

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO ESPÍRITO SANTO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**

LÍDIA LARA ARAÚJO DE OLIVEIRA E SOUZA WERNERSBACH SIMON

**AS MEDIDAS DE URGÊNCIA NO PROCESSO
ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR: uma análise de seu
cabimento a partir do modelo processual
constitucional**

VITÓRIA/ES

2015

LÍDIA LARA ARAÚJO DE OLIVEIRA E SOUZA WERNERSBACH SIMON

**AS MEDIDAS DE URGÊNCIA NO PROCESSO
ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR: uma análise de seu
cabimento a partir do modelo processual
constitucional**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação de Direito da Universidade Federal do Espírito Santo como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Marcelo Abelha Rodrigues

VITÓRIA/ES

2015

LÍDIA LARA ARAÚJO DE OLIVEIRA E SOUZA WERNERSBACH SIMON

**AS MEDIDAS DE URGÊNCIA NO PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR:
uma análise de seu cabimento a partir do modelo processual constitucional**

Esta dissertação foi julgada adequada para a obtenção do título de Mestre em Direito e aprovada em sua forma final pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Espírito Santo em 21 de agosto de 2015.

Prof^a. Dr^a. Valesca Raizer Borges Moschen
UNIVERSIDADE FEDERAL DO ESPÍRITO SANTO
Coordenadora

Apresentada à Comissão Examinadora, integrada pelos professores:

Prof. Dr. Marcelo Abelha Rodrigues
UNIVERSIDADE FEDERAL DO ESPÍRITO SANTO
Orientador

Prof. Dr. Flávio Cheim Jorge
UNIVERSIDADE FEDERAL DO ESPÍRITO SANTO
Membro efetivo (da instituição)

Prof. Dr. Thiago Felipe Vargas Simões
UNIVERSIDADE VILA VELHA
Membro efetivo (convidado)

Este estudo é dedicado a todos aqueles que,
de uma forma ou de outra, ainda acreditam no
ideal de Justiça.

A Deus, por me permitir lutar e por me fazer vencedora, mesmo nas situações a princípio impossíveis.

Ao meu marido, por ser meu.

Aos meus pais, pelo exemplo de vida que são.

Ao prof. Marcelo Abelha, pelos ensinamentos passados durante minha trajetória acadêmica.

Aos amigos queridos que, mesmo quando longe, nunca deixam de estar perto.

A todos, meu mais sincero agradecimento.

Nesta palavra – a justiça – cabe quase inteira a noção da nossa felicidade na terra. É a substância da civilização, a essência da sociedade, a síntese da política cristã. As nações medram ou desmedram, segundo a sabem ou não a sabem guardar.

Rui Barbosa

RESUMO

LARA ARAÚJO DE OLIVEIRA E SOUZA WERNERSBACH SIMON, Lúcia. *AS MEDIDAS DE URGÊNCIA NO PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR: uma análise de seu cabimento a partir do modelo processual constitucional*. 2015. 167 páginas. Dissertação (Mestrado em Direito) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Espírito Santo (UFES), 2015.

Orientador: Prof. Dr. Marcelo Abelha Rodrigues.

Defesa: 21 de agosto de 2015.

Vasta é a doutrina acerca da tutela cautelar e antecipada, bem como amplos são os ensinamentos sobre o processo administrativo, mas poucos escritos se encontra que se dispuseram a analisar ambos os temas em conjunto.

Assim, o principal escopo do presente estudo é fomentar a discussão acerca da possibilidade, da viabilidade e, quiçá, da necessidade de concessão de medidas de urgência (cautelares e/ou antecipatórias) no curso do processo administrativo, em especial o disciplinar.

Para tanto, serão feitos, inicialmente, alguns apontamentos sobre a tutela de urgência, ressaltando, pois, seu conceito, requisitos e objetivos. Há de se discorrer, ainda, sobre o processo administrativo e seu *status* constitucional, para que, posteriormente, seja possível mesclar tais assuntos e efetivamente ponderar os argumentos favoráveis e contrários à hipótese levantada.

Por fim, a conclusão a que se irá chegar, a saber, de que é sim possível à Administração conceder, ela mesma, medidas de urgência, será resultado de uma construção lógico-dedutiva decorrente das premissas estabelecidas ao longo deste estudo.

Palavras-chave: Tutela/medidas de urgência. Processo administrativo disciplinar. Direitos fundamentais. Interesse público. Princípio da efetividade.

ABSTRACT

LARA ARAÚJO DE OLIVEIRA E SOUZA WERNERSBACH SIMON, Lúcia. *AS MEDIDAS DE URGÊNCIA NO PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR: uma análise de seu cabimento a partir do modelo processual constitucional*. 2015. 167 páginas. Dissertação (Mestrado em Direito) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Espírito Santo (UFES), 2015.

Orientador: Prof. Dr. Marcelo Abelha Rodrigues.

Defesa: 21 de agosto de 2015.

Ample is the doctrine on preventive and advanced relief, as well as large are the teachings of the administrative process, but few writings that willing to consider both issues at the same time are found.

So, the main scope of this study is to stimulate discussion about the possibility, feasibility, and, perhaps, necessity to grant immediate injunctions (preventive or advanced) in the course of the disciplinary administrative process.

For that, we will make, initially, some notes over the immediate injunctions, stressing, therefore, its concepts, requirements and objectives. We will also expound on the administrative process and its constitutional status, so that later we can merge these subjects and reflect about the pro and con arguments to the assumption raised.

Finally, the conclusion that will reach, which is that it is indeed possible for the Administration to grant, itself, immediate injunctions, will result of a logical-deductive construction derived from premises established in the course of this study.

