹²²

Entremostra-se estranha ao processo civil a digressão até aqui realizada sobre a organização político-administrativa do Estado. Não obstante, justifica-se o diálogo com o Direito Administrativo, que adiante se estenderá ao “princípio” “jurídico” da supremacia do interesse público sobre o particular, por duas ordens de razões: a uma, para que não se confunda a noção de Fazenda Pública em sentido técnico-processual com a própria Administração Pública organicamente considerada ou ainda com o específico sentido administrativo que aquele termo comporta; a duas, para que não se identifique na aludida norma de supremacia – que inexistente no ordenamento jurídico brasileiro –,¹²³ a *sedes materiae* das prerrogativas processuais fazendárias.

Com efeito, não se pode tomar as expressões “Fazenda Pública” e “Administração Pública” como equivalentes. Quando se diz que a Administração Pública está em juízo, dado que o conceito de *capacidade para ser parte* ou *capacidade judiciária* extrapola os limites da personalidade jurídica reconhecida pelo direito material,¹²⁴ é possível que se refira não apenas

¹²⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 29ª Ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 154.

¹²¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 29ª Ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 143.

¹²² CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A fazenda pública em juízo*. 10ª Ed. São Paulo: Dialética, 2012, p. 18.

¹²³ AVILA, Humberto Bergmann. *Repensando o “princípio da supremacia do interesse público sobre o particular”*. In: Ingo Wolfgang Sarlet. (org.). *O Direito Público em tempos de crise: estudos em homenagem a Ruy Ruben Ruschel*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 99-127.

¹²⁴ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Código de processo civil comentado artigo por artigo*. 2ª Ed. rev. e atual. e ampl. São Paulo: Editora RT, 2010, p. 101.

a pessoas jurídicas de direito público ou de direito privado que desempenham atividade administrativa, como é intuitivo, mas também a *órgãos* e a *agentes públicos*. Admite-se que certos órgãos estatais, que *não* têm personalidade jurídica, como foi visto, defendam direitos e interesses institucionais próprios, vinculados à preservação de suas competências ou ao exercício de sua independência e funcionamento. Destaque-se, por oportuno, a lição de Athos Gusmão Carneiro:

Igualmente são admitidos a litigar, em certos casos, os próprios *órgãos* de pessoas jurídicas: a Câmara de Vereadores, v.g., ou o Tribunal de Justiça (embora a personalidade jurídica pertença ao Município, ou ao Estado), podem agir em juízo quando em defesa de interesses peculiares ao próprio órgão (não é incomum o uso de mandado de segurança por Câmaras de Vereadores).¹²⁵

Ademais, agentes públicos, *nessa qualidade*, não raro se afiguram em juízo, em especial no âmbito da via estreita do mandado de segurança, *writ* historicamente associado, juntamente com a ação popular, à proteção dos interesses do cidadão frente ao Estado. À guisa de exemplo, tem-se o parlamentar legitimado a impetrá-lo preventivamente contra projeto de lei ou de emenda à Constituição ofensivos ao devido processo legislativo constitucional; assim também a autoridade coatora no *mandamus*, que nem parte é, posto que se restringe, em vista de seu *dever* de prestar informações sobre o ato reputado ilegal ou abusivo, a produzir contraprova ao pretense direito líquido e certo veiculado pelo impetrante.¹²⁶

Tudo isso está a demonstrar que a Fazenda Pública em sentido técnico-processual, o Estado em juízo, exclusivamente em favor de quem o ordenamento jurídico confere uma série de prerrogativas processuais, é um *minus* em relação à Administração Pública. Integram o conceito de Fazenda Pública tão somente as *pessoas jurídicas de direito público interno*, que são, *ex vi* do artigo 41 do Código Civil, a *União*, os *Estados*, o *Distrito Federal*, os *Municípios* e suas respectivas *autarquias* e *fundações públicas*, além dos *consórcios públicos* constituídos sob a forma de associação pública.¹²⁷ Portanto, *não* estão contempladas no conceito de Fazenda Pública as empresas públicas¹²⁸ nem as sociedades de economia mista,

¹²⁵ CARNEIRO, Athos Gusmão. *Intervenção de terceiros*. 19ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 23.

¹²⁶ Sobre o conceito de parte no mandado de segurança e a natureza jurídica das informações prestadas pela autoridade coatora, conferir, com proveito, ALMEIDA, Gregório Assagra de *et al. Mandado de segurança: introdução e comentários à lei 12.016, de 7-8-2009 (artigo por artigo) com indicação do PLS n. 222/2010*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 214-220.

¹²⁷ CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A fazenda pública em juízo*. 10ª Ed. São Paulo: Dialética, 2012, p. 15-18.

¹²⁸ À Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT), não obstante constituída sob a forma de empresa pública federal, são extensíveis as prerrogativas processuais gozadas pela Fazenda Pública. É pessoa jurídica de direito privado *equiparada* à Fazenda Pública, dada a peculiaridade de prestar, em regime de monopólio, o serviço público postal no Brasil (artigo 21, X, da CF). Quando operada a descentralização desse serviço público, em 1969, foi editado o Decreto-Lei nº 509/69, cujo artigo 12 o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 220.906/DF, reconheceu recepcionado pela Constituição de 1988. O artigo 12 do Decreto-Lei nº 509/69 dispõe

peças jurídicas de direito privado que, em que pese componentes da Administração Pública indireta, de resto sujeitam-se “ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários”, conforme dispõe o artigo 173, §1º, II, da Constituição Federal. Dá-se o nome de “Direito Processual Público” ao sistema de normas que regem a atuação da Fazenda Pública em juízo, compreendida nesses termos.

Registre-se, ainda, que a exegese do conceito de Fazenda Pública já foi mais restritiva no processo civil brasileiro, abrangendo tão somente as pessoas jurídicas de direito público da Administração direta ou centralizada, *i.e.*, as *entidades políticas* a que alhures se fez referência. Bem o demonstram a necessidade de editar o Decreto-Lei nº 7.659/45, para estender às autarquias o benefício de prazos em quádruplo para contestar e em dobro para recorrer que o artigo 32 do CPC/39 já conferia aos representantes da Fazenda Pública;¹²⁹ e a de editar o artigo 10 da Lei nº 9.469/97, para explicitar que se aplicariam às autarquias e às fundações públicas esse mesmo benefício de prazos ampliados e o reexame necessário das sentenças contra elas proferidas, em vista da redação originária do artigo 475 do CPC/73.¹³⁰

que “a ECT gozará de isenção de direitos de importação de materiais e equipamentos destinados aos seus serviços, dos *privilégios concedidos à Fazenda Pública*, quer em relação a imunidade tributária, direta ou indireta, *impenhorabilidade* de seus bens, rendas e serviços, quer no concernente a *foro, prazos e custas processuais*” (grifo nosso). BRASIL. Decreto-Lei nº 509, de 20 de março de 1969. Planalto. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del0509.htm>. Acesso em: 10 nov. 2013. O acórdão do Recurso Extraordinário a que se fez referência está assim ementado: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS. IMPENHORABILIDADE DE SEUS BENS, RENDAS E SERVIÇOS. RECEPÇÃO DO ARTIGO 12 DO DECRETO-LEI Nº 509/69. EXECUÇÃO. OBSERVÂNCIA DO REGIME DE PRECATÓRIO. APLICAÇÃO DO ARTIGO 100 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. 1. À empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, pessoa jurídica equiparada à Fazenda Pública, é aplicável o privilégio da impenhorabilidade de seus bens, rendas e serviços. Recepção do artigo 12 do Decreto-Lei nº 509/69 e não-incidência da restrição contida no artigo 173, § 1º, da Constituição Federal, que submete a empresa pública, a sociedade de economia mista e outras entidades que explorem atividade econômica ao regime próprio das empresas privadas, inclusive quanto às obrigações trabalhistas e tributárias. 2. Empresa pública que não exerce atividade econômica e presta serviço público da competência da União Federal e por ela mantido. Execução. Observância ao regime de precatório, sob pena de vulneração do disposto no artigo 100 da Constituição Federal. Recurso extraordinário conhecido e provido. Brasil. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 220.906. Recorrente: EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS – ECT. Recorrido: ISMAR JOSÉ DA COSTA. Relator: Min. MAURÍCIO CORRÊA. 16/11/2000. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28220906%2E+OU+220906%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/avj98ck>>. Acesso em: 10 nov. 2013.

¹²⁹ ALVES, Francisco Glauber Pessoa. *O princípio jurídico da igualdade e o processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 64.

¹³⁰ O artigo 475 do Código de Processo Civil, ora integralmente modificado pela Lei nº 10.352/01, dispunha, em sua redação originária, que estaria sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal, a sentença (I) que anulasse o casamento; (II) proferida contra a União, o Estado e o Município; (III) que julgasse improcedente a execução de dívida ativa da Fazenda Pública. “O reexame necessário ou duplo grau de jurisdição obrigatório foi estendido também para autarquias e fundações públicas pela Lei n. 9.469/97, em seu art. 10, como já mencionado. Antes dessa lei, o art. 475, do Código de Processo Civil, não era claro quanto à incidência do reexame obrigatório para as autarquias (...)” (COSTA, Regina Helena.

De outra banda, em sentido administrativo específico, o termo Fazenda Pública designa as finanças do Estado, isto é, o *Erário*. É dizer: o órgão despersonalizado da Administração direta responsável pela política econômica desenvolvida pelo Governo.¹³¹ É o sentido adotado nas expressões “Ministério da Fazenda” e “Secretaria da Fazenda”.¹³² O sentido técnico-processual de Fazenda Pública tem origem aqui, “porque seu erário é que suporta os encargos patrimoniais da demanda”.¹³³

Vê-se, portanto, que a determinação do alcance da expressão Fazenda Pública é de alto relevo no processo. É que o sistema de prerrogativas processuais “não leva em consideração o conteúdo do direito material *sub judice* (critério objetivo da demanda), mas se limita à análise dos critérios subjetivos da demanda (partes)”.¹³⁴ Significa dizer que, sendo a Fazenda Pública quem pede ou contra quem se pede tutela jurisdicional, gozará ela desse conjunto de privilégios tipificados na lei,¹³⁵ ainda que o direito material debatido no processo não diga respeito ao interesse público autêntico, de que o Estado é depositário.¹³⁶ Esta circunstância, aliás, reconforta o entendimento aqui propugnado de que as prerrogativas processuais não têm espeque no princípio da supremacia do interesse público sobre o particular, como será visto oportunamente.

Assim, à Fazenda Pública, quando parte em demanda judicial, é dispensado um tratamento jurídico distinto em relação ao particular por meio de um plexo de prerrogativas, a saber: prazos em quádruplo para contestar e em dobro para recorrer (art. 188, CPC);¹³⁷

As prerrogativas e o interesse da justiça. In BUENO, Cássio Scarpinella; SUNDFELD, Carlos Ari (coords). *Direito Processual Público*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 86).

¹³¹ CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A fazenda pública em juízo*. 10ª Ed. São Paulo: Dialética, 2012, p. 15.

¹³² BENUCCI, Renato Luís. *Antecipação da tutela em face da Fazenda Pública*. São Paulo: Dialética, 2001, p. 43.

¹³³ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 39ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 809.

¹³⁴ SPALDING, Mauro. *Execução contra a fazenda pública federal*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 94.

¹³⁵ Não se desconhece que parcela da doutrina reserve a expressão *privilégios* àquelas prerrogativas processuais da Fazenda Pública reputadas inconstitucionais, por violação ao direito fundamental à igualdade e à paridade de armas. Parece o caso da doutrina de Marinoni e de Mitidiero, em que se verificam a dispensa de depósito para a propositura de ação rescisória (art. 488, parágrafo único, do CPC) e o incidente de suspensão de segurança (arts. 15 da Lei 12.016/09, 12, §1º, da Lei 7.347/85, 16 da Lei 9.507/97, 25 da Lei 8.038/90 e 4º da Lei 8.437/92) elencados como exemplos de *privilégios injustificados* do Poder Público no processo. SARLET, Ingo Wolfgang *et al.* *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Editora RT, 2012, p. 641-642. No mesmo sentido, Leonardo Carneiro da Cunha, para quem os privilégios consistem em vantagens destituídas de fundamento, sem atender ao princípio da igualdade. CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A fazenda pública em juízo*. 10ª Ed. São Paulo: Dialética, 2012, p. 33. Já a doutrina de Francisco Glauber Pessoa Alves alerta para a distinção entre prerrogativas e privilégios na perspectiva do interesse: “as primeiras derivam e somente se justificam em virtude de interesses públicos, ao passo que os segundos dizem respeito a interesses próprios” (ALVES, Francisco Glauber Pessoa. *O princípio jurídico da igualdade e o processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 44). Para os fins deste trabalho, os termos “prerrogativas”, “privilégios” e “favores legais” são indistintamente utilizados.

¹³⁶ As definições de interesse público primário e de interesse público secundário serão apresentadas no capítulo seguinte.

