O DIREITO FUNDAMENTAL À TUTELA LIMINAR

THE FUNDAMENTAL RIGHT TO PRELIMINARY GUARDIANSHIP

Noara Herculano Pereira de Moraes*

RESUMO

Sem precedentes nas Constituições anteriores, a previsão pela Constituição Federal de 1988 da inafastabilidade da jurisdição nos casos de ameaça sedimentou, ineludivelmente, o cabimento da tutela de urgência no ordenamento jurídico pátrio, independentemente de quem a invoque ou contra quem se invoque o direito de forma liminar. Conquanto não sejam absolutos os direitos e garantias fundamentais, eventuais intervenções legislativas de cunho limitativo devem ser interpretadas restritivamente. Além, a força irradiadora da constituição serve como limite de atuação do legislador. Perante o quadro acima desenhado, o presente excurso, amparado em revisão bibliográfica e jurisprudencial e após contextualizar as leis restritivas e impeditivas da tutela de urgência contra a Fazenda Pública, aponta para a inevitável inconstitucionalidade de referidas leis, a despeito dos relevantes fundamentos políticos que as protegem. A natureza fundamental da inafastabilidade da jurisdição e do próprio direito de petição, blindados como cláusulas pétreas, requer uma adequada compreensão da vontade constitucional, inadmitindo-se interpretações amputativas e restritivas do texto constitucional, permitindo-se, por uma questão de coerência, uma tutela ampla, individual ou coletiva, nos moldes da nova *summa divisio* implementada pela Constituição Federal vigente.

PALAVRAS-CHAVE: Tutela de Urgência; Fazenda Pública; Inconstitucionalidade.

ABSTRACT

Without precedents in previous Constitutions, forecasting of non-obviation of jurisdiction, in cases of threat by 1998 Brazilian Federal Constitution established, undoubtedly, the place of the urgency guardianship on legal order, regardless of who the invoke or against whom invoke the right to form preliminary. Despite the fact that rights and fundamental guarantees are not absolute, hypotheses of limitative laws must be interpreted restrictively. In addition, the radiating force of the Constitution serves as the limit of actuation of the legislator. In view of above table designed, the presented, supported on literature and jurisprudence, and after contextualize the restrictive and precluding laws of the urgency guardianship against the Public Treasury, points to the inevitable unconstitutionality of these laws, despite the relevant political foundations who protect them. The fundamental nature of non-obviation of jurisdiction and the right of petition itself, shielded as stony clauses, requires a proper understanding of constitutional desire, not admitting eliminating nor restrictive interpretations of the constitutional text, allowing, as a matter of consistency, a wide guardianship, individual or collective, in the mold of the new *summa divisio* implemented by the current Federal Constitution.

KEYWORDS: Emergency Guardianship; Public Treasury; Unconstitutionality.

* Mestranda em Direitos Humanos pela Universidade de Itaúna, habilitada nos quadros da Ordem dos Advogados do Brasil, servidora concursada e efetiva do Tribunal de Justiça de Minas Gerais.

1- INTRODUÇÃO

O art. 5º, XXXV, da Constituição da República apregoa que: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.”

Nesse contexto, é indubitável o direito de se provocar o Judiciário a fim de se garantir um direito. A tutela preventiva, por sua vez, encontra-se garantida e resguardada pelo texto constitucional em questão, notadamente no que diz respeito à proteção contra a ameaça a direito.

Não obstante, questões políticas e de política pública desafiam uma discussão acerca da possibilidade de restrição dessa garantia diante de situações complexas que envolvem, sobretudo, grandes recursos e altas parcelas do orçamento público.

A questão se torna ainda mais sensível diante de várias leis que restringem as tutelas de urgência contra a Fazenda Pública, quer sejam anteriores à Constituição de 1988, quer sejam posteriores ao texto constitucional em referência.

Em que pese a questão tenha sido levada ao Supremo Tribunal Federal, que entendeu pela constitucionalidade das referidas leis restritivas de tutela de urgência contra a Fazenda Pública, o presente ensaio, amparado em revisão bibliográfica e jurisprudencial, discorre sobre o tema, questionando os argumentos que fundamentam a decisão do Supremo Tribunal Federal à luz da nova ordem constitucional vigente.