Key-words: Immediate injunctions. Administrative process. Fundamental rights. Public interest. Principle of effectiveness.

LISTA DE SIGLAS

AGU - Advocacia-Geral da União

AgRg - Agravo Regimental

CF - Constituição Federal

CGU - Controladoria-Geral da União

CPC - Código de Processo Civil

IPAJM - Instituto de Previdência dos Servidores do Estado do Espírito Santo

INSS - Instituto Nacional do Seguro Social

LIA - Lei de Improbidade Administrativa

MS - Mandado de Segurança

PAD - Processo Administrativo Disciplinar

PL - Projeto de Lei

REsp. - Recurso Especial

RExt. - Recurso Extraordinário

RMS - Recurso em Mandado de Segurança

RO - Recurso Ordinário

STF - Supremo Tribunal Federal

STJ - Superior Tribunal de Justiça

TCU - Tribunal de Contas da União

TJ - Tribunal de Justiça

TNU - Turma Nacional de Uniformização

TRF - Tribunal Regional Federal

TRT - Tribunal Regional do Trabalho

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	12
CAPÍTULO I: DOS PRESSUPOSTOS INICIAIS	19
CAPÍTULO II: A TUTELA DE URGÊNCIA SOB A ÓTICA DO MODELO CONSTITUCIONAL DO PROCESSO	23
2.1. DA TUTELA DE URGÊNCIA: DIFERENCIAÇÃO TEÓRICA ENTRE MEDIDAS CAUTELARES E ANTECIPADAS.....	23
2.1.1. Do conceito de urgência	24
2.1.2. Das espécies de tutela de urgência	27
2.1.2.1. Da tutela cautelar	28
2.1.2.2. Da tutela antecipada	30
2.1.3. Do princípio da fungibilidade	34
2.1.4. Do poder-dever geral de urgência e dos limites impostos ao julgador quando de sua aplicação	39
2.1.5. Da concessão ex officio da tutela de urgência	45
2.1.6. Do perigo de irreversibilidade da medida	47
2.2. DA TUTELA DE URGÊNCIA E DOS ELEMENTOS INTRODUZIDOS/RECONHECIDOS PELO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL (LEI Nº 13.105/15).....	50
2.3. DO <i>STATUS</i> CONSTITUCIONAL DA TUTELA DE URGÊNCIA.....	54
2.4. DAS PREMISSAS BÁSICAS ACERCA DA TUTELA DE URGÊNCIA	57
CAPÍTULO III: BREVES PONDERAÇÕES ACERCA DO PROCESSO ADMINISTRATIVO	59
3.1. CONCEITUAÇÃO: PROCESSO x PROCEDIMENTO	59
3.2. DO <i>STATUS</i> CONSTITUCIONAL DO PROCESSO ADMINISTRATIVO	63
3.3. DO PROCEDIMENTO BÁSICO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO REGULADO PELA LEI Nº 9.784/99.....	67
3.4. DO PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR.....	68
3.5. DAS PREMISSAS BÁSICAS ACERCA DO PROCESSO ADMINISTRATIVO EM GERAL.....	76
CAPÍTULO IV: DO PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR E DAS MEDIDAS DE URGÊNCIA	78

4.1. DA NECESSÁRIA REVISITAÇÃO DO CONCEITO DE PRINCÍPIO DA LEGALIDADE.....	79
4.2. DA PREVISÃO DO ARTIGO 45 DA LEI Nº 9.784/99.....	81
4.2. DOS DEMAIS DISPOSITIVOS DE LEI CAPAZES DE FORTALECER A TESE DEFENDIDA	87
4.4. DOS ARGUMENTOS FAVORÁVEIS À CONCESSÃO DE MEDIDAS DE URGÊNCIA NO ÂMBITO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO	92
4.4.1. Do princípio da juridicidade	92
4.4.2. Dos princípios do devido processo legal e da ampla defesa	96
4.4.3. Do princípio da efetividade	101
4.5. DOS REQUISITOS PARA A CONCESSÃO DE MEDIDAS DE URGÊNCIA NO PROCESSO ADMINISTRATIVO	107
4.6. DO INTERESSE PÚBLICO PRIMÁRIO E DE SUA CORRELAÇÃO COM OS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	110
4.7. DA CONCESSÃO <i>EX OFFICIO</i> DAS MEDIDAS DE URGÊNCIA.....	122
4.8. DA DECISÃO QUE CONCEDE A MEDIDA DE URGÊNCIA: ATO DISCRICIONÁRIO OU VINCULADO?	123
4.9. DA POSSIBILIDADE DE REVISÃO ADMINISTRATIVA E JUDICIAL.....	124
4.10. DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO E DO AGENTE PÚBLICO EM CASO DE DANO.....	127
4.10.1. Aspectos gerais sobre a responsabilidade civil do Estado	128
4.10.2. Da responsabilidade civil por atos jurisdicionais	130
4.10.3. Da responsabilidade do Estado e de seus agentes em caso de dano decorrente da concessão ou não de medidas de urgência no processo administrativo	132
4.11. ESTUDANDO CASOS PRÁTICOS.....	135
4.11.1. Da hipótese do art. 147 da Lei nº 8.112/90: do afastamento preventivo	135
4.11.2. Da busca e apreensão de bens	143
4.11.3. Da vedação do art. 172 da Lei nº 8.112/90	145
CAPÍTULO V: CONCLUSÃO	148
BIBLIOGRAFIA	152
ANEXO: DADOS ESTATÍSTICOS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (PROCESSOS AUTUADOS POR RAMO DO DIREITO ANTERIORES A 2014)...	166

INTRODUÇÃO

Não é preciso que todas as perguntas tenham a sua resposta. Com respeito às mais importantes, já é muito que tenham sido formuladas, pois são elas que, no curso do tempo, exigem tributo aos maiores espíritos.