¹³⁷ Onde se lê “prazo em quádruplo para *contestar*”, leia-se “prazo em quádruplo para *responder*”. Não há razão plausível para, quanto aos prazos, discriminar a contestação da reconvenção e das exceções de incompetência, de

desnecessidade de adiantamento de despesas dos atos processuais (art. 27, CPC);¹³⁸ dispensa de preparo para interposição de recurso, quando a lei o exige (art. 511, §1º, CPC);¹³⁹ dispensa de depósito prévio para ajuizamento de ação rescisória (art. 488, parágrafo único, CPC); fixação de honorários advocatícios consoante apreciação equitativa do juiz, quando for vencida (art. 20, §4º, CPC); reexame necessário como condição de eficácia da sentença contra ela proferida (art. 475, CPC); regime de execução por quantia certa à ordem cronológica dos precatórios requisitórios de pagamento (art. 730, CPC c/c art. 100, CF); regime próprio para cautela do crédito fiscal e para execução judicial da Dívida Ativa (Lei nº 8.397/92, Lei nº 6.830/80); intervenção anódina (art. 5º, Lei nº 9.469/97); pedido de suspensão de segurança e de liminar (art. 15, Lei 12.016/09; art. 12, §1º, Lei 7.347/85; art. 16, Lei 9.507/97; art. 25, Lei 8.038/90; art. 4º, Lei 8.437/92); sistema de restrições à concessão de provimentos antecipatórios (art. 1º, Lei nº 9.494/97; art. 1º, Lei nº 8.437/92; art. 7º, §2º, Lei nº 12.016/09); etc.

Por fim, cabe o registro de que algumas dessas prerrogativas não passam pelo crivo da isonomia.¹⁴⁰ A dispensa de depósito prévio para ajuizamento de ação rescisória é um exemplo: além de malferir a igualdade, porque não parece que a indisponibilidade do interesse público autorize apenas a Fazenda a ajuizar ações temerárias contra o particular (jamais o contrário!), o privilégio ainda enfraquece, de modo inconstitucional, a regra da coisa julgada.¹⁴¹ Assim também a prerrogativa de fixação de honorários advocatícios consoante a apreciação equitativa do juiz, em regra abaixo dos parâmetros de dez a vinte por cento sobre o valor da condenação: ressalvadas aquelas ações cuja propositura é necessária em face da Fazenda Pública - a ação autônoma de execução por quantia certa fundada em título judicial é um exemplo -, não há razão para que seja ela dispensada de arcar integralmente com os ônus da demanda a que deu causa. O argumento de proteção ao Erário é insuficiente e não

impedimento e de suspeição, até mesmo porque a contestação e a reconvenção devem ser oferecidas *simultaneamente*, conforme disciplina o art. 299 do CPC. Veja-se que o art. 297 uniformiza o prazo para o oferecimento de *todas* as respostas do réu (15 dias, em quádruplo quando a parte for a Fazenda Pública). Sobre o tema, amplamente, CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A fazenda pública em juízo*. 10ª Ed. São Paulo: Dialética, 2012, p. 37-70.

¹³⁸ Salvo quanto aos *honorários do perito*. Dispõe a Súmula 232 do Superior Tribunal de Justiça que “a Fazenda Pública, quando parte no processo, fica sujeita à exigência do depósito prévio dos honorários do perito”. Disponível em:

<http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/toc.jsp?tipo_visualizacao=RESUMO&livre=honor%Elrios+do+perito&b=SUMU&thesaurus=JURIDICO>. Acesso em: 10 nov. 2013.

¹³⁹ A lei *não* exige o preparo, *seja quem for o recorrente*, tão somente dos seguintes recursos: (i) embargos de declaração (art. 536, CPC); (ii) agravo retido (art. 522, parágrafo único, CPC); e (iii) agravo nos próprios autos contra denegação de seguimento dos recursos extraordinário e especial (art. 544, §2º, CPC).

¹⁴⁰ Conferir ALVES, Francisco Glauber Pessoa. *O princípio jurídico da igualdade e o processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

¹⁴¹ SARLET, Ingo Wolfgang *et al.* *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Editora RT, 2012, p. 641-642.

sobrepuja aquele outro, segundo o qual os patronos das partes devem ser remunerados de forma condigna e proporcional à sucumbência.

Daí já se vê que o exame adequado dos privilégios processuais à luz da igualdade reclama uma pesquisa autônoma. Reitera-se que o propósito do presente estudo se limita à análise do sistema de restrições à concessão de provimentos antecipatórios, sob o ângulo do direito fundamental à tutela jurisdicional adequada, efetiva e tempestiva.

3.2 A desconstrução do princípio da supremacia do interesse público sobre o particular

Diz-se com larga aceitação que as prerrogativas conferidas ao Estado derivam do princípio da *supremacia* do interesse público sobre o particular, que estaria *implícito* no ordenamento jurídico brasileiro. É a lição clássica da doutrina quando trata do regime jurídico-administrativo: visualiza-se, como corolário daquele princípio, a posição privilegiada dos órgãos encarregados de zelar pelo interesse público, posição essa que se traduziria em prerrogativas materiais e processuais.¹⁴² A título exemplificativo, seriam prerrogativas alcançadas pela ordem jurídica ao Poder Público, em razão da sobredita supremacia, a presunção de legitimidade dos atos administrativos, o exercício do poder de polícia administrativa (art. 145, II, CF c/c art. 78, CTN), a competência constitucional para promover a desapropriação (art. 5º, XXIV, CF), etc.; no plano processual, todos aqueles favores legais descritos no capítulo anterior.

Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, constituiriam os alicerces de todo o Direito Administrativo o princípio da *indisponibilidade* dos interesses públicos pela Administração e o princípio da *supremacia* do interesse público sobre o privado.¹⁴³ A respeito deste último, anota o professor emérito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo:

Trata-se de verdadeiro axioma reconhecível no moderno Direito Público. **Proclama a superioridade do interesse da coletividade, firmando a prevalência dele sobre o do particular, como condição, até mesmo, da sobrevivência e asseguramento deste último.** É pressuposto de uma ordem social estável, em que todos e cada um possam sentir-se garantidos e resguardados.¹⁴⁴

¹⁴² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 29ª Ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 70.

¹⁴³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 29ª Ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 53-59.

¹⁴⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 29ª Ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 70 (grifo nosso).

A mesma visão é compartilhada por Hely Lopes Meirelles, quando discorre sobre interpretação no Direito Administrativo. As palavras do falecido administrativista merecem destaque:

Com efeito, enquanto o Direito Privado repousa sobre a igualdade das partes na relação jurídica, **o Direito Público assenta em princípio inverso, qual seja, o da supremacia do Poder Público sobre os cidadãos, dada a prevalência dos interesses coletivos sobre os individuais. Dessa desigualdade originária entre a Administração e os particulares resultam inegáveis privilégios e prerrogativas para o Poder Público**, privilégios e prerrogativas que não podem ser desconhecidos nem desconsiderados pelo intérprete ou aplicador das regras e princípios desse ramo do Direito. **Sempre que entrarem em conflito o direito do indivíduo e o interesse da comunidade, há de prevalecer este (...).**¹⁴⁵

Sucedo que o princípio em questão passa hoje, senão por uma impostergável desconstrução, por uma verdadeira crise de identidade. Como se verá, uma postura teórica que esteja compromissada com a realização máxima das normas constitucionais e que prestigie a centralidade ocupada pelos direitos fundamentais no sistema jurídico, não admite que subsista um suposto princípio de prevalência do interesse público sobre o interesse particular. Isso por um conjunto de razões que serão a seguir alinhadas, não sem antes se proceder a uma aproximação à noção de “interesse público”. Afinal, o que vem a ser esse tão propalado interesse?

É evidente que as fronteiras do presente estudo não permitem muito avançar sobre uma investigação acerca do conceito de interesse público, cuja satisfação, em última análise, informa o norte da Administração Pública.¹⁴⁶ Não obstante, não há como refutar o tal “princípio” que lhe outorga supremacia frente ao particular, visando ao problema do fundamento de validade das prerrogativas da Fazenda Pública em juízo, sem que se lhe dê contornos mínimos. Portanto, vai encampada provisoriamente a definição clássica proposta por Bandeira de Mello, para quem o interesse público *“deve ser conceituado como o interesse resultante do conjunto dos interesses que os indivíduos pessoalmente têm quando*

¹⁴⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 39ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 50 (grifo nosso).

¹⁴⁶ O artigo 2º da Lei nº 9.784/99, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, dispõe que “a Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, *interesse público* e eficiência”. O parágrafo único do referido dispositivo arrola uma série de critérios a serem observados no âmbito dos processos administrativos, entre os quais se destacam: atendimento a *fins de interesse geral*; objetividade no *atendimento do interesse público*; adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao *atendimento do interesse público*; interpretação da norma administrativa da forma que melhor garanta o *atendimento do fim público a que se dirige*, vedada aplicação retroativa de nova interpretação. BRASIL. Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999. Planalto. Disponível em:

< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9784.htm>. Acesso em: 12 nov. 2013.

considerados em sua qualidade de membros da Sociedade e pelo simples fato de o serem".¹⁴⁷ Prossegue o mencionado jurista, aduzindo que o interesse público corresponde à faceta ou à dimensão coletiva dos interesses individuais dos vários membros do corpo social.¹⁴⁸

À luz da abertura semântica que comporta o seu pressuposto de incidência, a revelar um termo indeterminado, e em havendo conseqüências jurídicas prefixadas, aqui e acolá, para o seu desatendimento, o interesse público encerra um conceito jurídico indeterminado.¹⁴⁹ A vagueza da expressão preocupa Daniel Sarmento, pela possibilidade de que seja manejado pelas autoridades públicas para perigosas malversações. O referido autor alude à "absoluta indeterminação do conceito de interesse público, em profunda crise no contexto de fragmentação e pluralismo que caracteriza as sociedades contemporâneas".¹⁵⁰ De resto, o interesse público identifica-se com as noções de *ordem, saúde, segurança e economia* públicas, valores que, quando ameaçados por decisões que concedem a segurança ou antecipam a tutela, desafiam o autoritário incidente de suspensão de efeitos.

Faz-se oportuna uma distinção importada da doutrina italiana e que constitui premissa para o presente estudo: aquela entre interesse público primário e interesse público secundário. O interesse público autêntico ou propriamente dito cujo zelo é confiado ao Estado, quer dizer, o interesse dos indivíduos enquanto integrantes da coletividade, não se confunde com o interesse do aparato estatal (interesse secundário). Conforme apregoa Celso Antônio Bandeira de Mello, não se deve identificar o interesse público "com quaisquer interesses da *entidade que representa o todo* (isto é, o Estado e demais pessoas de Direito Público interno)".¹⁵¹ O interesse público "primário" é o interesse da coletividade, que justifica a existência do próprio Estado: o Poder Público está aí para garantir justiça e segurança e para promover o bem-estar social, realizando os direitos fundamentais – e se essa assertiva é verdadeira, já se percebe que a satisfação do interesse público passa pela satisfação de interesses individuais, como será visto.

¹⁴⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 29ª Ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 62 (grifos no original).

¹⁴⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 29ª Ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 62.

¹⁴⁹ Sobre técnicas legislativas abertas e casuísticas no Estado Constitucional, diferenciando os conceitos jurídicos indeterminados das cláusulas gerais, com apoio na doutrina de Judith Martis-Costa, MITIDIERO, Daniel. *Antecipação da tutela: da tutela cautelar à técnica antecipatória*. São Paulo: Editora RT, 2013, p. 149-151.

¹⁵⁰ SARMENTO, Daniel. *Interesses públicos vs. interesses privados na perspectiva da teoria e da filosofia constitucional*. In SARMENTO, Daniel. *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 27.

¹⁵¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 29ª Ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 66 (grifos no original).

Outra coisa é o interesse do Estado enquanto pessoa, que se convencionou chamar de “secundário”: assim como as demais pessoas do tráfego jurídico, também o Estado pode ter interesses que lhe são particulares e não coincidentes, necessariamente, com os da coletividade.¹⁵² Após afirmar - e este ponto é essencial - que o interesse secundário só poderia ser perseguido pelo Estado quando *coincidente* com o interesse público primário, Celso Antônio Bandeira de Mello exemplifica essa possibilidade, não rara, de que ambos os interesses se contraponham:

Poderíamos acrescentar que seria concebível um interesse da pessoa Estado em recusar administrativamente – e até a questionar em juízo, se convocado aos pretórios – responsabilidade patrimonial por atos lesivos a terceiros, mesmo que os houvesse causado. Teria interesse em pagar valor ínfimo nas desapropriações, isto é, abaixo do justo, inobstante o preceito constitucional. Com todos estes expedientes, muitos dos quais infelizmente (e injustamente) adota, resguardaria ao máximo seu patrimônio, defendendo interesses à moda de qualquer outro sujeito, mas agrediria a ordem normativa. Ocorre que em todas estas hipóteses estará agindo contra o Direito, divorciado do interesse público, do interesse primário que lhe assiste cumprir.¹⁵³

No âmbito do processo, também Regina Helena Costa visualiza essa possibilidade de contraposição entre o interesse público primário e o secundário:

Nessas condições, para o Estado, enquanto pessoa, pode interessar retardar o máximo possível o desfecho de uma ação. Ainda mais se for vencido em primeiro e em segundo graus. **Tal circunstância, que pode ser interesse público secundário na visão de Renato Alessi, não corresponde ao interesse público primário.** O interesse público autêntico é: o Estado foi condenado e deve honrar o compromisso, a decisão. Ele deve acatar a decisão de um braço do próprio Estado, que é o Judiciário. Esse, obrigatoriamente, é o comportamento que deve ser prestigiado.¹⁵⁴

Em termos gerais, o interesse público secundário, de natureza *instrumental* ao primário, identifica-se com o interesse do Erário: aumentar a arrecadação e diminuir a despesa, mister a cargo da Advocacia Pública (art. 131, CF). Com efeito, “sem recursos adequados, o Estado não tem capacidade de promover investimentos sociais nem de prestar de maneira adequada os serviços públicos que lhe tocam”.¹⁵⁵ Por outro lado, a tutela do interesse público primário cumpre precipuamente ao Ministério Público, órgão de defesa da ordem

¹⁵² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 29ª Ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 66.