2 – TUTELA DE URGÊNCIA EM FACE DA FAZENDA PÚBLICA – UMA QUESTÃO DE CONTEXTUALIZAÇÃO

2.1– O ADVENTO DAS LEIS IMPEDITIVAS DE TUTELA DE URGÊNCIA CONTRA A FAZENDA PÚBLICA E O SEU MOMENTO HISTÓRICO:

2.1.1 Leis anteriores à Constituição Federal de 05 de outubro de 1988:

Em 1956, foi promulgada a primeira lei impeditiva de tutela de urgência contra a Fazenda Pública, que diz respeito à liberação de bens, mercadorias e coisas de procedência estrangeira. Trata-se da Lei 2.770-56, em face da qual foi editada a Súmula 262 do Supremo Tribunal

Federal¹.

Conforme notícia Valéria Castro Benício (BENÍCIO, 2007), referida legislação teve como objetivo proteger a recente indústria automobilística nacional frente às indústrias alienígenas.

Em um segundo momento, tem-se a Lei 4.348-64 cujo objetivo foi o de vedar a concessão de liminares em mandados de segurança visando à reclassificação ou equiparação de servidores públicos, ou à concessão de aumento ou extensão de vantagens.

Com objetivo semelhante ao da lei anterior, foi promulgada a Lei 5.012-66 que é mais abrangente do que a anterior e seu art. 1º, parágrafo 4º reza que: "*Não se concederá medida liminar para efeito de pagamento de vencimentos de vantagens pecuniárias*".

Sobre referidas leis, Valéria Benício acrescenta:

As Leis 4.348/64 e 5.021/66 tiveram em vista deixar imune a uma apreciação liminar a reforma administrativa implantada com o regime de força. Como forma de ficar intocável, numa primeira análise, os atos abusivos do antigo DASP. Àquela época, o governo editou um pacote modificando o sistema remuneratório dos servidores públicos, estabelecendo triênios, porém tais medidas somente beneficiavam determinadas categorias o que feria o princípio da isonomia e que levou a uma onda de impetração de mandados de segurança em que se pleiteava a isonomia, levando o governo a proibir a tutela de urgência em tais casos. Liminares e execuções imediatas foram afastadas. Na lição do grande mestre Cássio Scarpinella Bueno a resposta a uma elevada e crescente conscientização de acesso a justiça por parte do funcionalismo foi a edição desta lei vedando as liminares e execução provisória nesses casos. (BENÍCIO, 2007)

Ainda no que tange às leis impeditivas de tutela de urgência em mandado de segurança, Valéria Benício arremata afirmando que "*o mandado de segurança é uma ação constitucional, que tem como escopo principal proteger os cidadãos contra ilegalidades perpetradas pelo poder público e este não pode criar leis para proteger-se de ações que visam, exatamente, impedir essas ilegalidades*."(BENÍCIO, 2007)

2.1.2- Leis posteriores à Constituição federal de 1988:

Durante o governo Collor de Mello, houve um incremento de ações perante o Judiciário visando à liberação de quantias que haviam sido bloqueadas de forma inesperada. Para a contenção desse fenômeno, foi editada a medida provisória n. 173-90, que foi convertida na lei

¹ Súmula 262, STF: Não cabe medida possessória liminar para liberação alfandegária de automóvel.

8.437-92, impedindo execuções provisórias em cautelares satisfativas. Ora, uma vez proibidas as liminares em mandado de segurança buscou-se a tutela de urgência pela via das cautelares, o que culminou com a redação do seguinte artigo:

Art. 1º - "Em todos os casos em que as liminares em mandado de segurança são vedadas, providência idêntica não pode ser obtida em ação cautelar contra o poder público.

A Lei 8076-90 já havia proibido a concessão de liminares contra a maioria das leis que constituíram o Plano Collor I (março de 1990), o qual visava impedir o crescimento da inflação, consoante informa Juliano de Angelis. (ANGELIS, 2012)

Proibidas as tutelas de urgência e a execução provisória pela via do mandado de segurança (Leis: 4.348-64 e 5012-66) e pela via das cautelares satisfativa (lei 8.437-92), restava ainda a via recém-inaugurada no código de processo civil da antecipação de tutela (Lei 8.953-94), mecanismo que foi então restringido pela lei 9.494-97.

À guisa de elucidação, segue a redação do artigo 1º da lei em menção:

Art. 1º da Lei 9.497-97: 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](#) (revogada pela nova lei do mandado de segurança – 12.016-2009), no art. 1º e seu § 4º da Lei nº 5.021, de 9 de junho de 1966 (revogada pela lei do mandado de segurança), e nos arts. 1º, 3º e 4º da [Lei nº 8.437, de 30 de junho de 1992](#).