Friedrich Hebbel

Muito se fala nos dias atuais acerca da efetividade do processo, não sendo incomum ouvir-se que a tutela jurisdicional deve ser prestada a tempo e a modo de garantir ao jurisdicionado o resguardo de seu direito. Esse é, inclusive, um dos cerne da linha de pesquisa do curso de pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Espírito Santo, intitulado “processo, constitucionalidade e tutela de direitos existenciais e patrimoniais”, ao qual nos afeiçãoamos. A proposta por ela trazida consiste justamente na adequação do processo às necessidades do Estado Democrático de Direito, enfatizando-o, pois, como um instrumento garantidor do respeito ao direito material¹.

Diante de uma temática como essa, que envolve questões múltiplas, nada mais natural do que a utilização da interdisciplinaridade para buscar a solução de problemas (ou situações) que passaram despercebidas pelo legislador e que, por enfrentarem questões quase que sagradas, não são satisfatoriamente debatidos pela doutrina pátria. Explicitando mais claramente, o que se quer dizer é que a discussão acerca da busca pela efetividade parece restringir-se ao âmbito do processo judicial (ou, ao menos, é feita com maior afinco nessa seara), o que não significa, porém, que ela não seja necessária, por exemplo, no decorrer do processo administrativo, que é o que ora nos interessa.

Ao longo de nossa vivência acadêmica e profissional, pudemos perceber que o ordenamento jurídico pátrio ainda trata com certa cautela, para não dizer desigual, a Administração Pública. Por certo que o regime jurídico administrativo, o qual é composto pelos princípios da supremacia do interesse público sobre o privado e pela

¹ Informação obtida em <<http://www.direito.ufes.br/pos-graduacao/PPGDIR/detalhes-da-linha-de-pesquisa?id=428>>; Acesso em: 25 de agosto de 2014.

indisponibilidade do interesse público (DI PIETRO, 2004, p. 65), às vezes, o exige; no entanto, em estudos anteriores, já concluímos no sentido de que nem sempre esse tratamento diferenciado se justifica².

Os postulados mencionados acima, que integram o regime jurídico administrativo, podem parecer, a princípio, totalmente favoráveis ao Estado enquanto pessoa jurídica, mas são exatamente eles que trazem como baliza a imperatividade das regras e dos princípios que visam a efetiva instauração de um Governo Democrático e de um Governo de Direito, o que implica no resguardo dos direitos fundamentais do cidadão enquanto consentâneos ao interesse público primário (ALEXANDRINO e PAULO, 2010, p. 192).

Também se submete a Administração Pública ao princípio da proporcionalidade, além de ser lembrada, a todo momento, que deve almejar sempre a implementação real das políticas públicas, o que, de fato, mitiga algumas dessas garantias (ou regalias) de que dispõe.

No intuito de assegurar que o Estado sirva adequadamente o seu povo (e evitar que ocorra exatamente o contrário), percebe-se que essa visão um pouco atrasada do Direito Administrativo-Processual e/ou Processual-Administrativo não mais se coaduna com a ideia de constitucionalização do processo, tão em voga atualmente. Isso porque o processo já superou a fase em que era considerado um fim em si mesmo (sob uma ótica estritamente objetiva), para andar lado a lado com o direito material, de maneira que o que hoje se busca é a concreta e plena prestação jurisdicional. O foco, portanto, está no *substantive due process of law*.

É de José Roberto dos Santos Bedaque (2003, p.12) a afirmação de que “a elaboração dos princípios e regras processuais deve ser feita à luz das necessidades verificadas no plano das relações substanciais, pois é em função destas que o processo existe”. Demonstra, assim, o referido autor, o caráter

² Trabalho apresentado como requisito para a conclusão do curso de Direito na Universidade Federal do Espírito Santo intitulado *Prerrogativas da Fazenda Pública em Juízo: uma análise atual de sua real necessidade*.

instrumental do processo, o que ele enxerga como premissa inafastável para o estudioso e para o aplicador do direito, e de fato possui razão em sua constatação.

Nesse contexto, então, totalmente relacionado à efetividade, um dos grandes trunfos do direito processual é a possibilidade de conceder medidas de urgência, capazes de tutelar momentaneamente o direito que se mostra mais vulnerável até que se obtenha do Judiciário (ou, como pretendemos explanar, do órgão competente) uma posição de natureza definitiva (e, por esta, entenda-se aquela oriunda de cognição exauriente não mais passível de recurso/ou de modificação).

E é esse o ponto de partida do presente trabalho, que buscará analisar a viabilidade do deferimento de medidas de urgência (aqui compreendidas as cautelares e as antecipatórias) também no processo administrativo, em especial no processo administrativo disciplinar, não obstante a inexistência de previsão legal expressa, ou ao menos explícita, nesse sentido.

Para tanto, está ele dividido em cinco capítulos, quais sejam: capítulo I (PRESSUPOSTOS INICIAIS), capítulo II (A TUTELA DE URGÊNCIA SOB A ÓTICA DO MODELO CONSTITUCIONAL DO PROCESSO CIVIL), capítulo III (BREVES PONDERAÇÕES ACERCA DO PROCESSO ADMINISTRATIVO), capítulo IV (DO PROCESSO ADMINISTRATIVO E DAS MEDIDAS DE URGÊNCIA) e capítulo V (CONCLUSÃO).