¹⁵³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 29ª Ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 67.

¹⁵⁴ COSTA, Regina Helena. *As prerrogativas e o interesse da justiça*. In BUENO, Cássio Scarpinella; SUNDFELD, Carlos Ari (coords). *Direito Processual Público*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 85 (grifo nosso).

¹⁵⁵ BARROSO, Luís Roberto. Prefácio: *O estado contemporâneo, os direitos fundamentais e a redefinição da supremacia do interesse público*. In SARMENTO, Daniel. *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. xiv.

jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (art. 127, CF).

Assentadas tais premissas, o primeiro argumento contrário à subsistência do princípio da supremacia do interesse público sobre o particular no ordenamento jurídico brasileiro diz com o próprio conceito de norma-princípio. No Estado Constitucional, *princípios jurídicos* são normas que impõem um estado ideal de coisas a ser promovido, sem indicar, de antemão, quais os comportamentos necessários à sua promoção.¹⁵⁶ Na linha de Humberto Ávila, princípios têm a pretensão de mera complementaridade e de parcialidade: “não têm a pretensão de gerar uma solução específica, mas de contribuir, ao lado de outras razões, para a tomada de decisão”.¹⁵⁷ Ora, passa algo bem diverso no caso do “princípio” em tela, posto que a decisão já foi tomada: é determinada a prevalência abstrata e absoluta do interesse público, independentemente das possibilidades fáticas e jurídicas do caso concreto. A supremacia *a priori* que o tal princípio impõe não admite que ele seja realizado gradualmente nem permite que ele seja ponderado com outro, que socorra o interesse privado: “a prevalência é a única possibilidade (ou grau) normal de sua aplicação”.¹⁵⁸

Também pesa contra a existência do princípio da supremacia do interesse público sobre o particular a ausência de fundamentos jurídico-positivos de validade. Com efeito, reconhece Bandeira de Mello que tal princípio “não se radica em dispositivo específico algum da Constituição”.¹⁵⁹ Não obstante, dada a possibilidade de existir norma desprovida de

¹⁵⁶ Não se desconhece que Celso Antônio Bandeira de Mello tem outra definição para os princípios. Para ele, “princípio é, pois, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para exata compreensão e inteligência delas, exatamente porque define a lógica e a racionalidade do sistema normativo, conferindo-lhe a tônica que lhe dá sentido harmônico. Eis porque: violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos” (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 29ª Ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 54). Não obstante, não se adota aqui o critério do grau de fundamentalidade para a distinção entre princípios e regras. Os critérios de dissociação ora utilizados são o da (i) natureza do comportamento prescrito, o da (ii) natureza da justificação exigida e o da (iii) medida de contribuição para a decisão, desenvolvidos por Humberto Ávila em seu clássico *Teoria dos princípios*. Daí que, ao contrário do que pretende aquele administrativista, descumprir uma regra é que se revela de maior gravidade, pois nela a conduta que se exige é descrita de modo frontal. ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 13ª Ed., rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 111-112.

¹⁵⁷ ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 13ª Ed., rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 84.

¹⁵⁸ ÁVILA, Humberto Bergmann. *Repensando o “princípio da supremacia do interesse público sobre o particular”*. In: Ingo Wolfgang Sarlet. (Org.). *O Direito Público em tempos de crise: estudos em homenagem a Ruy Ruben Ruschel*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 99-127, p. 108.

¹⁵⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 29ª Ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 99.

dispositivo que lhe sirva de suporte, cumpre perquirir minimamente se o princípio da supremacia do interesse público resulta, ou não, da interpretação sistemática da CF/88.¹⁶⁰

A toda evidência, deduzir um princípio de supremacia de interesses públicos frente a particulares de uma Constituição cujo ponto alto é um amplo catálogo de direitos fundamentais – relacionados sobremaneira à tutela *do indivíduo* contra o Estado (abstenções) e pelo Estado (prestações) –, implica subverter a tônica constitucional. Não se pode deixar aqui de reprisar o pensamento de Humberto Ávila, quem primeiro na doutrina jogou luzes sobre o tema:

A Constituição brasileira institui normas-princípios fundamentais, também partindo da dignidade da pessoa humana: direitos subjetivos são protegidos, procedimentos administrativos garantidos; o asseguramento da posição dos indivíduos e de seus interesses privados é estabelecido frente ao concorrente interesse público; etc. A Constituição brasileira, muito mais do que qualquer outra, é uma Constituição cidadã, justamente pela particular insistência com que protege a esfera individual e pela minúcia com que define as regras de competência da atividade estatal.¹⁶¹

A posição central dos direitos e garantias fundamentais decorre de inúmeros fatores, a saber: da inversão topológica promovida pela Carta de 88, de modo a consagrá-los com precedência à organização do Estado, ao contrário do que ocorria nos pactos constitucionais anteriores – e essa inversão “não foi gratuita”;¹⁶² de sua recondução, em maior ou menor grau, à dignidade da pessoa humana, valor fundante da República, conforme o inciso III do artigo 1º da Constituição;¹⁶³ de sua aplicabilidade imediata, prevista no parágrafo 1º do artigo 5º da CF/88; de seu rol não exaustivo, haja vista a cláusula de abertura para outros direitos decorrentes do regime, dos princípios adotados ou dos tratados internacionais celebrados, prevista no parágrafo 2º do mesmo artigo; de sua instituição como princípios constitucionais sensíveis, legitimando a intervenção federal nos Estados-membros que os violarem, consoante a alínea *b* do inciso VII do artigo 34 da Constituição; ainda, de sua petrificação no texto

¹⁶⁰ “Ou a interpretação jurídica é sistemática ou não é interpretação”, na lição clássica de Juarez Freitas. Amplamente, FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do direito*. 5ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 65-85.

¹⁶¹ AVILA, Humberto Bergmann. *Repensando o “princípio da supremacia do interesse público sobre o particular”*. In: Ingo Wolfgang Sarlet. (Org.). *O Direito Público em tempos de crise: estudos em homenagem a Ruy Ruben Ruschel*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 99-127, p. 109.

¹⁶² SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. 1ª reimpressão. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 172.

¹⁶³ “Onde não houver respeito pela vida e pela integridade física e moral do ser humano, onde as condições mínimas para uma existência digna não forem asseguradas, onde não houver uma limitação do poder, enfim, onde a liberdade e a autonomia, a igualdade em direitos e dignidade e os direitos fundamentais não forem reconhecidos e assegurados, não haverá espaço para a dignidade da pessoa humana” (MARMELSTEIN, George. *Curso de direitos fundamentais*. 4ª Ed. São Paulo: Atlas, 2013, p.16).

constitucional, operada pelo inciso IV do parágrafo 4º do artigo 60 da Carta Magna, a atribuir-lhes o “máximo entrincheiramento”.¹⁶⁴

Todos os aspectos acima elencados atestam a relevância material que a Constituição atribui aos direitos fundamentais, em grande medida ligados a interesses particulares;¹⁶⁵ são tão caros à ordem jurídica brasileira que qualquer supremacia *a priori* que os contraria deve ser, de plano, descartada. Não por outra razão Ávila cogita de que, se fosse deduzível da Constituição um princípio de prevalência, ele apontaria para o sentido inverso, qual seja, em favor da proteção dos interesses privados.¹⁶⁶

Ademais, a satisfação do interesse público passa muitas vezes pela realização de interesses particulares, quando se vê que a qualificação de um interesse como público deve se dar com referência ao ordenamento jurídico, isto é, ao que dispõem a Constituição e as leis. Não fosse assim, jamais aquela indeterminação conceitual alhures referida seria concretizada. Nessa quadra, Celso Antônio Bandeira de Mello, quiçá o maior defensor do “princípio” em debate, parece responder à crítica que lhe foi dirigida, ao transitar do conceito lógico-jurídico ao jurídico-positivo de interesse público: “a proteção do interesse privado *nos termos do que estiver disposto na Constituição*, é, também ela, um interesse público”.¹⁶⁷ Ocorre que o administrativista subscreve o argumento aqui utilizado não para fulminar o princípio da supremacia, senão para reafirmá-lo.¹⁶⁸

De todo modo, é certo que o interesse público e o interesse particular são noções indissociáveis. Na lição de Ávila, ambos “estão de tal forma instituídos pela Constituição brasileira que não podem ser separadamente descritos na análise da atividade estatal e de seus

¹⁶⁴ A expressão é de SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. 1ª reimpressão. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 291.

¹⁶⁵ “No caso brasileiro, por exemplo, a Constituição claramente situa em patamar superior, sob o ponto de vista material, os direitos fundamentais, se comparados, por exemplo, a princípios constitucionais da administração pública ou da ordem econômica” (SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. 1ª reimpressão. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 505-506).

¹⁶⁶ AVILA, Humberto Bergmann. *Repensando o “princípio da supremacia do interesse público sobre o particular”*. In: Ingo Wolfgang Sarlet. (Org.). *O Direito Público em tempos de crise: estudos em homenagem a Ruy Ruben Ruschel*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 99-127, p. 118.

¹⁶⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 29ª Ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 69 (grifos no original).

¹⁶⁸ Não se pode perder de vista que Celso Antônio Bandeira de Mello também o define como *axioma*, como dogma auto-evidente; o problema, na verdade, está em reconhecê-lo como *norma-princípio* a exigir indiretamente comportamentos, já que esta, diferentemente daquele, depende de raiz, expressa ou implícita, no direito positivo. Diz o professor: “Só mesmo em uma visão muito pedestre ou desassistida do mínimo bom senso é que se poderia imaginar que o princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado não está a reger nos casos em que sua realização traz consigo a proteção de bens e interesses individuais e que, em tais hipóteses, o que ocorre ... é a supremacia inversa, isto é, do interesse privado!” (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 29ª Ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 69).

fins. *Elementos privados estão incluídos nos próprios fins do Estado*".¹⁶⁹ Também para Gustavo Binbenojm a imbricação constitucional entre os interesses difusos da coletividade e os concernentes ao indivíduo não permite que se estabeleça "a prevalência teórica e antecipada de uns sobre outros".¹⁷⁰ Daí que, se em regra há convergência, se ao realizar o interesse público não raro é implementado o interesse particular, cai por terra o "princípio" em análise, cuja aplicação pressupõe colisão invariavelmente solucionada em detrimento do particular.

Não bastasse o que já se disse, ainda concorre para a insubsistência do princípio da supremacia do interesse público sobre o particular a sua incompatibilidade com os postulados normativos da concordância prática e da proporcionalidade.

A *concordância prática* impõe ao intérprete que, na solução de antinomias constitucionais, preserve, ao máximo possível, cada um dos bens jurídicos envolvidos, sem que a realização de um implique o sacrifício do outro. Tal postulado está relacionado ao princípio hermenêutico da *unidade* da Constituição, que inviabiliza o reconhecimento de hierarquia formal entre normas constitucionais originárias. Assim, se um determinado fato envolve campos de atuação de normas constitucionais que apontam para valores total ou parcialmente contrários, é de rigor que sejam todos harmonizados. Esclarece Humberto Ávila: "como existe uma relação de tensão entre os princípios e as regras constitucionais, especialmente entre aqueles que protegem os cidadãos e aqueles que atribuem poderes ao Estado, deve ser buscado um equilíbrio entre eles".¹⁷¹

A *proporcionalidade*, de larga aplicação na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, é também um postulado empregado para equacionar colisões entre normas constitucionais, com a diferença, em relação à concordância prática, de que oferece critérios para orientar a otimização dos bens jurídicos envolvidos e exige necessariamente uma relação de causalidade entre meio e fim.¹⁷² São três os exames ou *subprincípios* inerentes à proporcionalidade: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

¹⁶⁹ ÁVILA, Humberto Bergmann. *Repensando o "princípio da supremacia do interesse público sobre o particular"*. In: Ingo Wolfgang Sarlet. (Org.). *O Direito Público em tempos de crise: estudos em homenagem a Ruy Ruben Ruschel*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 99-127, p. 111 (grifos no original).

¹⁷⁰ BINENBOJM, Gustavo. *Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o direito administrativo*. In SARMENTO, Daniel. *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 149.

¹⁷¹ ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 13ª Ed., rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 166.

¹⁷² ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 13ª Ed., rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 187.