Juliano de Angelis, procurador federal, em artigo sobre o assunto ressalta, no que tange à era Collor, que:

Nesse período era elevado o número de ações judiciais propostas contra a União, por meio das quais os servidores públicos buscavam, de maneira liminar, o reajuste de 28,86% inicialmente destinados à determinada parcela dos servidores. Logo, a lei 9.494-97 tinha por escopo frear essas liminares, as quais estavam trazendo desequilíbrio orçamentário. (ANGELIS, 2012)

Referido procurador federal ainda ressalta que as situações que o legislador restringiu são pontuais:

Afastadas as causas de natureza previdenciária (súmula 729 do STF) e aquelas cuja natureza da demanda resulta em obrigação de fazer, não-fazer ou entregar causa (salvo a exceção já referida), tem-se que o não-cabimento da antecipação de tutela contra a Fazenda Pública restringe-se: (I) reclassificação ou equiparação de servidores públicos; (II) concessão de aumento ou extensão de vantagens pecuniárias; (III) outorga ou acréscimo de vencimentos; (IV) pagamento de vencimentos e vantagens pecuniárias a servidor público ou (V) esgotamento, total ou parcial, do objeto da ação, desde que refira-se, exclusivamente, a qualquer das matérias acima referidas. Reclassificação ou equiparação de servidores públicos. (ANGELIS, 2012).

2.2– A posição do Supremo Tribunal Federal (STF) em relação à Constitucionalidade das leis restritivas de tutela de urgência contra a Fazenda Pública.

A constitucionalidade de leis impeditivas da tutela de urgência foi discutida perante o Supremo Tribunal Federal em dois momentos.

Por ocasião da lei 8437-92, foi proposta a ADI-MC N. 223, em 28.03.1990, extinta após o exame da liminar por perda do objeto. Na concessão da liminar prevaleceu o entendimento do Ministro Sepúlveda Pertence segundo o qual o princípio da razoabilidade deve nortear o enfrentamento do ponto a ser aplicado no caso concreto. Contudo, preservou-se o direito de se declarar a inconstitucionalidade de forma difusa, analisando-se o caso concreto.

A questão foi novamente levada ao Supremo Tribunal Federal, desta vez em face da lei 9.494-97, por meio da ADC n. 4, tendo o STF, na oportunidade, analisado o mérito decidindo-se pela constitucionalidade do art. 1º da referida lei (retro transcrito). Desta forma, considerando-se o efeito *erga omnes* e que os demais órgãos do Poder Judiciário ficam vinculados ao posicionamento da ADC, caso algum juiz decida pela inconstitucionalidade em controle difuso, caberá reclamação no STF para resguardar a autoridade do julgado do STF.

Juliano de Angelis ressalva que, em que pese a declaração da constitucionalidade, o STF tem dado uma interpretação restritiva ao referido dispositivo. Dito de outro modo, não se aplica a proibição de medidas liminares para:

- 1- nomeação e posse em cargo público (Recl. 7212);
- 2- reintegração ao cargo público (Recl. 6468);
- 3- ação visando à manutenção do *status quo ante* remuneratório (Recl. 3483);
- 4- Causas de natureza previdenciária (súmula 729);

5- Quando a decisão de origem estiver em sintonia com a jurisprudência do STF (Recl. 5163).

Assim, a restrição das medidas liminares são autorizadas (consideradas constitucionais pelo STF) desde que nas hipóteses taxativas previstas nas leis e desde que guarde a devida harmonia com a jurisprudência do STF.

Como argumento pela constitucionalidade, em linhas sintéticas, pode-se afirmar que o STF advogou a tese de que a mesma Constituição que previu a inafastabilidade da jurisdição para os casos de ameaça, previu também um meio específico para o pagamento de débitos da Fazenda Pública, o precatório (art. 100, CF-88). Ainda, segundo Juliano De Angelis, como justificativa à constitucionalidade das leis em tela, *“é preciso se ter sempre presente a existência de princípios do direito financeiro, merecendo destaque, aqui, os princípios da ‘programação’ (o orçamento moderno consubstancia um plano de ação governamental, e não mais um mero instrumento contábil), do ‘equilíbrio orçamentário’, da ‘unidade’ e da ‘legalidade’. Soma-se a eles o direito fundamental, extensível igualmente ao Estado, da ampla defesa e ao contraditório, bem como do devido processo legal.”* (ANGELIS, 2012)