No primeiro deles, far-se-á referência a pouca doutrina específica que se encontrou sobre o tema, deixando claras as premissas imprescindíveis ao correto entendimento da situação ora considerada.

O capítulo II, por sua vez, será voltado para a análise das medidas de urgência, que serão conceituadas, diferenciadas e terão estabelecidos os seus requisitos. Por certo que serão igualmente estudados alguns pontos controvertidos da tutela de urgência, sobre os quais se tecerá breves comentários.

Esse também será o momento para tratarmos acerca das mudanças introduzidas pelo novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/15), que, mais do que qualquer

outro que o antecedeu, pauta-se na necessidade de se *"estabelecer expressa e implicitamente verdadeira sintonia fina com a Constituição Federal"*, de *"criar condições para que o juiz possa proferir decisão de forma mais rente à realidade fática subjacente à causa"*, de *"simplificar, resolvendo problemas e reduzindo a complexidade de subsistemas"*, de *"dar todo o rendimento possível a cada processo em si mesmo considerado"* e de *"imprimir maior grau de organicidade ao sistema, dando-lhe, assim, mais coesão"* (objetivos da Comissão organizadora destacados na Exposição de Motivos do Anteprojeto do Código de Processo Civil).

Em sequência (capítulo III), alguns apontamentos sobre o processo administrativo, e especificamente sobre o processo administrativo disciplinar, far-se-ão necessários, sendo que o enfoque maior será dado ao tratamento magno a ele dispensado. A intenção, então, é elencar fundamentos constitucionais que permitam suplantar, ou afastar, o princípio da legalidade, uma vez que não existe dispositivo legal com autoridade bastante para permitir, sozinho, a concessão de medidas de urgência no processo administrativo.

Juntando o conhecimento adquirido nas etapas anteriores, bem como as premissas previamente estabelecidas, examinar-se-á, no capítulo IV, a possibilidade de a tutela de urgência ser deferida no processo administrativo disciplinar. Esse capítulo consiste, pois, no resultado de toda nossa afeição à implementação de um verdadeiro Estado Democrático de Direito.

Por fim, o capítulo V terá como escopo principal revelar o processo administrativo, de maneira geral, enquanto uma alternativa viável e confiável à judicialização da lide e à efetivação do direito. Esse, de fato, é nosso maior objetivo³.

³ Colhe-se dos ensinamentos de Eva Maria Lakatos e Marina de Andrade Marconi (2007, p. 106) que o objetivo de pesquisa busca responder às perguntas "para que?" e "para quem?". Subdivide-se em objetivo geral, que, como o próprio nome sugere, apresenta uma visão mais ampla do tema, e em objetivos específicos, de função instrumental, já que voltados à solução do problema geral.

Pois bem. Ao se considerar o problema de pesquisa apresentado, infere-se que o objetivo geral do presente trabalho não é outro senão verificar a possibilidade, ou não, de concessão de medidas de urgência no processo administrativo, e, assim, revelar o processo administrativo como uma alternativa viável à judicialização, fundamentando-se, pois, a conclusão a que se chegar. Trata-se, portanto, do

Nesse ponto, faz-se menção ao fato de que, quando se estiver lendo essa dissertação, que se constitui, por óbvio, na opinião particular de quem a escreve, é preciso ter em mente que ela não se pretende inquestionável, pelo contrário; o que verdadeiramente se busca é levantar uma discussão ainda adormecida. Por tal motivo, encontra-se ela aberta a críticas e sugestões, que, aliás, serão sempre muito bem-vindas, posto que enriquecedoras.

A questão não é de simples solução. Não se pode negar que existem diversos obstáculos que precisam ser superados no decorrer desse caminho, e, portanto, é sempre válido lembrar que a proposta feita (que admite que o próprio órgão público, via de regra, parte interessada, defira medidas de urgência em processos administrativos) representa um verdadeiro progresso. Custoso, é certo, mas necessário.

E é justamente com o intuito de auxiliar na evolução do Direito que esse estudo se perfaz; ele busca não só responder aos questionamentos que surgirem neste decorrer, como também pretende estabelecer parâmetros e critérios que deverão ser observados pela Administração caso se entenda por tal possibilidade. Afinal, não é por se privilegiar o direito material que a formalidade deverá ser totalmente abandonada.

Destarte, a primeira pergunta que se faz, aquela que dará início à análise que se propõe, é a seguinte: “é possível conceder medidas de urgência no processo administratiodisciplinar?”.

A resposta negativa leva ao encerramento precoce da discussão, mas a positiva direciona a perguntas imediatas, como “em que situações as medidas de urgência poderão ser deferidas?” e “quais os requisitos imprescindíveis a sua concessão?”. Outras, porém, a exemplo de “como superar a inexistência de previsão legal

expressa/explicita que permita a concessão de medidas de urgência em processos administrativos?”, fatalmente, deverão ser igualmente respondidas.

A partir desse momento, ou seja, após estabelecidos os problemas de pesquisa, o próximo passo é constituir hipóteses cuja pretensão seja a de os solucionar. Desta forma, e como já ressaltado, se negada a possibilidade de concessão de medidas de urgência no processo administrativo (e o enfoque maior está justamente no processo administrativo disciplinar), haja vista a ausência de dispositivo legal que a possa suportar, ou por qualquer outro fundamento que seja, a princípio, pertinente, fulminados estarão todos os demais argumentos.

Supondo, porém, que a resposta ao primeiro questionamento seja positiva, dever-se-á cogitar qual a base legal que sustenta esse pensamento.