Em apertada síntese: a adequação exige que o meio adotado seja apto a contribuir para o alcance do fim; “*é inadequado tentar tapar o sol com uma peneira*”; a necessidade impõe que, dentre meios alternativos igualmente idôneos à promoção do fim, seja escolhido aquele menos gravoso aos bens afetados; “*é desnecessário amputar a perna para solucionar o rompimento de menisco*”; e a proporcionalidade em sentido estrito determina que a restrição causada pela adoção do meio seja compensada pelas vantagens ligadas à promoção do fim; “*é desproporcional matar um pardal com um tiro de canhão*”.¹⁷³

Ora, a todas as luzes há incompatibilidade entre o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular e os postulados mencionados; se estas metanormas primam por uma solução ótima dos interesses em jogo, que privilegie a realização de ambos na maior medida possível, aquele suposto princípio guia a interpretação de modo unidirecional: a realização é do interesse público, à custa do privado.¹⁷⁴ Sucede que os interesses públicos e particulares têm igual acento na Constituição, e esta não admite, como visto, hierarquia entre normas originárias.

Daniel Sarmento, na mesma quadra, também objeta ao princípio da supremacia do interesse público sobre o particular os dois postulados:

(...) O princípio da supremacia do interesse público sobre o particular, ao afirmar a superioridade *a priori* de um dos bens em jogo sobre o outro, elimina qualquer possibilidade de sopesamento, premiando de antemão, com a vitória completa e cabal, o interesse público envolvido, independentemente das nuances do caso concreto, e impondo o conseqüente sacrifício do interesse privado contraposto. Ao invés da procura racional de solução equilibrada entre o interesse público e privado implicados no caso, prestigia-se apenas um dos pólos da relação, o que se afigura também incompatível com o princípio de hermenêutica constitucional da concordância prática (...).¹⁷⁵

À luz de tais premissas, não há falar em prevalência abstrata de um interesse sobre o outro. Registre-se que aqui tão somente o *princípio da supremacia* é refutado: não se nega a existência de um *princípio do interesse público* na ordem jurídica, que oriente a atuação da Administração Pública e que possa restringir eventualmente interesses particulares. Este último é inclusive reconhecido de forma expressa, em nível infraconstitucional, pelo artigo 2º

¹⁷³ AVILA, Humberto Bergmann. *Repensando o “princípio da supremacia do interesse público sobre o particular”*. In: Ingo Wolfgang Sarlet. (Org.). *O Direito Público em tempos de crise: estudos em homenagem a Ruy Ruben Ruschel*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 99-127, p. 114 (grifos no original).

¹⁷⁴ AVILA, Humberto Bergmann. *Repensando o “princípio da supremacia do interesse público sobre o particular”*. In: Ingo Wolfgang Sarlet. (Org.). *O Direito Público em tempos de crise: estudos em homenagem a Ruy Ruben Ruschel*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 99-127, p. 113.

¹⁷⁵ SARMENTO, Daniel. *Interesses públicos vs. interesses privados na perspectiva da teoria e da filosofia constitucional*. In SARMENTO, Daniel. *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 100.

da Lei nº 9.784/99.¹⁷⁶ Daí ressaltar Daniel Sarmiento ser preferível, sob todos os aspectos, cogitar de um princípio da tutela do interesse público, para explicitar que o Poder Público deve perseguir o interesse coletivo, nos termos em que definido pela Constituição e pelas leis.¹⁷⁷

Logo, se a norma-princípio de supremacia do interesse público sobre o privado não existe no ordenamento jurídico brasileiro, outro é o fundamento das prerrogativas da Fazenda Pública em juízo. Nesse sentido, tome-se a lição de Juarez Freitas, que concebe o gozo de prerrogativas em geral pelo Estado “não propriamente por supremacia, mas por legitimidade funcional e de natureza institucional, por assim dizer”.¹⁷⁸ Ávila também entende que a posição privilegiada dos órgãos administrativos não corrobora a supremacia do interesse público sobre o particular; para ele, tal posição estaria relacionada simplesmente ao exercício da função pública, “para cujo ótimo desempenho são necessários determinados instrumentos técnicos, devidamente transformados em regras jurídicas”.¹⁷⁹ Aduz o tributarista que as regras procedimentais que instituem privilégios decorrem das próprias normas constitucionais e do desinteresse pessoal, reconduzível ao princípio republicano, que define a função administrativa.¹⁸⁰

Tem prevalecido a posição externada pelo Supremo Tribunal Federal por ocasião do julgamento da ADI nº 1.753-2/DF, em que se discutia a constitucionalidade da ampliação do prazo para a propositura de ações rescisórias pela Fazenda Pública, de dois para cinco anos. Naquela assentada, reconheceu-se que as vantagens à Fazenda Pública decorrentes da ampliação do prazo da rescisória em seu favor não compensariam o elevado gravame imposto aos particulares, notadamente ao direito fundamental à segurança jurídica no processo, que exige o respeito à *regra* da coisa julgada (art. 5º, XXXVI, CF). Em síntese, o ato legislativo

¹⁷⁶ Sobre o princípio do interesse público e sua relação com os direitos fundamentais, FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. 4ª Ed. refundida e ampl. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 54-61. O artigo 2º da Lei nº 9.784/99 dispõe que “a Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, *interesse público* e eficiência” (grifo nosso). BRASIL. Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999. Planalto. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9784.htm>. Acesso em: 16 nov. 2013.

¹⁷⁷ SARMENTO, Daniel. *Interesses públicos vs. interesses privados na perspectiva da teoria e da filosofia constitucional*. In SARMENTO, Daniel. *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 114.

¹⁷⁸ FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. 4ª Ed. refundida e ampl. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 60.

¹⁷⁹ AVILA, Humberto Bergmann. *Repensando o “princípio da supremacia do interesse público sobre o particular”*. In: Ingo Wolfgang Sarlet. (Org.). *O Direito Público em tempos de crise: estudos em homenagem a Ruy Ruben Ruschel*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 99-127, p. 118.

¹⁸⁰ AVILA, Humberto Bergmann. *Repensando o “princípio da supremacia do interesse público sobre o particular”*. In: Ingo Wolfgang Sarlet. (Org.). *O Direito Público em tempos de crise: estudos em homenagem a Ruy Ruben Ruschel*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 99-127, p. 118.

impugnado sucumbiu ao teste da proporcionalidade em sentido estrito.¹⁸¹ Em que pese o voto do relator, Ministro Sepúlveda Pertence, tenha trabalhado, a um só tempo, com os postulados da proporcionalidade e da igualdade, registrou-se que:

A igualdade das partes é imanente ao *procedural due process of law*; quando uma das partes é o Estado, a jurisprudência tem transigido com alguns favores legais que, além da vetustez, tem sido reputados não arbitrários por visarem a compensar dificuldades da defesa em juízo das entidades públicas; se, ao contrário, desafiam a medida da razoabilidade ou da proporcionalidade, caracterizam privilégios inconstitucionais: parece ser esse o caso das inovações discutidas, de favorecimento unilateral aparentemente não explicável por diferenças reais entre as partes e que, somadas a outras vantagens processuais da Fazenda Pública, agravam a consequência perversa de retardar sem limites a satisfação do direito do particular já reconhecido em juízo.¹⁸²

Portanto, a instituição de técnicas processuais diferenciadas em favor da Fazenda Pública decorre das dificuldades de defesa por ela suportadas em juízo ou, ainda, de uma imposição constitucional direta, tal como a do artigo 100 da CF/88, que dispõe que os pagamentos devidos pelos entes federativos devem ser feitos à ordem cronológica de apresentação dos precatórios.¹⁸³ Arriscando transplantar para o âmbito do processo o entendimento de Ávila sobre a posição privilegiada dos órgãos administrativos em geral, tem-se que as prerrogativas processuais devem ser compreendidas como técnicas *adequadas, necessárias e proporcionais* para a ótima atuação da Fazenda Pública em juízo. Fora daí, é inválida a prerrogativa processual fazendária.

Ainda que assim não fosse, de qualquer forma as prerrogativas processuais não poderiam se fundar no princípio da supremacia do interesse público sobre o particular. É que a Fazenda Pública, na imensa maioria das vezes, está em juízo defendendo um interesse patrimonial, isto é, relativo ao Erário. E esse interesse secundário não gozaria de supremacia sobre o particular: mesmo para a visão administrativista tradicional, que admite o contestado princípio, a prevalência é do *interesse público primário* sobre o privado. Veja-se: “as prerrogativas inerentes à supremacia do interesse público sobre o interesse privado só podem ser manejadas legitimamente para o alcance de interesses públicos; não para satisfazer apenas

¹⁸¹ BINENBOJM, Gustavo. *Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade*: um novo paradigma para o direito administrativo. In SARMENTO, Daniel. *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 158.

¹⁸² Brasil. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 1753 MC/DF. Requerente: CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. Requerido: PRESIDENTE DA REPÚBLICA. Relator: Min. SEPÚLVEDA PERTENCE. 16/04/1998. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347250>>. Acesso em: 18 nov. 2013.

¹⁸³ Veja-se, por exemplo, que a norma que amplia os prazos para que a Fazenda Pública ofereça resposta e interponha recurso (art. 188, CPC) tem respaldo na real diferença entre os litigantes: o advogado público não pode recusar causas por estar assoberbado de serviço; a estrutura interna do Poder Público, como foi visto, é complexa, desconcentrada em inúmeros órgãos administrativos em cujos escaninhos, não se sabe qual, poderá estar o documento necessário à elaboração da peça processual pertinente.

interesses ou conveniências tão só do aparelho estatal”.¹⁸⁴ Logo, se não há uma coincidência necessária entre os interesses público primário e secundário, que até mesmo se contrapõem em juízo, como foi visto, descabe cogitar daquele suposto princípio de supremacia como fundamento das prerrogativas fazendárias.

3.3 As restrições legais à viabilidade da técnica antecipatória

São atribuídos ao Estado, na medida em que deles necessita para a persecução das finalidades a que está sujeito de modo cogente, múltiplos poderes e prerrogativas de ordem material e processual. O alcance dos fins preestabelecidos pelo ordenamento jurídico justifica a adoção, pelo Poder Público, de meios que lhes sejam *adequados, necessários e proporcionais*, conquanto diferenciados daqueles disponíveis aos particulares para a gestão de seus interesses. Nesse sentido, viu-se que não é preciso recorrer ao “princípio” da supremacia do interesse público sobre o privado para validar a razão de ser dos instrumentos que o desempenho excelente da função administrativa, *de per si*, reclama.

Todavia, as prerrogativas do Estado representam apenas um dos aspectos que compõem o regime jurídico-administrativo: de outro lado, há severas limitações à atuação do Poder Público, que se traduzem nas mais diversas *sujeições* que o Estado de Direito impõe a si mesmo. Veja-se que, se à Administração Pública toca uma *função*, consistente no “dever de buscar, no *interesse de outrem*, o atendimento de certa finalidade”,¹⁸⁵ a ordem jurídica não se compadece com a disponibilidade sobre aquele interesse, de que o Estado *não* é titular. Daí resulta a idéia de *indisponibilidade do interesse público*, a submeter a Administração direta e indireta de qualquer dos Poderes das entidades federativas a sujeições (concurso público para investidura em cargo ou emprego público, contratação mediante licitação pública, etc.), todas elas reconduzíveis aos princípios elencados no artigo 37 da CF/88, a saber: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. Em que pese a existência de um sem número de limitações, avulta, para os objetivos aqui visados, a inexorável submissão dos atos do Poder Público a um sistema de *controle*, em que se insere e destaca o exercido pelo Poder Judiciário com caráter de definitividade.¹⁸⁶

¹⁸⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 29ª Ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 73.

¹⁸⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 29ª Ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 100 (grifos no original).

¹⁸⁶ O controle da Administração Pública, que é exercido por ela mesma via controle interno, pelo Legislativo, pelo Judiciário e por toda a sociedade, corresponde, para Carvalho Filho, ao “conjunto de mecanismos jurídicos e administrativos por meio dos quais se exerce o poder de fiscalização e de revisão da atividade administrativa

No âmbito do Estado de Direito, ninguém duvida que tenha de ser exigível do Poder Público o respeito à *juridicidade*: à Constituição e à lei, nessa ordem. Ora, de nada vale prefixar os contornos da atuação do Estado, fora dos quais há omissão injustificada ou ingerência descabida sobre a autonomia do indivíduo, se o cidadão não for municiado com instrumentos aptos a sindicá-lo, perante o Poder Judiciário, eventual conduta daquele contrária ao Direito. Sobreleva essa preocupação no contexto do Estado brasileiro, sobretudo a partir da Constituição de 1988: encampada de vez a perspectiva social, tem o Poder Público tomado para si novas tarefas relacionadas à prestação de serviços públicos e à intervenção no domínio econômico, o que incrementa as suas relações jurídicas travadas com a sociedade.¹⁸⁷ Pelo agigantamento da máquina estatal, de um lado, mais utilidades e comodidades são oferecidas aos cidadãos; de outro lado, multiplicam-se as tensões entre o Estado e os particulares, os quais não podem ficar ao desabrigo da tutela jurisdicional.¹⁸⁸

No marco do Estado Constitucional, não se permite ao Poder Público vedar a autotutela ao indivíduo e, em contrapartida, oferecer-lhe um instrumento que não alcança sequer os resultados que o próprio particular, de mão própria, lograria obter se estivesse autorizado a agir. Já se disse que a tutela jurisdicional deve reunir os atributos da adequação, da efetividade e da tempestividade, sob pena de redundar, a depender das exigências do direito material, em uma sentença inútil sobre o mérito. No dizer de Marinoni, o provimento final poderá adquirir “o perfil de mero adorno, a compensar a insatisfação do homem com a ineficiência da justiça e a alegrar aqueles que não desejam um processo efetivo porque têm medo das mudanças sociais que ele poderá realizar”.¹⁸⁹

Sobre a circunstância que ora mais de perto interessa, de a Fazenda Pública figurar no processo como demandada, não há que se modificar tudo o que foi dito até aqui sobre o direito fundamental à tutela jurisdicional adequada, efetiva e tempestiva. Permanecem vinculantes as obrigações que pesam sobre o Estado-legislador e sobre o Estado-juiz de viabilizarem, cada qual a seu modo, um procedimento adequado às peculiaridades do direito material afirmado pelo autor. Significa dizer que o influxo do regime substancial de direito

em qualquer das esferas de Poder” (CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 26ª Ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2013, p. 941 (grifos no original)).