3 – A TUTELA DE URGÊNCIA COMO DIREITO FUNDAMENTAL COM NATUREZA DE CLÁUSULA PÉTREA – A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DE LEIS RESTRITIVAS DE MEDIDAS LIMINARES EM FACE DA FAZENDA PÚBLICA

Como representação e resultado do rompimento com um modelo ditatorial, supridor de garantias, a Constituição da República de 1988 cuidou de estabelecer o Estado Democrático de Direito, abrindo-se para a consagração ampla de direitos e garantias fundamentais, que, a partir de então, passaram a ostentar um status superior, inclusive sobre as leis infraconstitucionais, que não os podem contrariar.

Ao estabelecer o Estado da justiça material, da transformação da realidade social, da tutela jurídica ampla, dinâmica e aberta, a Constituição em questão pôs fim ao dualismo que separava Estado de sociedade em uma inovadora teoria dos direitos e das garantias constitucionais fundamentais. Já no próprio preâmbulo pode se constatar diretrizes de uma tutela jurídica irrestrita nos planos do Direito Coletivo e dos Direitos Individuais, na sua condição de nova *summa divisio*. (ALMEIDA, 2008). Com efeito, os valores de uma *“sociedade fraterna,*

pluralista e sem preconceitos”² já demonstra o espírito da Constituição, que permeia o seu bojo e aponta para a necessidade de uma transformação da realidade social.

A propósito, oportunas são as palavras do doutrinador Luis Roberto Barroso:

Não é surpresa, portanto, que as Constituições tivessem sido, até então, repositórios de promessas vagas e de exortações ao legislador infraconstitucional, sem aplicabilidade direta e imediata. Coube à Constituição de 1988, bem como à doutrina e à jurisprudência que se produziram a partir de sua promulgação, o mérito elevado de romper com a posição mais retrógrada. (BARROSO, 2005)

O professor Gregório Assagra de Almeida ressalta como um dos grandes diferenciais trazidos pela constituição em vigor a previsão do Estado Democrático de Direito que se “*constitui no Estado da justiça material, da transformação da realidade social, da tutela jurídica ampla, dinâmica, aberta, concretizante a direitos individuais e coletivos.*” (ALMEIDA, 2008). O artigo 3º da Constituição, ao apregoar os objetivos da República, expressa claramente o novo espírito constitucional de condão vinculativo para todos que devem cooperar de forma irrestrita para que a consecução desses objetivos com a transformação da realidade social.

Ainda conforme o citado professor Gregório Assagra de Almeida, outra grande novidade da Constituição Federal de 1988 foi a inserção da tutela jurídica do Direito coletivo na teoria dos direitos e garantias constitucionais fundamentais (Título II, Capítulo I), o que não encontra precedentes nas Constituições da história do País, nem no plano das Constituições alienígenas. (ALMEIDA, 2008).

Destaca-se, outrossim, a título de inovação trazida pela Constituição em vigor, o caráter aberto dos direitos e garantias constitucionais (parágrafo 2º, do art. 5º, CF-88), bem assim o art. 129, III, da CF-88 que representou uma verdadeira abertura do objeto de tutela de direitos pela Ação Civil Pública.

Outras inovações não podem passar despercebidas, como, por exemplo, o aperfeiçoamento do controle de constitucionalidade concentrado estabelecido na Constituição de

² Preâmbulo da Constituição Federal de 1988: “Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil.” (destaques da autora).

1988 e questões relevantes como o direito à razoável duração do processo trazido pela EC 45 e a ampliação do objeto material da ação popular que passou a abranger também a moralidade administrativa, o patrimônio cultural e o ambiente. Neste particular, isto é, em relação ao ambiente, a Constituição foi inovadora e visionária ao estabelecer a defesa e preservação do ambiente equilibrado para as presentes e futuras gerações (art. 225).

Neste diapasão, defende o mencionado professor Gregório, que o rico teor do art. 225, conjugado com os arts. 1º e 3º, I, da Carta Constitucional, abre o caminho para dois novos horizontes de revolução da ciência jurídica. O primeiro quanto à construção de uma '*dogmática jurídica biocentrista*', a ser elaborada com esteio em uma '*solidariedade coletiva*' e o segundo caminho quanto ao *direito intergeracional*, ligado a uma dimensão de '*direitos planetários*' que envolvem deveres das gerações presentes e futuras. (ALMEIDA, 2008)

Vê-se, então, que a Constituição é marco inovador na tutela de direitos fundamentais, trazendo a posição de vanguarda adequada ao novo constitucionalismo.