De início, pode-se pensar que a solução está no art. 45 da Lei nº 9.784/99, já que ele fala na possibilidade de adoção de "providências acauteladoras" pela Administração Pública, mas não só. Alguns apontamentos sobre os princípios constitucionais da ampla defesa, do devido processo legal e da efetividade, inevitavelmente, haverão de ser feitos. Também o postulado geral da juridicidade deverá ser mencionado, uma vez que é ele quem permite a aplicação do tão em voga "modelo constitucional do processo (civil)" ao processo administrativo, deixando clara a necessidade de que este se molde, ou melhor, de que seja moldado pelos princípios magnos.

Respondida essa pergunta inicial, será preciso analisar se os requisitos exigidos pela legislação pátria para a concessão de tutela cautelar e antecipatória no âmbito do processo civil são igualmente válidos para o processo administrativo. Nesse ponto, porém, pode ser que esse último, pelas peculiaridades inerentes à Administração Pública, exija condições para além daquelas impostas ao processo civil.

Como se pôde observar, os problemas ora levantados, bem como suas respectivas teses, são, até certo ponto, gerais, mas darão o tom do presente trabalho, o qual,

não se olvida, há de se restringir e de se especificar cada vez mais em sua consecução.

Isso tudo para que também quando a Administração Pública estiver exercendo sua função atípica de órgão julgador, o processo por ela conduzido seja dotado de efetividade, e, quem sabe assim, possa ser visto como uma alternativa ao custoso e moroso processo judicial. Para que, além disso, o interesse público primário seja resguardado e privilegiado ao máximo, bem como assegurados os direitos fundamentais em sua plenitude.

Entretanto, para que a hipótese levantada seja crível, cabe trazer ao leitor a advertência feita por Fernando Henning (2000, p. 19/20) com base nos ensinamentos de Michel Foucault, qual seja, a de que o resultado da tese de dissertação tem natureza interpretativa.

De acordo com o mestre francês, em famosa obra intitulada *A ordem do discurso*, o comentário (e, em verdade, é disso que qualquer estudo é feito), *"não tem outro papel, sejam quais forem as técnicas empregadas, senão o de dizer enfim o que estava articulado silenciosamente no texto primeiro"*(ou, se se preferir, no texto base da análise). E completa ele afirmando ser função do comentário *"dizer pela primeira vez aquilo que, entretanto, já havia sido dito e repetir incansavelmente aquilo que, no entanto, não havia jamais sido dito"* (FOUCAULT *apud* HENNING, 2000, p. 19/20).

Não poderia haver melhores palavras para descrever o objetivo desse estudo, que, ao revisitar conceitos jurídicos já firmados (posto que debatidos com frequência e com afinco pelos doutrinadores pátrios), traz novos elementos que permitem inferir a possibilidade de aplicação de um instituto eminentemente processual no âmbito do Direito Administrativo.

Assim sendo, essa dissertação se destina a promover verdadeira contribuição para a gama de pessoas que se utilizam, que estudam, ou que, de algum modo, estão inseridas nessa conjuntura do processo administrativo disciplinar, ressaltando argumentos do ponto de vista teórico e prático, que, espera-se, sejam capazes de despertar o âmago de mudança na sociedade jurídica-administrativa.

CAPÍTULO I: DOS PRESSUPOSTOS INICIAIS

Pare o conhecimento no limiar do incognoscível. Eis a perfeição.

Chuang-Tsé

Como já se teve a oportunidade de dizer, apesar de amatéria ora apresentada ser bastante intrigante, a verdade é que poucas pessoas se dispuseram a sobre ela escrever, de forma que não há uma vasta bibliografia que analise, com a profundidade que se espera, a possibilidade de concessão de medidas de urgência no processo administrativo. Encontra-se, porém, alguns desbravadores, que, de forma mais restrita, já se sobrepujaram sobre o tema em questão.

O primeiro deles é André Luiz Pereira de Oliveiras, ganhador do 1º lugar do III Prêmio Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE), cuja obra intitula-se *Tutela de urgência e efetividade no processo administrativo antitruste brasileiro*. Em interessante trecho, pondera o autor que

A efetividade do processo por meio das tutelas de urgência tem se tornado um assunto que é inerente à teoria geral do processo e não mais restrito aos limites da processualidade jurisdicional cível. Na medida em que o processo está presente em todas as funções estatais, desde que respeitadas as garantias constitucionais, ele deve ser efetivo, ou seja, dar a melhor resposta possível ao cidadão. A situação deduzida deve ser tutelada de forma imediata a fim de acautelá-la do risco marginal de que a solução deduzida em juízo venha a ser intempestiva ou inútil. (OLIVEIRAS, 2008)

Nessa toada, concluiu, pois, que, considerando o processo administrativo como um instrumento de defesa da ordem econômica (lembrando que seu estudo foi direcionado ao processo administrativo antitruste) e a tutela de urgência, por sua vez, como um instrumento de efetividade do processo administrativo, é permitida sim, pelo direito pátrio, a concessão de medidas de urgência, quer típicas ou não, também na seara administrativa.