¹⁸⁷ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. 1ª reimpressão. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 81.

¹⁸⁸ Não por acaso a Administração Federal, somente na pessoa da Caixa Econômica Federal (CEF), da União e do Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), figura em mais de 50% dos recursos que são dirigidos ao Supremo Tribunal Federal. Registre-se que a CEF, empresa pública vinculada ao Ministério da Fazenda, não integra o conceito de Fazenda Pública. FALCÃO, Joaquim *et al.* *I Relatório Supremo em Números – o múltiplo Supremo*. FGV/RJ, abril/2011. Disponível em: <<http://supremoemnumeros.fgv.br/relatorios/>>. Acesso em: 29 nov. 2013.

¹⁸⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação da tutela*. 12ª Ed. São Paulo: Editora RT, 2011, p. 138.

público sobre o processo, ainda que justifique um ou outro privilégio legal em favor da Fazenda Pública, não tem o condão de arranhar esse direito instrumental de que dependem todos os demais direitos fundamentais. E nem poderia ser diferente, a menos que se admitisse que o cidadão somente tem direito à tutela jurisdicional adequada, efetiva e tempestiva quando deduz pretensão em face do particular.¹⁹⁰

Nesse sentido, calha reproduzir a lição de Cassio Scarpinella Bueno, em remate ao que foi dito: “o art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, ao estabelecer que a lei não excluirá do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito, *não faz nenhuma distinção entre quem tem esse direito, quem o ameaça, quem o lesiona ou quem sofre a ameaça ou a lesão*”.¹⁹¹ Com efeito, se fosse possível ao Estado-legislador e ao Estado-juiz distinguir a tutela jurisdicional conforme contra quem ela é pedida, seria justamente para potencializá-la nas hipóteses em que o Poder Público é demandado, jamais para enfraquecê-la. Isso porque o Estado-administração, em regra, manifesta vontade no mundo jurídico por meio de atos administrativos que, além de gravosos à esfera jurídica do particular, revestem-se de qualidades não extensíveis aos atos regidos pelo direito privado. A exceção fica por conta da categoria dos atos ampliativos, que aumentam a esfera jurídica do destinatário.

Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, são atributos dos atos administrativos: a *presunção de legitimidade* (qualidade segundo a qual estão conformes à verdade e ao Direito, até prova em contrário); a *imperatividade* (qualidade em virtude da qual sujeitam terceiros, constituindo-os unilateralmente em obrigações independentemente de sua concordância); a *exigibilidade* (qualidade pela qual induzem terceiros ao cumprimento da obrigação instituída, sem necessidade de recorrer ao Poder Judiciário para tanto); e a *executoriedade* (qualidade em razão da qual alguns atos constroem materialmente terceiros à satisfação da obrigação, prescindindo igualmente do Poder Judiciário para tanto).¹⁹²

Com efeito, se o Estado-legislador autoriza o Poder Público, em determinadas hipóteses, a invadir o patrimônio jurídico do cidadão à revelia da aquiescência deste e da chancela do Estado-juiz, é correlata a obrigação de proporcionar ao interessado meios aptos

¹⁹⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação da tutela*. 12ª Ed. São Paulo: Editora RT, 2011, p. 258.

¹⁹¹ BUENO, Cassio Scarpinella. *O poder público em juízo*. 5ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 220 (grifo nosso). Noutra oportunidade, registrou o processualista da PUC/SP: “O inc. XXXV do art. 5º da CF, entretanto, ao prescrever ser, no Brasil, a jurisdição *una*, não fez qualquer ressalva com relação à aplicabilidade do princípio da inafastabilidade da jurisdição em se tratando de lides envolventes do Poder Público ou de seus delegatários” (BUENO, Cassio Scarpinella. *Tutela antecipada e ações contra o poder público* (reflexão quanto a seu cabimento como consequência da necessidade de efetividade do processo). In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Org.). *Aspectos polêmicos da antecipação de tutela*. São Paulo: Editora RT, 1997, p. 53).

¹⁹² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 29ª Ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 423.

ao imediato contraste da atuação administrativa em desconformidade ao Direito. É sabido que o Estado, no exercício do poder de polícia administrativa, interdita estabelecimentos comerciais e apreende mercadorias destinadas ao consumo, *v.g.*, sem que para isso trilhe o caminho da via judicial.¹⁹³ Daí que, ou há um instrumento disponível ao particular tão “executório” quanto o ato estatal que se pretende fulminar; ou a conclusão é a de que o cidadão tem de amargar eventual ilícito quando quem o pratica é o Poder Público.

Para a hipótese de atos reputados ilegais ou abusivos já praticados ou na iminência de o serem por parte de autoridade pública ou de quem lhe faça as vezes, o mandado de segurança traduz o instrumento que se contrapõe àquela executoriedade. Sempre que o direito violado ou ameaçado for líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, o ordenamento jurídico oferece ao indivíduo o manejo residual do mandado de segurança (art. 5º, LXIX, CF), cujo procedimento é atualmente disciplinado pela Lei nº 12.016/09.¹⁹⁴

Conquanto a expressão “direito líquido e certo”, correspondente ao “direito certo e incontestável” da Constituição de 1934, suscite alguma dubiedade, é certo que ela não diz propriamente com a singeleza do direito em si: “controvérsia sobre matéria de direito não impede a concessão de mandado de segurança”, reconheceu o Supremo Tribunal Federal.¹⁹⁵ Trata-se de condição específica da ação mandamental relacionada ao *fato probando*: somente o direito atestado por prova documental pré-constituída é passível de veiculação no *writ*.¹⁹⁶ Significa dizer que a cognição somente se aprofunda, a ponto de o mérito ser examinado e de a sentença produzir coisa julgada material, *secundum eventum probationis*.¹⁹⁷

A necessidade de suficiência da prova pré-constituída, para se fazer uso do “remédio heróico”, rende homenagem à *evidência* da posição jurídica titularizada pelo impetrante, já que na via estreita do *mandamus* não há espaço para dilação probatória: despachada a inicial, prestam-se informações, opina o Ministério Público e a sentença é proferida em até trinta dias,

¹⁹³ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 26ª Ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2013, p. 88-91.

¹⁹⁴ O artigo 5º, LXIX, da Constituição da República Federativa do Brasil dispõe que “conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por “habeas-corpus” ou “habeas-data”, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público” (BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.).

¹⁹⁵ Súmula 625 do Supremo Tribunal Federal. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=625.NUME.%20NAO%20S.FLSV.&base=baseSumulas>>. Acesso em: 29 nov. 2013.

¹⁹⁶ ALMEIDA, Gregório Assagra de *et al.* *Mandado de segurança: introdução e comentários à lei 12.016, de 7-8-2009 (artigo por artigo) com indicação do PLS n. 222/2010*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 81.

¹⁹⁷ WATANABE, Kazuo. *Cognição no processo civil*. 4ª Ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 125.

tendo pronta exeqüibilidade.¹⁹⁸ Ora, já se viu que direitos evidentes reclamam procedimentos adequados à maneira com que se apresentam em juízo.

Noutro giro, com a previsão da técnica antecipatória no inciso III do artigo 7º da Lei nº 12.016/09, para “quando houver fundamento relevante e do ato impugnado puder resultar a ineficácia da medida, caso seja finalmente deferida”, prestigia-se a tutela de *urgência*, destinada a combater o perigo na demora da prestação da tutela do direito somente ao final. Diz-se que a liminar é da própria essência do mandado de segurança.¹⁹⁹ Todavia, adiante-se, por ora, que ela *não* terá lugar quando tiver por objeto: a compensação de créditos tributários; a entrega de mercadorias e bens provenientes do exterior; a reclassificação ou a equiparação de servidores públicos; a concessão de aumento ou a extensão de vantagens, ou pagamentos de qualquer natureza. Tudo isso segundo o artigo 7º, §2º, da Lei nº 12.016/09.

Ocorre que nem sempre, no caso concreto, os requisitos do *mandamus* estarão reunidos para que dele o cidadão possa lançar mão: pode faltar-lhe a indispensável prova pré-constituída; pode tê-lo impetrado fora do prazo de cento e vinte dias contados do conhecimento do ato impugnado.²⁰⁰ Nessas circunstâncias, reconhece o Supremo Tribunal Federal a possibilidade de o particular formular pretensão em face do Estado nas “vias ordinárias”: “decisão denegatória de mandado de segurança, não fazendo coisa julgada contra o impetrante, não impede o uso da ação própria”.²⁰¹ E nem poderia ser diferente, ante a amplitude do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional.

Para essas hipóteses, antes da universalização da técnica antecipatória promovida pela Lei nº 8.952/1994, a urgência em tutelar contra a Fazenda Pública reclamava o uso *satisfativo* da ação cautelar inominada como sucedâneo do mandado de segurança, com apoio no artigo 798 do CPC. Pretendeu a Lei nº 8.437/92, cuja disciplina adiante será retomada, regular a concessão de medidas “cautelares” contra atos do Poder Público. Uma vez

¹⁹⁸ Dispõe o artigo 14, §3º, da Lei 12.016/09 que “a sentença que conceder o mandado de segurança pode ser executada provisoriamente, salvo nos casos em que for vedada a concessão da medida liminar”. BRASIL. Lei nº 12.016, de 7 de agosto de 2009. Planalto. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/112016.htm>. Acesso em: 29 nov. 2013.

¹⁹⁹ ALVIM, Eduardo Arruda. *Mandado de segurança*. 2ª Ed. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2010, p. 232.

²⁰⁰ A duvidosa constitucionalidade do prazo referido é reconhecida pela Súmula 632 da jurisprudência predominante do Supremo Tribunal Federal, segundo a qual “é constitucional lei que fixa o prazo de decadência para a impetração de mandado de segurança.”. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=632.NUME.%20NAO%20S.FLSV.&base=baseSumulas>>. Acesso em: 29 nov. 2013.

²⁰¹ Súmula 304 do Supremo Tribunal Federal. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=304.NUME.%20NAO%20S.FLSV.&base=baseSumulas>>. Acesso em: 29 nov. 2013.

generalizada a técnica antecipatória nos artigos 273 e 461, §3º, do CPC, grassou na doutrina e na jurisprudência intensa polêmica sobre o seu cabimento em face da Fazenda Pública.²⁰²

Os principais argumentos lançados como óbices à antecipação da tutela em face do Poder Público fundavam-se no reexame necessário (art. 475, CPC) e no regime de execução por quantia certa à ordem cronológica dos precatórios requisitórios de pagamento (art. 730, CPC c/c art. 100, CF).

De um lado, sobre o duplo grau obrigatório e sua relação com a técnica antecipatória, dizia-se que, se a sentença, que é o mais, não surte efeitos enquanto não confirmada pelo Tribunal, não poderia uma decisão interlocutória, que é o menos, o fazê-lo. No sentido de submeter a decisão que antecipa a tutela ao reexame necessário, destacam-se as posições de Rita Ganesini²⁰³ e de J. J. Calmon de Passos.^{204 205}

De outro lado, a respeito do inter-relacionamento entre a técnica antecipatória e o regime especial de execução por quantia certa, dizia-se que o Estado não poderia pagar senão diante de uma *sentença transitada em julgado*. A previsão orçamentária do valor destinado ao pagamento de precatórios seria incompatível com um “título” provisório.²⁰⁶

²⁰² Sobre o assunto, entre outros, VIANA, Juvêncio Vasconcelos. *Efetividade do processo em face da Fazenda Pública*. São Paulo: Dialética, 2003, p. 124-195. BENUCCI, Renato Luís. *Antecipação da tutela em face da Fazenda Pública*. São Paulo: Dialética, 2001. CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A fazenda pública em juízo*. 10ª Ed. São Paulo: Dialética, 2012, p. 234-281. VAZ, Paulo Afonso Brum. *Manual da tutela antecipada: doutrina e jurisprudência*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 245-273. ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da tutela*. 7ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 189-215.

²⁰³ “No entanto, de uma análise sistemática pode-se afirmar que, ao se afastar o reexame necessário da hipótese, se estaria dando ao autor, preliminarmente, muito mais do que ele poderia vir a obter na própria sentença, o que é errado e ilógico. Assim, apesar de ser uma decisão interlocutória, há necessidade de a concessão da tutela antecipada ser reexaminada pelo Tribunal” (GIANESINI, Rita. *Descabimento da tutela antecipada e da execução provisória contra a Fazenda Pública*. In BUENO, Cássio Scarpinella; SUNDFELD, Carlos Ari (coords). *Direito Processual Público*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 173).