Na verdade, na esteira do pensamento do referido doutrinador Gregório Assagra de Almeida, o Constitucionalismo brasileiro tem sido destacado pela doutrina pátria, sendo certo que desde o advento da Constituição de 1988 houve uma evolução em relação ao neoconstitucionalismo no Brasil. Em que pese o caminho a se percorrer ainda seja considerável, sobretudo no que diz respeito à exata compreensão do novo modelo constitucional apregoadado pela referida Constituição, não se pode olvidar que esse novo modelo, conforme defende Gregório Assagra, "*permite, principalmente em relação à nova summa divisio constitucionalizada relativizada, a construção de um constitucionalismo brasileiro que sirva de parâmetro para o mundo.*" (ALMEIDA, 2008)

Conquanto tenham sido expressivas as inovações constitucionais supra elencadas, o grande destaque neste excuro radica no art. 5º, XXXV do texto constitucional, que passou a contemplar a ameaça de lesão a direito como possibilidade de intervenção do Judiciário. Dito de outra maneira, a Constituição Federal de 1988 apregou a inafastabilidade da Jurisdição também nos casos de ameaça, contemplando, indiscutivelmente, a tutela de urgência como um direito fundamental.

Sem precedentes nas Constituições anteriores, a previsão da inafastabilidade da jurisdição nos casos de ameaça sedimentou, extirpe de dúvidas, o cabimento de tutela de urgência no ordenamento pátrio, independentemente de quem a invoque ou contra quem se invoque o direito

de forma liminar.

Sobre o assunto, dissertam Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero:

A norma do art.5º, XXXV, CRFB, ao contrário das normas constitucionais anteriores que garantiam o direito de ação, afirmou que a lei, além de não poder excluir lesão, está proibida de excluir ‘ameaça de lesão’ da apreciação jurisdicional. O objetivo do art. 5º, XXXV, CRFB, neste particular, foi deixar expresso que o direito de ação deve poder propiciar a tutela inibitória e ter a sua disposição técnicas processuais capazes de permitir a antecipação de tutela.

Nessa linha de raciocínio, ao prever a tutela para casos de ameaça a direito, a ordem constitucional previu a tutela inibitória de danos potenciais demonstrados, garantindo-se a necessária urgência na apreciação da medida, a fim de se evitar a própria ocorrência do dano ou o perecimento do direito almejado. Nesse particular, casos em que são requeridos, por exemplo, direitos de natureza alimentar, a urgência resta incontestável e ao se ignorá-la está se atentando não apenas contra o direito de ação e da inafastabilidade da jurisdição, mas contra outros direitos de natureza material que amparam o pedido, como por exemplo o direito à vida. É nesse viés que a tutela antecipada foi expressamente garantida a nível constitucional, de forma que, como será visto de maneira mais desenvolvida a seguir, é flagrante a contrariedade à Constituição de leis que limitam ou restringem a tutela de urgência levando-se em consideração a natureza do ente demandado.

Não obstante, antes de se aprofundar sobre a questão da (in)constitucionalidade das leis restritivas de tutela de urgência em face da Fazenda Pública e sobre a posição adotada pelo STF já tratada em capítulo próprio, mister tecer maiores detalhes sobre as características dos direitos fundamentais, categoria em que se insere o direito à tutela liminar que é o cerne do presente estudo.

Conforme se infere do disposto no art. 5º, parágrafo 1º, da Constituição Federal de 1988, os direitos e garantias constitucionais fundamentais possuem aplicabilidade imediata.

De acordo com a “*nova interpretação concretizante*” (ALMEIDA, 2010), os objetivos da República – já mencionados alhures - não são apenas programas e alvos. Com fundamento no art. 5º, parágrafo 1º, da Constituição Federal de 1988, aqui se defende que a aplicação imediata é resultado da interpretação concretizante construída pela hermenêutica constitucional do pós-

positivismo.