De semelhante modo é o entendimento de Carlos Eduardo Silva e Souza, que, ao escrever o artigo de nome *Medidas de urgência na tutela administrativa ambiental: o*

princípio da precaução como elemento propulsor, enfatizou a temática sob a ótica dos princípios da precaução (próprio do direito ambiental) e da proporcionalidade, de forma que, para ele,

[...] é perfeitamente possível se identificar várias hipóteses em que o Estado pode se servir de medidas de urgência na tutela administrativa ambiental, desde sanções aplicáveis no curso do processo administrativo ambiental até a possibilidade de se modificar, suspender ou cancelar licenças ambientais.(SOUZA, 2012)

Também Reinaldo Couto (2012, p. 141) ressalta a previsão do art. 147 do Estatuto dos Servidores Públicos Federais⁴ que prevê o afastamento preventivo do servidor como medida acautelatória, mas sem maiores comentários que se façam valiosos para o presente trabalho. Apenas destaca o fato de que se trata de medida excepcional, que somente poderá ser deferida no que ele chama de processo administrativo disciplinar *stricto sensu*⁵.

Comentando o art. 45 da Lei nº 9.784/99⁶, José dos Santos Carvalho Filho destaca a possibilidade de adoção de providências acauteladoras pela Administração Pública, esclarecendo que

Pelo texto do dispositivo, o pressuposto para as medidas preventivas é a existência de risco iminente. A expressão comportaria a indagação: risco de quê? O risco é de haver algum dano. Por isso, pode-se dizer que iminente é o risco que está prestes a propiciar a ocorrência de fato causador de algum

⁴ Art. 147. Como medida cautelar e a fim de que o servidor não venha a influir na apuração da irregularidade, a autoridade instauradora do processo disciplinar poderá determinar o seu afastamento do exercício do cargo, pelo prazo de até 60 (sessenta) dias, sem prejuízo da remuneração.

Parágrafo único. O afastamento poderá ser prorrogado por igual prazo, findo o qual cessarão os seus efeitos, ainda que não concluído o processo.

⁵ Couto (2012, p. 141) considera como processo administrativo disciplinar *stricto sensu* aquele em que há "uma série de atos concatenados, praticados extrajudicialmente pela Administração Pública e pelo servidor público, em contraposição, tendentes a um ato final de aplicação de qualquer das sanções funcionais ou de absolvição".

⁶ Art. 45. Em caso de risco iminente, a Administração Pública poderá motivadamente adotar providências acauteladoras sem a prévia manifestação do interessado.

tipo de dano. Se inexistir qualquer indício de que possa vir à tona fato de efeito danoso, não haverá lugar para a tutela cautelar.

A condição de validade das providências acauteladoras consiste em que sejam elas motivadas, vale dizer, deve o administrador oferecer clara e transparente justificativa dessas providências. Não o fazendo, é possível presumir que tenha agido de forma abusiva, o que possibilita seja a conduta sujeita a controle de legalidade junto à própria Administração ou perante o Poder Judiciário.

As providências acauteladoras, a que alude a lei, são aquelas condutas administrativas que têm o objetivo exatamente de prevenir a ocorrência do fato danoso. Note-se que providência administrativa tem sentido diverso do de ato administrativo: a providência encerra atividade, conduta, ação administrativa, ao passo que o ato retrata a manifestação formal de vontade do administrador. Desse modo, tem-se que a providência pode, ou não, resultar da prática de um ato devidamente formalizado. Normalmente, o agente pratica o ato indicando no objeto a providência a ser adotada. Em outras ocasiões, todavia, inexistir o ato formal, mas ainda assim, dependendo da excepcionalidade das circunstâncias, pode a medida administrativa ser tomada sem ter sido precedida de ato administrativo formal.

É permitido que a providência administrativa acauteladora seja tomada sem a prévia manifestação do interessado. O Código de Processo Civil também admite que o juiz adote medidas cautelares sem audiência das partes, mas ressalva expressamente que tal sucederá "só em casos excepcionais". A ressalva se nos afigura inteiramente aplicável no processo administrativo. Fora daí é de se presumir violado o princípio do contraditório e ampla defesa consagrado constitucionalmente. (CARVALHO FILHO, 2013, p. 217/218)

Sobre tal dispositivo legal destinar-se-á tópico próprio, pois se entende que sua leitura, se feita de forma isolada, não autoriza, na amplitude desejada e forçosa, a concessão de medidas cautelares e antecipadas no processo administrativo. A lei, nesse pormenor, é ampla e, ao mesmo tempo, vaga, pelo que carece de maior detalhamento. De qualquer modo, válida é a remissão ao entendimento do eminente jurista nessa oportunidade.

As considerações feitas pelos autores citados, apesar de inquestionável o saber jurídico que possuem, são bastante superficiais. Portanto, e tendo em vista a

inexistência de grandes escritos sobre o tema, a conclusão do presente trabalho será resultado de uma construção lógico-dedutiva⁷, que dependerá, inicialmente, da fixação de algumas premissas básicas.

⁷ Ressalta-se aqui, por oportuno, que, se tomarmos por base os objetivos gerais de pesquisa, é possível classificá-la como exploratória, que busca o aprimoramento de ideias, descritiva, que estuda as características de determinado fenômeno, e explicativa, cujo escopo é identificar os fatores que se relacionam à ocorrência de certo fenômeno.

Destarte, o trabalho a ser desenvolvido basear-se-á em pesquisa essencialmente exploratória, uma vez que busca aprofundar o assunto. Isso não impede, porém, o tangenciamento com os demais tipos de pesquisa, em especial a explicativa, considerando que se pretende deixar verdadeira contribuição para a comunidade jurídico-administrativa acerca do assunto escolhido.

No que tange ao delineamento, ou ao planejamento de pesquisa, por se valer ele mais de fontes escritas, seu foco será a pesquisa bibliográfica, a qual, nos dizeres de Antonio Carlos Gil (2009, p. 14) “*é desenvolvida com base em material já elaborado, constituído principalmente de livros e artigos científicos*”. Esclarece o estudioso que a principal vantagem desse tipo de pesquisa “*reside no fato de permitir ao investigador a cobertura de uma gama de fenômenos muito mais ampla do que aquela que poderia pesquisar diretamente*”.