²⁰⁴ “Cabe, aqui, breve referência à hipótese em que a antecipação se dá em causa na qual se impõe a remessa necessária, vale dizer, as elencadas no art. 475 do Código de Processo Civil. Nesses casos, a decisão sobre a antecipação, por igual, está submetida à remessa necessária, e só pode ser eficaz depois de confirmada no segundo grau” (PASSOS, J. J. Calmon de. *Inovações no código de processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 30).

²⁰⁵ Registre-se, ainda, que houve inclusive a adoção de medida provisória com esse propósito. Trata-se da teratológica Medida Provisória nº 375/93, cuja vigência ficou suspensa em medida cautelar na ADI 975-3/DF. Dispunha, em seu artigo 5º, que a decisão concessiva de medida cautelar ou de medida liminar contra órgão ou entidade da Administração Pública deveria conter “recurso de ofício” para o Presidente do Tribunal competente para o conhecimento do respectivo recurso. Posto que o artigo 4º da referida Medida Provisória vem justamente de encontro ao que se sustenta no presente trabalho sobre o “princípio” da supremacia do interesse público sobre o privado, merece ele transcrição integral: “ao apreciar a alegação de receio de que a autoridade, órgão ou entidade da administração pública possa causar dano de difícil reparação a ente privado, o juiz cotejará os interesses em confronto, ponderando a prevalência do interesse geral sobre o particular”. BRASIL. Medida Provisória nº 375, de 23 de novembro de 1993. Planalto. Disponível em:

< https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/MPV/1990-1995/375.htm>. Acesso em: 30 nov. 2013.

²⁰⁶ GIANESINI, Rita. *Descabimento da tutela antecipada e da execução provisória contra a Fazenda Pública*. In BUENO, Cássio Scarpinella; SUNDFELD, Carlos Ari (coords). *Direito Processual Público*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 174-175.

Com efeito, ninguém ignora que ambas as teses, em que pese tenham sensibilizado à época alguns setores da doutrina e da jurisprudência pátrias, carecem de firme sustentação. Não passaram de tentativas frustradas de esvaziar a potencialidade da técnica antecipatória quando movida em face do Poder Público.

Quanto ao reexame necessário, tal prerrogativa fazendária tem aplicabilidade às *sentenças* proferidas contra o Poder Público. Como a literalidade do dispositivo não basta à refutação do óbice, já que a antecipação da tutela é suscetível de concessão na própria sentença de mérito, como um de seus capítulos, razões de ordem sistemática devem ser agregadas ao discurso. Com precisão, vejam-se os ensinamentos de Teori Zavascki:

(...) será legítima a antecipação (e, portanto, a execução antecipada) dos efeitos da futura sentença, nas hipóteses em que a própria sentença, porque sujeita a recurso com efeito suspensivo ou a reexame necessário, não tem executividade imediata? A resposta é certamente positiva e decorre do próprio sistema instalado no direito processual. O legislador, ao universalizar o instituto da tutela antecipada como solução normativa para dirimir as tensões entre o direito à efetividade do processo e o direito à segurança jurídica, criou mecanismos de prevalência do primeiro. Sendo assim, essa opção do legislador deve ser considerada como *princípio de interpretação* das demais normas do sistema processual. (...) o art. 520 do Código de Processo Civil passou a conter, por força do sistema, um inciso implícito com nova hipótese de efeito apenas devolutivo do recurso de apelação, o que acabou explicitado pela Lei n. 10.352, de 26 de dezembro de 2001, que acrescentou ao citado dispositivo o inciso VII, justamente com essa finalidade. **Por idêntica razão, o reexame necessário, nestes casos, deverá ser feito sem prejuízo da execução dos efeitos antecipados. É, pois, com essa ressalva implícita que se deverá interpretar o art. 475 do Código.**²⁰⁷

Não é, portanto, da essência do duplo grau obrigatório a suspensão dos efeitos da decisão reexaminanda. Esse fator é contingente. O que a pendência do reexame necessário impede é o trânsito em julgado da decisão: tanto é assim que, no âmbito do *mandamus*, a sentença que concede a segurança está sujeita ao duplo grau obrigatório sem prejuízo, em regra, de sua “execução provisória”, conforme estabelece o artigo 14, §3º, da Lei nº 12.016/09; e, como acertadamente adverte Renato Luís Benucci, “jamais foi contestada a eficácia das medidas liminares em mandado de segurança, sob o argumento de que estas deveriam sujeitar-se ao reexame necessário”.²⁰⁸

Quanto ao segundo óbice, relativo ao regime de execução por quantia certa à ordem cronológica dos precatórios, parece ser ainda mais insustentável que o primeiro, visto que não compreende as obrigações antecipadas de *fazer*, de *não fazer* e de *entregar coisa*.²⁰⁹ É sabido

²⁰⁷ ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da tutela*. 7ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 83-84 (grifo nosso).

²⁰⁸ BENUCCI, Renato Luís. *Antecipação da tutela em face da Fazenda Pública*. São Paulo: Dialética, 2001, p. 66.

²⁰⁹ VIANA, Juvêncio Vasconcelos. *Efetividade do processo em face da Fazenda Pública*. São Paulo: Dialética, 2003, p. 185.

que a antecipação da tutela é cumprida, em regra, mediante ordens do juízo, que atuam sobre a vontade da parte contra quem é deferida, ou, ainda, mediante a cominação de preceitos subrogatórios.²¹⁰ Se a técnica expropriatória, no mais das vezes, não se presta à efetivação da antecipação de quantia certa, com maior razão a morosa técnica do precatório será incompatível com as situações de urgência evidenciadas pelo direito material e não previstas pelo Estado-legislador.

De mais a mais, a partir da Emenda Constitucional nº 30/00, ainda que subsista a referência ao trânsito em julgado da sentença, deixou de ser absoluto o regime de execução por quantia certa contra a Fazenda Pública via sistemática de precatórios: se obrigações definidas em lei como de *pequeno valor*²¹¹ dispensam a expedição do precatório para pagamento, não é porque o seu valor ultrapassa determinado teto legal que a tutela jurisdicional do direito será inadequada, inefetiva e intempestiva contra o Poder Público. A propósito, vale conferir a lição de Marinoni sobre a antecipação de soma de natureza alimentar contra a Fazenda Pública:

Se a necessidade importar em soma superior a 60 salários mínimos, é irracional obrigar o exequente a suportar a “execução por precatório”, pois isso significaria dar meios executivos desiguais a situações em que a necessidade é igual, porém apenas diferente em termos de valor.²¹²

É de relevo, portanto, reconhecer que as hipóteses constitucionais de cabimento do sequestro de quantia (art. 100, §6º, CF) comportam outra possibilidade *implícita* no sistema, que é a de atendimento a medidas antecipatórias fundadas no risco de lesão a bens jurídicos inalienáveis e especialmente protegidos pela Constituição, tais como os direitos à vida e à saúde.²¹³ Nessa linha, inclusive, a iterativa jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.²¹⁴

²¹⁰ MITIDIERO, Daniel. *Antecipação da tutela*: da tutela cautelar à técnica antecipatória. São Paulo: Editora RT, 2013, p. 152.

²¹¹ O art. 17, §1º, da Lei dos Juizados Especiais Federais dispõe que “para os efeitos do § 3º do art. 100 da Constituição Federal, as obrigações ali definidas como de pequeno valor, a serem pagas independentemente de precatório, terão como limite o mesmo valor estabelecido nesta Lei para a competência do Juizado Especial Federal Cível (art. 3º, caput)”. Por sua vez, o art. 3º da mesma Lei dispõe que “compete ao Juizado Especial Federal Cível processar, conciliar e julgar causas de competência da Justiça Federal até o valor de sessenta salários mínimos, bem como executar as suas sentenças”. BRASIL. Lei nº 10.259, de 12 de julho de 2001. Planalto. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/110259.htm>. Acesso em: 30 nov. 2013.

²¹² MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação da tutela*. 12ª Ed. São Paulo: Editora RT, 2011, p. 261 (grifos no original).

²¹³ À luz do princípio do interesse público, Juarez Freitas leciona que “o interesse público supõe maior efetividade na tutela dos direitos fundamentais em bloco, a começar pelo resguardo do direito à vida – o que legítima, por exceção motivada, até a não-aplicação (paralisação temporária da eficácia) da regra constitucional do art. 100 da CF, de molde a justificar o bloqueio de recursos públicos para assegurar o fornecimento de remédio de uso contínuo” (FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. 4ª Ed. refundida e ampl. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 55).

²¹⁴ Confira-se acórdão paradigmático no assunto, assim ementado: PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS PELO ESTADO. DESCUMPRIMENTO DA

Ora, não se discute a existência de perigo na tardança em determinadas causas envolvendo a Fazenda Pública (273, I, CPC), nem que o Poder Público possa abusar de seu direito de defesa ou praticar atos com intuito de manifestamente protelar o andamento do processo (273, II, CPC). O tempo (e o ônus que ele representa na vida dos litigantes), já se disse, corresponde a uma necessidade ineliminável do processo, ao que agora já se pode acrescentar: independentemente de quem sejam as partes. Daí que será *inconstitucional* qualquer tentativa de excluir a cabida da técnica antecipatória em face do Poder Público, seja pela oposição de óbices genéricos, seja pela via de restrições pontuais. Há ofensa direta à norma do artigo 5º, XXXV, da CF/88.²¹⁵ Veja-se que, “se é possível a tutela antecipatória contra o particular, nada deve impedir a tutela antecipatória contra a Fazenda Pública”.²¹⁶

A discussão acerca do cabimento da técnica antecipatória em face do Poder Público restou superada quando do advento da Lei nº 9.494/97, fruto da conversão da Medida Provisória nº 1.570/97.²¹⁷ Esses diplomas legislativos, ao pretenderem disciplinar a aplicação da técnica antecipatória contra a Fazenda Pública, acabaram por reconhecer, *a contrario sensu*, a irracionalidade daqueles óbices de natureza sistemática levantados por setores da

DECISÃO JUDICIAL DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. BLOQUEIO DE VERBAS PÚBLICAS. MEDIDA EXECUTIVA. POSSIBILIDADE, IN CASU. PEQUENO VALOR. ART. 461, § 5.º, DO CPC. ROL EXEMPLIFICATIVO DE MEDIDAS. PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL À SAÚDE, À VIDA E À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. PRIMAZIA SOBRE PRINCÍPIOS DE DIREITO FINANCEIRO E ADMINISTRATIVO. NOVEL ENTENDIMENTO DA E. PRIMEIRA TURMA. 1. O art. 461, §5.º do CPC, faz pressupor que o legislador, ao possibilitar ao juiz, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas assecuratórias como a "imposição de multa por tempo de atraso, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, se necessário com requisição de força policial", não o fez de forma taxativa, mas sim exemplificativa, pelo que, in casu, o seqüestro ou bloqueio da verba necessária ao fornecimento de medicamento, objeto da tutela deferida, providência excepcional adotada em face da urgência e imprescindibilidade da prestação dos mesmos, revela-se medida legítima, válida e razoável. (...) 3. Deveras, é lícito ao julgador, à vista das circunstâncias do caso concreto, aferir o modo mais adequado para tornar efetiva a tutela, tendo em vista o fim da norma e a impossibilidade de previsão legal de todas as hipóteses fáticas. Máxime diante de situação fática, na qual a desídia do ente estatal, frente ao comando judicial emitido, pode resultar em grave lesão à saúde ou mesmo por em risco a vida do demandante. (...) 8. Por fim, sob o ângulo analógico, as quantias de pequeno valor podem ser pagas independentemente de precatório e a fortiori serem, também, entregues, por ato de império do Poder Judiciário. 9. Agravo Regimental desprovido. Brasil. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial 1.002.335/RS. Agravante: ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. Agravado: DOLORES SALTON. Relator: Min. LUIZ FUX. 21/08/2008. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=bloqueio+e+antecipa%E7%E3o&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=15#>>. Acesso em: 30 nov. 2013.

²¹⁵ SARLET, Ingo Wolfgang *et al.* *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Editora RT, 2012, p. 631.

²¹⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação da tutela*. 12ª Ed. São Paulo: Editora RT, 2011, p. 256.

²¹⁷ Registre-se que a adoção da Medida Provisória nº 1.570/97 pelo Presidente da República é anterior à vigência da Emenda Constitucional nº 32/2001, que vedou tanto a edição de medidas provisórias sobre direito processual civil, quanto a reedição, na mesma sessão legislativa, de medidas provisórias que tenham sido rejeitadas ou que tenham perdido a sua eficácia por decurso de prazo. Apesar disso, não se descarta a inconstitucionalidade *formal* da Medida Provisória nº 1.570/97, por cinco vezes reeditada até a sua conversão na Lei 9.494/97: a uma, porque carece dos graves pressupostos normativos de relevância e de urgência exigidos pela Constituição; a duas, porque, mesmo antes da Emenda Constitucional nº 32/2001, a doutrina já visualizava uma *proibição implícita* de reedição de medidas provisórias. Conferir, com proveito, ÁVILA, Humberto Bergmann. *Medida Provisória na Constituição de 1988*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997, p. 77-101.

doutrina e da jurisprudência.²¹⁸ Registre-se, a propósito, o entendimento de Leonardo Carneiro da Cunha: “se é vedada a antecipação da tutela contra o Poder Público nos casos previstos nas Leis nº 9.494/1997 e 12.016/2009, significa que, nas hipóteses não alcançadas pela vedação, resulta plenamente possível deferir a tutela antecipada em face da Fazenda Pública”.²¹⁹

O artigo 1º da Lei nº 9.494/97 tão somente *estendeu* à técnica antecipatória atípica as mesmas restrições constantes do artigo 1º da Lei nº 8.437/92, que dizem respeito à concessão de medidas cautelares satisfativas em face do Poder Público.²²⁰ Veja-se a redação do artigo 1º da Lei nº 8.437/92:

Art. 1º 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 primeiro grau, medida cautelar inominada ou a sua liminar, quando impugnado ato de autoridade sujeita, na via de mandado de segurança, à competência originária de 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 qualquer parte, o objeto da ação.