A propósito, Assagra ressalta que:

A aplicabilidade imediata dos direitos e garantias constitucionais fundamentais é garantia constitucional fundamental e, portanto, cláusula pétrea, sendo-lhe incompatível interpretação restritiva. A aplicabilidade imediata tem incidência tanto em relação aos direitos e garantias constitucionais fundamentais individuais, quanto aos coletivos. (ALMEIDA, 2008)

Nessa senda, os direitos e as garantias fundamentais possuem aplicabilidade imediata, imprescindendo, necessariamente, de regulamentação pelo poder legislador ordinário e é nesse condão interpretativo que as seguintes palavras se tornam oportunas:

“falta de norma regulamentadora ou a alegação de ser norma programática não são obstáculos à aplicabilidade imediata e à vinculação geral dos direitos e garantias constitucionais fundamentais. A simples alegação de impossibilidade jurídica não é admitida como cláusula impeditiva da realização de direitos e garantia constitucional fundamental. A impossibilidade que poderá servir como impedimento, é somente a real, amparada em elementos e circunstâncias fáticas, e mesmo assim deve ser sopesada concretamente. (ALMEIDA, 2008)

Na esteira de pensamento de Gregório Assagra de Almeida, em que pese não sejam absolutos os direitos e garantias fundamentais, *“eles somente poderão ser limitados pelo legislador nas hipóteses constitucionalmente previstas e, de qualquer modo, tais hipóteses de limitação devem ser interpretadas restritivamente.”*(ALMEIDA, 2008). Além, a força irradiadora da constituição serve como limite de atuação do legislador, devendo as normas infraconstitucionais se adequarem à vontade constitucional.

Perante o quadro acima desenhado, o que dizer sobre leis que proíbem tutela antecipada a despeito do texto constitucional que expressamente a ampara? Pode o legislador ordinário dispor de forma contrária a preceito constitucional?

Todo o excursus já desenvolvido até aqui aponta para a inevitável inconstitucionalidade de referidas leis, ainda que relevantes os fundamentos políticos que as amparam.

Ora, a inafastabilidade da jurisdição e o próprio direito de petição têm natureza fundamental e ostentam todas as características demonstradas. Além, encontram-se blindados como cláusulas pétreas ao lado da forma federativa de Estado e dos objetivos que compõem a

República, à luz do que dispõe o art. 60, §4, da Constituição Federal, *in verbis*:

Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:
§4. não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:
I - a forma federativa de Estado;
II- o voto direto, secreto, universal e periódico;
IV- os direitos e garantias individuais

Ademais, no que se refere ao inciso IV, primando-se por uma interpretação constitucional que confira ao rol das cláusulas pétreas a sua melhor e mais legítima eficácia social, deve-se admitir uma interpretação aberta e flexível dessas ‘cláusulas superconstitucionais’, no sentido ampliativo. Desta forma, o melhor entendimento tem sustentado que o art. 60, § 4º, da CF/88, não deve ser interpretado restritivamente. O Direito Coletivo, como direito constitucional fundamental, beneficia-se do sistema constitucional das cláusulas pétreas e também está protegido contra as reformas constitucionais, o que vale dizer que leis coletivas impeditivas de tutela de urgência também não passam pelo filtro constitucional, segundo o entendimento aqui exposto.

A função principal das cláusulas pétreas é evitar o retrocesso social. Ora, os direitos e garantias fundamentais são resultados de lutas e consistem em importantes conquistas da sociedade.

Não se pode olvidar, conforme ressaltou José Afonso da Silva, que “*as declarações dos direitos surgiram de reivindicações e de lutas consagradas a partir de quando as condições materiais da sociedade permitiram o avanço em direção a essas conquistas.*” (SILVA, *apud*, ALMEIDA, 2008) Neste contexto, tem-se a consagração paulatina de direitos e garantias fundamentais e na medida em que são consagrados há o reconhecimento da evolução do Estado que passa a contemplar novas garantias. Os direitos e garantias fundamentais têm, pois, um caráter progressivo, inadmitindo-se o seu retrocesso.

A proibição do retrocesso impõe-se, pois, como relevante princípio impedindo que as maiores conquistas da humanidade representadas nos direitos e garantias fundamentais retrocedam ou deixem de figurar na ordem jurídica.

A máxima força irradiadora e condutora do sistema jurídico e do comportamento dos operadores jurídicos também deve ser destacada, na medida em que vincula a atuação dos

operadores jurídicos em geral, inclusive do particular.

Em palavras de síntese, é sob todo o contexto já lançado que aqui se defende que qualquer ato legislativo que intente contra a garantia da tutela de urgência fere frontalmente a Constituição Federal no tocante à irrestrita inafastabilidade da jurisdição prevista no art. 5º,XXXV, bem como restringe o direito de petição também previsto constitucionalmente como direito fundamental.