Mas, ao mesmo tempo em que ressalta seu benefício, alerta o leitor que “*essas vantagens da pesquisa bibliográfica têm, no entanto, uma contrapartida que pode comprometer em muito a qualidade da pesquisa. Muitas vezes as fontes secundárias apresentam dados coletados ou processados de forma equivocada*” (GIL, 2009, p. 14). Assim, buscando comprometer nossa pesquisa o mínimo possível, tomaremos bastante cuidado com a advertência do autor.

Destaca-se, outrossim, que não é por possuir base em pesquisa bibliográfica que resta afastada a possibilidade de se recorrer ao estudo de caso, bastante comum no âmbito das ciências sociais. Aliás, além da parte estritamente teórica desse trabalho, conterà ele, ao final, uma análise de situações concretas com a finalidade de demonstrar as hipóteses levantadas dentro de seu real contexto, o que permitirá ao leitor enxergar com maior clareza a importância do debate.

Também se recorrerá aqui à pesquisa documental, manifestada através do exame da pouca jurisprudência que se encontrou sobre o tema, mas que, como uma fonte do direito, tem sua importância garantida.

CAPÍTULO II: A TUTELA DE URGÊNCIA SOB A ÓTICA DO MODELO CONSTITUCIONAL DO PROCESSO

A força dos governos não reside nas metralhadoras e canhões, nem no despotismo e violência contra os povos, mas sim no império da justiça, no respeito ao direito de todos e à liberdade.

Manuel Luís Osório

2.1. DA TUTELA DE URGÊNCIA: DIFERENCIAÇÃO TEÓRICA ENTRE MEDIDAS CAUTELARES E ANTECIPADAS

Antes de mais nada, interessante lembrar que *"o processo civil, como atividade jurisdicional estatal, foi concebido e dividido tradicionalmente, em três grandes grupos, reservando o legislador ordinário, para cada um deles, um Livro específico do Código de Processo Civil"* (Notas para uma teoria geral do processo cautelar, ARRUDA ALVIM e ARRUDA ALVIM in ARRUDA ALVIM e ARRUDA ALVIM - org., 2006, p. 77/78). Os grupos a que os mestres se referem dizem respeito, exatamente, aos processos de conhecimento, de execução e cautelar (tripartição clássica dos processos)⁸.

Para o "conhecimento" reservou-se a função de formulação de uma norma jurídica concreta capaz de dar azo à solução do litígio levado ao conhecimento do Poder Judiciário. A "execução", por sua vez, se ocupou de garantir a implementação fática do direito reconhecido (Notas para uma teoria geral do processo cautelar, ARRUDA ALVIM e ARRUDA ALVIM in ARRUDA ALVIM e ARRUDA ALVIM - org., 2006, p. 78).

⁸ Sobre esse tema, imprescindível atentar-se para os ensinamentos de Piero Calamandrei. O eminente processualista italiano critica a colocação do processo cautelar (ou de conservação, como ele prefere chamar) de maneira autônoma ao lado dos de conhecimento e de execução. Isso porque, como muito bem explica, *"os procedimentos cautelares podem ter, conforme os casos, efeitos declarativos ou executivos (e entrar novamente por isso em um dos outros dois grupos da tripartição)"*. (CALAMANDREI, BASSI - trad., 2000, p. 22/23)

Ocorre que os processos judiciais, e isso desde que a sociedade se entende como tal, costumam ser morosos, custosos e desgastantes, de maneira que, por vezes, defrontava-se o Julgador (e isso continua a ocorrer) com situações que exigiam um imediato provimento, o que, porém, não lhe era permitido fazer em função da normativa regente dos processos de conhecimento e de execução.

Diante desse confronto é que surgiu o processo cautelar, na época criado com finalidade eminentemente preventiva e com o intuito de restaurar a confiabilidade no Direito. Essa é uma das claras demonstrações da necessária mutabilidade que deve acompanhar o ordenamento jurídico, evidenciando, pois, a máxima de Ripert, segundo a qual, *"quando o Direito ignora a realidade, a realidade se vinga, ignorando o Direito"* (*As tutelas de urgência na jurisdição coletiva: um bosquejo para a sistematização (ou garantindo cidadania no plano coletivo através das tutelas de urgência)*, RIPERT, *apud* FARIAS *in* ARRUDA ALVIM e ARRUDA ALVIM - org., 2006, p. 44).

Dos ensinamentos de Piero Calamandrei (BASSI - trad., 2000, p. 35), colhe-se a preciosa lição no sentido de que *"não basta [que] o interesse de agir surja de um estado de perigo e que o procedimento invocado tenha por isso intento preventivo de um dano somente temido"*. Segundo defende o processualista italiano, que inegavelmente exerce forte influência no direito processual brasileiro, *"é necessário ainda que, em razão da iminência do perigo, o procedimento requerido tenha caráter de urgência"*, entendida essa como a possibilidade de se prever que, *"onde esse [procedimento] tardasse, o dano temido se transformaria em dano efetivo, ou se agravaria em dano já verificado"*. O que se busca garantir, portanto, é o resguardo da eficácia preventiva do procedimento (nos termos do renomado mestre). É sobre isso que passaremos a falar.