§ 4º Nos casos em que cabível medida liminar, sem prejuízo da comunicação ao dirigente do órgão ou entidade, o respectivo representante judicial dela será imediatamente intimado.

§ 5º Não será cabível medida liminar que defira compensação de créditos tributários ou previdenciários.²²¹

Ao fim e ao cabo, de lado a vedação que objetiva preservar a competência originária de tribunal para apreciar atos de específicas autoridades, é defeso ao Estado-juiz antecipar a tutela contra a Fazenda Pública nas matérias excluídas do campo de atuação da liminar – *rectius*, antecipação da tutela – em mandado de segurança. Ainda que tais matérias já tenham sido elencadas alhures, vale aqui reprisá-las: compensação de créditos tributários; entrega de mercadorias e bens provenientes do exterior; reclassificação ou equiparação de servidores públicos; aumento ou extensão de vantagens e pagamentos de qualquer natureza (artigo 7º, §2º, Lei nº 12.016/09).

²¹⁸ VIANA, Juvêncio Vasconcelos. *Efetividade do processo em face da Fazenda Pública*. São Paulo: Dialética, 2003, p. 209.

²¹⁹ CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A fazenda pública em juízo*. 10ª Ed. São Paulo: Dialética, 2012, p. 259.

²²⁰ O artigo 1º da Lei nº 9.494/97 dispõe que “aplica-se à tutela antecipada prevista nos arts. 273 e 461 do Código de Processo Civil o disposto nos arts. 5º e seu parágrafo único e 7º da Lei nº 4.348, de 26 de junho de 1964, no art. 1º e seu § 4º da Lei nº 5.021, de 9 de junho de 1966, e nos arts. 1º, 3º e 4º da Lei nº 8.437, de 30 de junho de 1992”. BRASIL. Lei nº 9.494, de 10 de setembro de 1997. Planalto. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19494.htm>. Acesso em: 30 nov. 2013. Vale anotar a revogação expressa das Leis nº 4.348/64 e 5.021/66 pela Lei nº 12.016/09.

²²¹ BRASIL. Lei nº 8.437, de 30 de junho de 1992. Planalto (grifo nosso). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869compilada.htm>. Acesso em: 30 nov. 2013.

Interpretam-se restritivamente tais limitações, haja vista excepcionarem a regra geral no sentido da viabilidade da antecipação da tutela contra o Poder Público. Nessa linha, inclusive, tem decidido reiteradamente o Supremo Tribunal Federal, em sede de reclamações ajuizadas para a garantia da autoridade do acórdão proferido na ADC nº 4/DF.²²² É que a constitucionalidade dos artigos 1º da Medida Provisória nº 1.570/97 e 1º da Lei nº 9.494/97 foi reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal nas ADI 1576-1/DF e ADC nº 4/DF, respectivamente.²²³

Sobre as proibições ao emprego da antecipação da tutela contra a Fazenda Pública, há pelo menos *duas correntes* no STF que se contrapõem diretamente às tendências de *fundamentalização* e de *atipicização* da técnica antecipatória.²²⁴

A primeira delas é a capitaneada pelo Ministro Moreira Alves, para quem “a tutela antecipada *não* é instituto constitucional”. Segundo o voto que preferiu no julgamento da ADI 1576-1/DF, a técnica antecipatória teria sido criada pela lei. E prossegue o Ministro: “assim como foi criada, a princípio, sem certos limites, não vejo por que não se possa limitá-la”.²²⁵ Esse entendimento encontra eco, inclusive, na doutrina tradicional de J. J. Calmon de Passos, senão vejamos:

Sempre sustentei que a garantia constitucional disciplinada no inciso XXXV do art. 5º da Constituição Federal (a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito) diz respeito, apenas, à tutela definitiva, aquela que se institui com a decisão transitada em julgado, sendo a execução provisória e a

²²² Neste sentido, consultem-se os seguintes julgados do Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal: “A decisão proferida pela Corte na ADC 4-MC/DF não veda toda e qualquer antecipação de tutela contra a Fazenda Pública, mas somente as hipóteses taxativamente previstas no art. 1º da Lei 9.494/1997” (Rcl 5207 AgR, Relator Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, julgado em 14.10.2009); “A decisão proferida na ADC nº 4/DF-MC não alcança a tutela antecipada deferida em causas de natureza previdenciária (Súmula STF nº 729)” (Rcl 4559 AgR, Relator Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 06.02.2013); “Não ofende a autoridade do acórdão proferido na ADC nº 4, decisão que, a título de antecipação de tutela, se limita a determinar reintegração de servidor no cargo ou posto, até julgamento da demanda, sem concessão de efeito financeiro pretérito” (Rcl 6468 AgR, Relator Min. CEZAR PELUSO, Tribunal Pleno, julgado em 03.12.2008); “Não ofende a decisão liminar proferida na ADC nº 4, a antecipação de tutela que implica ordem de pagamento de verba de caráter indenizatório” (Rcl 5174 AgR, Relator Min. CEZAR PELUSO, Tribunal Pleno, julgado em 27.11.2008); “Não ofende a autoridade da liminar deferida na ADC nº 4, a decisão em que o objeto da antecipação de tutela corresponda a prestação exigível nos termos da jurisprudência do Supremo” (Rcl 4628 AgR, Relator Min. CEZAR PELUSO, Tribunal Pleno, julgado em 27.11.2008); “Antecipação de tutela que se limita a restabelecer vantagem pecuniária de servidor público, impedindo-lhe redução de verbas salariais, não ofende a autoridade do acórdão proferido na ADC nº 4” (Rcl 3946 AgR, Relator Min. CEZAR PELUSO, Tribunal Pleno, julgado em 10.03.2008).

²²³ ADI nº 1.576 MC, Relator Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 16.04.1997; ADC nº 4 MC, Relator Min. SYDNEY SANCHES, Tribunal Pleno, julgado em 11.02.1998.

²²⁴ MITIDIERO, Daniel. *Tendências em matéria de tutela sumária*: da tutela cautelar à técnica antecipatória. Revista de Processo. São Paulo: Editora RT, n. 197, julho de 2011, p. 57-58.

²²⁵ ADI nº 1.576 MC, Relator Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 16.04.1997. Requerente: PARTIDO LIBERAL - PL. Requerido: PRESIDENTE DA REPÚBLICA. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI%24%2ESCLA%2E+E+1576%2E+ENUME%2E%29+OU+%28ADI%2E+ACMS%2E+ADJ2+1576%2E+ACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/a9evwhq>>. Acesso em: 30 nov. 2013.

antecipação da tutela problemas de política processual, que o legislador pode conceder ou negar, sem que com isso incida em inconstitucionalidade. Vetar liminares neste ou naquele processo jamais pode importar inconstitucionalidade (...).²²⁶

A segunda corrente é a liderada pelo Ministro Sepúlveda Pertence e foi expressa no voto que proferiu em medida cautelar na ADI 223/DF, que questionava a validade de medida provisória²²⁷ proibitiva de liminares em mandados de segurança e em ações cautelares contra o Plano Collor. Assentou o Ministro Pertence que a solução para o contorno dessas proibições estaria “no manejo do sistema difuso, porque nele, em cada caso concreto, nenhuma medida provisória pode subtrair ao juiz da causa um exame da constitucionalidade, inclusive sob o prisma da razoabilidade, das restrições impostas”.²²⁸ Essa posição corresponde à lição de Teori Zavascki:

Em princípio, não é inconstitucional a restrição, firmada em lei ordinária, à concessão de medidas liminares antecipatórias, desde que na formulação da regra limitativa sejam observados os princípios acima enunciados. **Juízos definitivos sobre a legitimidade da concessão ou da restrição à concessão de liminares certamente não dispensam o exame particular da colisão de direitos fundamentais concretamente verificada.**²²⁹

Ora, não se revela acertado situar a antecipação da tutela no plano da legislação ordinária. No Estado Constitucional, o direito à técnica antecipatória é direito fundamental: já se disse que o seu acento “mais palpável” na CF/88 é o direito fundamental à tutela jurisdicional adequada, efetiva e tempestiva.²³⁰ A técnica antecipatória, ao contrário do que pretende o Ministro Moreira Alves, está acima das maiorias parlamentares de ocasião. Logo, não pode ser eliminada ou mesmo enfraquecida em qualquer circunstância.

Por outra banda, é ilógico jogar para o controle difuso de constitucionalidade o exame das limitações ao cabimento da técnica antecipatória em face do Poder Público, como quer o Ministro Sepúlveda Pertence: primeiro, porque se apequena a função precípua do Supremo Tribunal Federal, que não raro se furta a decidir sobre temas de relevância para o

²²⁶ PASSOS, J. J. Calmon de. *Inovações no código de processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 6-7.

²²⁷ Trata-se da Medida Provisória nº 173/90, germe mais remoto da teratológica Lei nº 8.076/90. Esta última foi a que “suspendeu” (num eufemismo de que se valeu o Estado para não “proibir”), por prazo certo – até 15 de setembro de 1992 –, a concessão de quaisquer provimentos antecipatórios em mandados de segurança e em ações cautelares contra o conjunto de reformas econômicas implementadas pelo Governo Fernando Collor.

²²⁸ ADI nº 223 MC, Relator Min. PAULO BROSSARD, Relator p/ o acórdão Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Tribunal Pleno, julgado em 05.04.1990. Requerente: PARTIDO DEMOCRÁTICO TRABALHISTA - PDT. Requerido: PRESIDENTE DA REPÚBLICA. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI%24%2ESCLA%2E+E+223%2ENUME%2E%29+OU+%28ADI%2EACMS%2E+ADJ2+223%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/bbfc26z>>. Acesso em: 30 nov. 2013.

²²⁹ ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da tutela*. 7ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 205 (grifo nosso).

²³⁰ MITIDIERO, Daniel. *Antecipação da tutela: da tutela cautelar à técnica antecipatória*. São Paulo: Editora RT, 2013, p. 62.

País; segundo, porque o direito à técnica antecipatória não se confunde com o direito à *obtenção* da antecipação da tutela no caso concreto.²³¹

A prosperar – como inclusive prosperou no julgamento da ADI 223/DF – a solução alvitada pelo Ministro Pertence, antes de reconhecer a validade *em concreto* de uma restrição seria necessário afastá-la, para então o juiz manejar a própria técnica antecipatória – não obstante vedada! – e aferir a *ausência*, na espécie, dos pressupostos que ensejam a antecipação. Cumpre perceber, para o correto deslinde da questão, que “a lei ‘proíbe a própria aferição’ dos pressupostos da liminar, embora se fale, por comodidade de linguagem, que a lei ‘proíbe a concessão’ de liminar”.²³²

Portanto, todas as restrições legais ao emprego da técnica antecipatória são, *em tese e abstratamente*, inconstitucionais. Quando o Estado-legislador limita a antecipação da tutela em face do Poder Público, arvora-se em parcela de poder atribuída pela Constituição ao Estado-juíz. *Incide a norma em manifesta inconstitucionalidade*, como reconheceu o Ministro Paulo Brossard, em parte vencido por ocasião do julgamento da ADI 223/DF. Naquela assentada, disse ele que estabelecer as situações nas quais o cidadão não poderia obter a tutela final antecipadamente, “*importaria, de fato, em reconhecer que é ilusória, porque tardia, a proteção judicial, e a tábua de direitos individuais se transformaria em mero adorno, como essas flores artificiais, que servem para todas as estações e quaisquer solenidades*”.²³³

²³¹ MITIDIERO, Daniel. *Antecipação da tutela*: da tutela cautelar à técnica antecipatória. São Paulo: Editora RT, 2013, p. 166.

²³² MITIDIERO, Daniel. *Antecipação da tutela*: da tutela cautelar à técnica antecipatória. São Paulo: Editora RT, 2013, p. 166.

²³³ ADI nº 223 MC, Relator Min. PAULO BROSSARD, Relator p/ o acórdão Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Tribunal Pleno, julgado em 05.04.1990. Requerente: PARTIDO DEMOCRÁTICO TRABALHISTA - PDT. Requerido: PRESIDENTE DA REPÚBLICA. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI%24%2ESCLA%2E+E+223%2E+NUMERO%2E+29+OU+%28ADI%2E+ACMS%2E+ADJ2+223%2E+ACMS%2E+29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/bbfc26z>>. Acesso em: 30 nov. 2013.