Ora, negar a tutela jurídica de forma geral e sumária por meio de uma lei pode significar a negativa do próprio direito invocado, já que a demora no transcurso do processo poderá tornar a medida pretendida ineficaz, obstaculizando, pois, o próprio direito de ação.

Neste diapasão, questiona-se a legitimidade da posição do STF ao considerar a constitucionais as leis elencadas no capítulo I. Ora, desde a ditadura a postura do STF foi a de admitir a constitucionalidade das leis limitadoras das tutelas de urgência contra o Poder Público, mesmo após o advento da Constituição Federal de 1988 e sua expressa garantia da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV, da CF) quanto às tutelas de urgência.

O que se percebe, porém, não só das exposições de motivos das leis restritivas avalizadas pelo STF, é que a motivação desse excelso Tribunal pautou-se em argumentos eminentemente políticos, desafiando o caráter jurídico que deve lastrear suas decisões. Não que aqui se defenda um Direito dissociado da realidade fática. Antes pelo contrário, consoante apregoa Miguel Reale, Direito não é apenas norma, é também fato e valor^{3 4} devendo sim se atrelar ao contexto fático por trás da questão trazida em juízo. Não obstante, por mais relevante que seja o contexto político, este não pode se sobrepor ao jurídico a fim de desconstruir um direito fundamental conquistado e assegurado constitucionalmente. Admitir-se a flexibilização da garantia dada ao jurisdicionado, ainda que em prol de um ente público, é negar a validade plena dessa garantia e é retirar do magistrado a prerrogativa de efetuar o controle da constitucionalidade no caso concreto. Destarte, e com supedâneo em tudo o que foi dito, é no mínimo contraditória a ideia de que um juiz, investido de garantias constitucionais de vitaliciedade, inamovibilidade etc, não possa controlar a constitucionalidade de leis impeditivas de tutela de urgência, pois, se o fizer, sua decisão poderá ser desconstruída por intermédio de uma reclamação, tornando todo o seu trabalho inócuo.

³ Para aprofundamento da Teoria Tridimensional de Miguel Reale, segue a referência: REALE, Miguel. **Teoria Tridimensional do Direito**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

⁴ Parafraseando Miguel Reale e o d. professor Gregório Assagra de Almeida, tem-se que: *Direito é fato, valor e norma visando à transformação da realidade social.*

O que se defende é uma postura responsável do magistrado que analisará, à luz do caso concreto e nos limites e condições para a concessão de uma tutela de urgência, se essa tutela pode ou não ser concedida. O contrário é negar peremptoriamente a tutela e flexibilizar um direito fundamental garantido constitucionalmente, contrariando a Teoria Dos Direitos Fundamentais que não é compatível com uma interpretação restritiva. O que o legislador fez foi proibir a concessão liminar de tutela contra o Poder Público, autorizando-a em algumas situações como nos casos previdenciários. Esta posição, repise-se, não pode prosperar diante da norma constitucional do artigo 5º, XXXV e do inciso XXXIV do mesmo artigo que não admitem interpretações restritivas.

Como última indagação, questiona-se se atos normativos, decorrentes do poder legislativo e até do poder executivo, podem retirar, de forma difusa, a possibilidade de análise de uma questão de fundo jurídico pelo judiciário, suprimindo-se sua função precípua de julgar em casos que demandam urgência.

À guisa de conclusão, afirma-se que as leis restritivas de tutela de urgência contra a Fazenda Pública anteriores à Constituição não foram por ela recepcionadas e as que a sucederam são inconstitucionais.

Em que pese o entendimento do Supremo Tribunal Federal, esse é também o entendimento de boa parcela da doutrina. Cita-se, por amostragem, a posição de Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero que são peremptórios ao afirmarem *que “essas restrições, contudo, não têm o condão de excluir o cabimento de antecipação de tutela contra a Fazenda Pública. São inconstitucionais.”* (MARINONI; MITIDIERO, 2008). Vejamos:

O direito à tutela antecipada decorre expressamente do direito fundamental à tutela jurisdicional adequada e efetiva e tem foro constitucional entre nós. Pensar de modo diverso importa grave ofensa à paridade de armas no processo civil (art. 5º, I, CRFB), sobre admitir-se que, quando ré a Fazenda Pública em processo judicial, pouco interessa à ordem jurídica a lesão ou a ameaça de lesão dos direitos dos particulares, lógica essa que é evidentemente contrária ao Estado Constitucional, fundado na dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CRFB) e preocupado com a efetiva tutela dos direitos (art. 5º, XXXV, CRFB). (MARINONI; MITIDIERO, 2008)

É verdade que as leis em referência não vedam toda e qualquer tutela de urgência contra a

Fazenda Pública, as permissões já foram apontadas no capítulo 1 deste breve excuro. Não obstante, na linha do que tem sido defendido aqui, vale frisar que, além da razoabilidade que se espera do julgador, há balizas para a análise das tutelas pedidas *in limine*, quer seja o *fumus boni iuris* e *periculum in mora* no caso das liminares, quer sejam os requisitos do art. 273, do Código de Processo Civil como a reversibilidade, a prova inequívoca e a verossimilhança da alegação, além do fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação ou abuso de direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu para o caso das antecipações de tutela. Tudo isso a reforçar que não há sentido a limitação imposta por leis infraconstitucionais ao que foi conquistado pela sociedade como direito fundamental.

4- CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente excuro tratou das normas restritivas de tutela de urgência contra a Fazenda Pública, que tiveram o aval do Supremo Tribunal Federal.

Aliado a boa parte da literatura especializada do Direito, aqui se toma o posicionamento de que referidas leis são inconstitucionais. Com efeito, a Constituição Federal de 1988, ao inovar com a “ameaça de lesão” não recepcionou as leis anteriores impeditivas de medidas liminares e as que foram promulgadas após a sua vigência são contrárias ao texto expresso da Constituição.

Conquanto a posição do Supremo Tribunal Federal seja pela Constitucionalidade de referidas leis, os incontestáveis fundamentos de cunho político que permeiam citada posição são questionáveis.

Negar a possibilidade de apreciação de medidas liminares pelo Judiciário pode significar a negativa do próprio direito invocado, tornando totalmente ineficaz a tutela jurídica requerida, obstaculizando o próprio direito de ação, o que fere frontalmente a Constituição e toda a ordem constitucional que não admite uma interpretação restritiva.

Em palavras de síntese, sob a vontade constitucional, amparada pelo neoconstitucionalismo desenvolvido no Brasil, é inegável que a tutela de urgência não pode ser impedida ou restringida, quer seja no plano individual, quer seja no plano coletivo.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito Material Coletivo: superação da *summa divisio* direito público e direito privado por uma nova *summa divisio* constitucionalizada.** Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Os Direitos ou Interesses Coletivos no Estado Democrático de Direito Brasileiro.** Direitos Fundamentais e a função do Estado os planos internos e internacional, volume 2. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2010.

ANGELIS, Juliano de. **Antecipação da tutela contra a Fazenda Pública.** Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/antecipa%C3%A7%C3%A3o-da-tutela-contra-fazenda-p%C3%BAblica>. Acesso em 15 de maio de 2013.

ÁVILA, Humberto. **‘Neoconstitucionalismo’: ‘Entre a ‘ciência do Direito’ e o ‘Direito da Ciência’.** Disponível em: <http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-17-JANEIRO-2009-HUMBERTO%20AVILA.pdf>. Acesso em 13 de março de 2013.

BARROSO, Luis Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito.** Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/7547/neoconstitucionalismo-e-constitucionalizacao-do-direito>.

BENÍCIO, Valéria de Castro. **Mandado de Segurança: Proibição de Liminares contra a Fazenda Pública.** Monografia apresentada ao Curso de especialização em Direito Constitucional e Direito Processual Constitucional do Centro de Estudos Aplicados da Universidade Estadual do Ceará em convênio com a Escola Superior do Ministério Público. Disponível em: [http://www.pgj.ce.gov.br/esmp/biblioteca/monografias/d.constitucional-d.processual.constitucional/mandado.de.injuncao.instrumento.de.liminares.contra.a.fazenda.publi ca\[2007\].pdf](http://www.pgj.ce.gov.br/esmp/biblioteca/monografias/d.constitucional-d.processual.constitucional/mandado.de.injuncao.instrumento.de.liminares.contra.a.fazenda.publi ca[2007].pdf). Acesso em: 02 de junho de 2013.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Código de Processo civil comentado por artigo.** São Paulo: Editora Revista dos tribunais, 2008.

REALE, Miguel. **Teoria Tridimensional do Direito.** 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

SILVA, Ovídio Baptista da. **Curso de Processo Civil: processo de conhecimento.** 7. ed. Rio De Janeiro: Forense, 2005.