4. CONCLUSÕES

Superada a exposição do tema, apontam-se as seguintes conclusões:

1. No seu estágio inicial de desenvolvimento, a ciência do processo acabou se afastando dos domínios da cultura: a autonomia propugnada pelo processualismo foi confundida com neutralidade em relação ao direito material. Qualquer interferência sobre a realidade social dependia de um anterior provimento condenatório, tomado à base de aprofundado conhecimento sobre a existência do direito. Essa concepção de processo, própria do Estado Liberal e incorporada pelo sistema original do CPC/73, correspondeu à instituição de um procedimento de cognição plena e exauriente para todos os direitos.
2. A tutela-padrão condenatória, com a correspondente proibição de tutela sumária, representa uma desigualdade em favor do réu, não se ajustando aos “novos direitos”, nem ao direito fundamental à tutela jurisdicional adequada, efetiva e tempestiva. A tradicional dicotomia entre as funções de cognição e de execução foi rompida com a previsão, nos artigos 273 e 461, §3º do CPC, da técnica antecipatória atípica.
3. No Brasil, o Estado Liberal foi suplantado pelo Estado Constitucional com o advento da Constituição Federal de 1988. Sob esse novo marco metodológico, o processo civil passa a ser informado por um catálogo aberto de direitos fundamentais: é processo justo ou devido processo. Entre os elementos que compõem o direito fundamental ao processo justo, destaca-se o direito fundamental à tutela jurisdicional adequada, efetiva e tempestiva. Sem dúvida, é ele que mais de perto assegura na própria Constituição o direito à técnica antecipatória.
4. A antecipação da tutela é uma “antiga novidade” do sistema processual: a Lei nº 8.952/1994 tão somente universalizou o que já era previsto, no CPC/73 e em leis extravagantes, para situações particulares. Constitui uma técnica de adequação do processo às particularidades do direito material e ao modo pelo qual este se apresenta em juízo, para que a tutela jurisdicional do direito seja prestada de forma efetiva e em tempo razoável. Comporta um sistema de tutela da urgência (art. 273, I, CPC) ao lado de um sistema de tutela da evidência (art. 273, II, CPC). É comum a ambos a preocupação com o equacionamento isonômico do ônus do tempo que o processo consome até a prestação da tutela final.

5. As expressões “Fazenda Pública” e “Administração Pública” não são equivalentes. Integram o conceito de Fazenda Pública em sentido técnico-processual tão somente as pessoas jurídicas de direito público interno, que são a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e suas respectivas autarquias e fundações públicas, além dos consórcios públicos constituídos sob a forma de associação pública. Por outro lado, em sentido administrativo específico, o termo Fazenda Pública designa as finanças do Estado, isto é, o Erário.
6. À Fazenda Pública, quando parte em demanda judicial, é dispensado um tratamento jurídico distinto em relação ao particular, por meio de um conjunto de prerrogativas que têm sido reputadas válidas, de um modo geral, à luz da CF/88. Entre esses privilégios, há um sistema de restrições legais à concessão de provimentos antecipatórios contra o Poder Público (art. 1º, Lei nº 9.494/97; art. 1º, Lei nº 8.437/92; art. 7º, §2º, Lei nº 12.016/09).
7. O interesse público autêntico não se confunde com o interesse do aparato estatal: o interesse público primário é o interesse da coletividade, que justifica a existência do Estado; o interesse público secundário, de natureza instrumental, identifica-se com o interesse do Erário. Nem sempre coincidem, no caso concreto, os interesses públicos primário e secundário.
8. A doutrina administrativista tradicional apregoa que as prerrogativas materiais e processuais conferidas ao Estado derivam do princípio da supremacia do interesse público sobre o particular. Todavia, essa norma-princípio não existe no ordenamento jurídico brasileiro. A instituição de prerrogativas processuais em favor do Poder Público decorre das dificuldades de defesa por ele suportadas em juízo ou, ainda, de uma imposição constitucional direta. As prerrogativas processuais não são nada mais que técnicas adequadas, necessárias e proporcionais para uma ótima atuação da Fazenda Pública em juízo.
9. O regime jurídico-administrativo também está assentado na idéia de indisponibilidade do interesse público, que se traduz em diversas sujeições impostas ao Estado. Submete-se a Administração Pública a um sistema de controle, em que se insere e destaca o exercido pelo Poder Judiciário.
10. Para contrastar a excoatoriedade de atos administrativos reputados ilegais ou abusivos já praticados ou na iminência de o serem por parte de autoridade pública, o ordenamento jurídico confere ao particular o instrumento do mandado de segurança, com previsão de liminar. É dever do Estado-legislador estruturar outros procedimentos

aptos ao imediato contraste da atuação administrativa contrária ao Direito, para quando não estiver disponível ao cidadão a via estreita do mandado de segurança.

11. Uma vez instituída a técnica antecipatória atípica nos artigos 273 e 461, §3º, do CPC, grassou na doutrina e na jurisprudência intensa polêmica sobre o seu cabimento em face da Fazenda Pública. O reexame necessário (art. 475, CPC) e o regime de execução por quantia certa à ordem cronológica dos precatórios requisitórios de pagamento (art. 730, CPC c/c art. 100, CF) não obstam a que a tutela jurisdicional do direito seja antecipada em face da Fazenda Pública. Confirma-o a edição da Lei nº 9.494/97, fruto da conversão da Medida Provisória nº 1.570/97.
12. Segundo o ordenamento jurídico brasileiro, a técnica antecipatória não tem cabimento em face do Poder Público quando a tutela do direito tiver por objeto: a compensação de créditos tributários; a entrega de mercadorias e bens provenientes do exterior; a reclassificação ou a equiparação de servidores públicos; a concessão de aumento ou a extensão de vantagens, ou pagamentos de qualquer natureza.
13. Essas limitações são interpretadas restritivamente, haja vista excepcionarem a regra geral no sentido da viabilidade da antecipação da tutela contra o Poder Público. O Supremo Tribunal Federal, em sede de reclamações ajuizadas para a garantia da autoridade do acórdão proferido na ADC nº 4/DF, comunga dessa orientação prevalecente na doutrina.
14. Todas as restrições legais ao emprego da técnica antecipatória são, em tese e abstratamente, inconstitucionais. Quando o Estado-legislador limita a antecipação da tutela em face do Poder Público, arvora-se em parcela de poder atribuída pela Constituição ao Estado-juiz. Incide a norma em manifesta inconstitucionalidade. No Estado Constitucional, o direito à técnica antecipatória é direito fundamental, cujo acento expresso na CF/88 é o direito fundamental à tutela jurisdicional adequada, efetiva e tempestiva.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Gregório Assagra de *et al.* *Mandado de segurança: introdução e comentários à lei 12.016, de 7-8-2009 (artigo por artigo) com indicação do PLS n. 222/2010.* São Paulo: Saraiva, 2011.

ALVES, Francisco Glauber Pessoa. *O princípio jurídico da igualdade e o processo civil brasileiro.* Rio de Janeiro: Forense, 2003.

ALVIM, Eduardo Arruda. *Mandado de segurança.* 2ª Ed. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2010.

ALVIM, J. E. Carreira. *Justiça: acesso e descesso.* Revista Eletrônica Jus Navigandi. Teresina, ano 8, n. 65, 1 maio 2003. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/4078>>. Acesso em: 21 set. 2013.

ÁVILA, Humberto Bergmann. *Medida Provisória na Constituição de 1988.* Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.

_____. *O que é “devido processo legal”?* Revista de Processo. São Paulo: Editora RT, n. 163, setembro de 2008.

_____. *Repensando o “princípio da supremacia do interesse público sobre o particular”.* In: Ingo Wolfgang Sarlet. (org.). *O Direito Público em tempos de crise: estudos em homenagem a Ruy Ruben Ruschel.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

_____. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos.* 13ª Ed., rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2012.

BARROSO, Luís Roberto. *A efetividade das normas constitucionais: por que não uma constituição para valer?* In BARROSO, Luís Roberto. *O novo direito constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil.* 2ª reimpressão. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

_____. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas – limites e possibilidades da Constituição brasileira.* 8ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. *Prefácio: O estado contemporâneo, os direitos fundamentais e a redefinição da supremacia do interesse público.* In SARMENTO, Daniel. *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

BENUCCI, Renato Luís. *Antecipação da tutela em face da Fazenda Pública.* São Paulo: Dialética, 2001.

BINENBOJM, Gustavo. *Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o direito administrativo.* In SARMENTO, Daniel. *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

BRASIL. *Código de processo civil: histórico da lei*. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, v. 1, t. 1, 1974. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/177828>>. Acesso em: 04 set. 2013.

_____. *Constituição (1988)*. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

BUENO, Cassio Scarpinella. *O poder público em juízo*. 5ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. *Tutela antecipada e ações contra o poder público* (reflexão quanto a seu cabimento como consequência da necessidade de efetividade do processo). In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Org.). *Aspectos polêmicos da antecipação de tutela*. São Paulo: Editora RT, 1997.

CARNEIRO, Athos Gusmão. *Da antecipação de tutela*. 7ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

_____. *Intervenção de terceiros*. 19ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 26ª Ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2013.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Técnica Legislativa*. 5ª Ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

COSTA, Regina Helena. *As prerrogativas e o interesse da justiça*. In BUENO, Cássio Scarpinella; SUNDFELD, Carlos Ari (coords). *Direito Processual Público*. São Paulo: Malheiros, 2003.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A fazenda pública em juízo*. 10ª Ed. São Paulo: Dialética, 2012.

FALCÃO, Joaquim *et al.* *I Relatório Supremo em Números – o múltiplo Supremo*. FGV/RJ, abril/2011. Disponível em: <<http://supremoemnumeros.fgv.br/relatorios/>>. Acesso em: 29 nov. 2013.

FLACH, Daisson. *A verossimilhança no processo civil e sua aplicação prática*. São Paulo: Editora RT, 2009.

FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do direito*. 5ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

_____. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. 4ª Ed. refundida e ampl. São Paulo: Malheiros, 2009.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Técnicas de aceleração do processo*. São Paulo: Lemos & Cruz, 2003.

GIANESINI, Rita. *Descabimento da tutela antecipada e da execução provisória contra a Fazenda Pública*. In BUENO, Cássio Scarpinella; SUNDFELD, Carlos Ari (coords). *Direito Processual Público*. São Paulo: Malheiros, 2003.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Abuso de defesa e parte incontroversa da demanda*. 2ª Ed. São Paulo: Editora RT, 2011.

_____. *Antecipação da tutela*. 12ª Ed. São Paulo: Editora RT, 2011.

_____. *Técnica processual e tutela dos direitos*. 3ª Ed. São Paulo: Editora RT, 2010.

_____. *Teoria geral do processo*. 4ª Ed. São Paulo: Editora RT, 2010.

_____. *Tutela inibitória: individual e coletiva*. 5ª Ed. São Paulo: Editora RT, 2012.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Código de processo civil comentado artigo por artigo*. 2ª Ed. rev. e atual. e ampl. São Paulo: Editora RT, 2010.

MARMELSTEIN, George. *Curso de direitos fundamentais*. 4ª Ed. São Paulo: Atlas, 2013.

MATTOS, Sérgio Luís Wetzel de. *Devido processo legal e proteção de direitos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 39ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 29ª Ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2012.

MITIDIERO, Daniel. *Antecipação da tutela: da tutela cautelar à técnica antecipatória*. São Paulo: Editora RT, 2013.

_____. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. 2ª ed. São Paulo: Editora RT, 2011.

_____. *Elementos para uma teoria contemporânea do processo civil brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2005.

_____. *O processualismo e a formação do Código Buzaid*. Revista de Processo. São Paulo: Editora RT, n. 183, maio de 2010.

_____. *Tendências em matéria de tutela sumária: da tutela cautelar à técnica antecipatória*. Revista de Processo. São Paulo: Editora RT, n. 197, julho de 2011.

NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal: processo civil, penal e administrativo*. 9ª Ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Editora RT, 2009.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Teoria e prática da tutela jurisdicional*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Processo Civil: v.1*. São Paulo: Atlas, 2010.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Convenção Americana sobre Direitos Humanos*, 22 de novembro de 1969.

PASSOS, J. J. Calmon de. *Inovações no código de processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

PORTO, Sérgio Gilberto; USTÁRROZ, Daniel. *Lições de direitos fundamentais no processo civil: o conteúdo processual da Constituição Federal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang *et al.* *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Editora RT, 2012.

SARMENTO, Daniel. *Interesses públicos vs. interesses privados na perspectiva da teoria e da filosofia constitucional*. In SARMENTO, Daniel. *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Curso de processo civil: processo de conhecimento*. v.1. 6ª Ed., rev. e atual. de acordo com as leis 10.352, 10.358/2001 e 10.444/2002. São Paulo: Editora RT, 2002.

_____. *Da sentença liminar à nulidade da sentença*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

_____. *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. 1ª reimpressão. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

SPALDING, Mauro. *Execução contra a fazenda pública federal*. Curitiba: Juruá, 2008.

VAZ, Paulo Afonso Brum. *Manual da tutela antecipada: doutrina e jurisprudência*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

VIANA, Juvêncio Vasconcelos. *Efetividade do processo em face da Fazenda Pública*. São Paulo: Dialética, 2003.

WATANABE, Kazuo. *Cognição no processo civil*. 4ª Ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

YARSHELL, Flávio Luiz. *Tutela Jurisdicional*. São Paulo: Atlas, 1998.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da tutela*. 7ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2009.