2.1.1. Do conceito de urgência

O vocábulo "urgência" é substantivo que decorre do adjetivo urgente, o qual é definido pelo Dicionário Michaelis como aquilo que não pode ser adiado ou

retardado; em outras palavras, a urgência pressupõe uma atuação imediata, sob pena de ser essa ação, *a posteriori*, ineficaz.

Conforme ressalta o professor Carlos Eduardo Silva e Souza, em artigo científico aqui já mencionado,

[...] a urgência e a necessidade possuem fundamento comum. Em verdade, a urgência deve ser compreendida como uma espécie de necessidade, que está diretamente relacionada com o elemento “perigo”, que deve ser entendido como uma situação fática, produzida por condutas humanas ou fenômenos naturais, capaz de acarretar consequências danosas para os fins essenciais de determinada sociedade, a ponto de se exigir atuação eficiente do poder público, pois, caso esta seja deficiente ou inexistente, há grande possibilidade de se completar totalmente o nexo causal entre os eventos e o resultado danoso. (SOUZA, 2012)

Nos dizeres de Cassio Scarpinella Bueno (2011, p. 29), urgência nada mais é do que a *"necessidade de atuação jurisdicional antes da consumação do dano"*. O que deve ser verificado, *in casu*, é a presença de uma situação de perigo iminente e urgente, assim definido por Filippo Verde:

Il pregiudizio deve considerarsi imminente quando: a) la violazione del diritto sia in atto; b) la violazione non sia in atto, ma sia probabile che, nel tempo occorrente per la decisione sul merito, essa si verifichi, e sempre che el tempo intercorrente fra il momento in cui si prospetta il pericolo ed il momento in cui l'evento verosimilmente si verificherà, sia oggettivamente breve [...].⁹
(VERDE, 2005, p. 203)

Essa também é a preleção de Calamandrei (BASSI - trad., 2000, p. 38/39), segundo quem *"a função dos procedimentos cautelares nasce [...] da relação que se passa entre dois fatores: a necessidade de que o procedimento, para ser praticamente*

⁹ O prejuízo deve ser considerado iminente quando: a) a violação ao direito já se concretizou; b) a violação ao direito ainda não se concretizou, mas é provável que, no decorrer do processo e até a decisão de mérito, ela se verifique, e sempre que o intervalo de tempo entre o momento em que o perigo possa ocorrer e aquele em que é possível verificar a verossimilhança for objetivamente breve (tradução livre).

eficaz, seja proferido sem atraso e a inaptidão do processo ordinário para criar sem atraso um problema definitivo".

Nesse passo, a tutela de urgência se justifica na exata medida em que a sua não concessão tem o potencial real (ainda que ele não venha a se concretizar) de gerar a uma das partes dano maior do que se efetivamente deferida a medida.

Essa noção de urgência relaciona-se diretamente ao tempo(interstício processual); isso porque, se, de um lado, o processo (e aqui pouco importa se judicial ou não) exige dos litigantes um certo lapso temporal para que “entregue a cada um o que é seu de direito”, de outro, da demora nessa prestação podem advir efeitos de todo indesejáveis.

O processo, como bem anota José Frederico Marques, “por ser *actum trium personarum* instrumento de composição de litígios, a fim de dar-se a cada um o que é seu, não pode desenrolar-se com essa rapidez e subtaneidade, sob pena de deixar de ser processo. A *dilatio temporis*, entre o pedido inicial e a entrega, pelo juiz ou tribunal, da prestação jurisdicional, não tem condições de ser desfeita ou eliminada.

[...]

O tempo acaba sendo, concomitantemente, um “bem” e um “mal” para o processo: um “bem”, por ser algo necessário à constituição dos fatos e indispensável ao cumprimento das garantias processuais das partes; um “mal”, justamente face a indesejável demora que pode advir na entrega da prestação jurisdicional. (VIANA, 2014, p. 11)

No mesmo sentido é o ensinamento de Humberto Theodoro Júnior (2010, p. 22), para quem *“ao Estado, como detentor da jurisdição, não basta garantir a tutela jurídica; não basta instituir o processo e assegurar socorro a ele por meio da ação”*. Segundo ele,

Para a consecução do objetivo maior do processo, que é a paz social, por intermédio da manutenção do império da lei, não se pode contentar com a simples outorga à parte do direito de ação. Urge assegurar-lhe, também e principalmente, o atingimento do fim precípua do processo, que é a solução justa da lide.

Não basta ao ideal de justiça garantir a solução judicial para todos os conflitos; o que é imprescindível é que essa solução seja efetivamente justa, isto é, apta, útil e eficaz para outorgar à parte a tutela prática a que tem direito segundo a ordem jurídica vigente.

Em outras palavras, é indispensável que a tutela jurisdicional proporcionada pelo Estado a seus cidadãos seja idônea a realizar, em efetivo, o designo para o qual foi engendrada [...]. (THODORO JÚNIOR, 2010, p. 22/23)

As medidas de urgência, sejam elas cautelares ou antecipadas, carregam consigo uma noção de tempo muito clara, posto que a *"relação que o procedimento [...] constitui é por sua natureza destinada a esgotar-se"* (CALAMANDREI, BASSI - trad., 2000, p. 32).

Em interessante passagem, e citando o renomado Calamandrei, o professor Juvêncio Vasconcelos Viana (2010, p. 13) ressalta que os procedimentos cautelares (e, de igual modo, por analogia, os antecipatórios) são uma espécie de conciliação entre a celeridade e a ponderação. Conforme afirma, a dúvida está em o *"fazer depressa mas mal, e o fazer bem mas devagar"*, colocando em choque, assim, os escopos jurídico e social do processo.

Por meio dessa limitação à vigência de determinado provimento urgente, o que se busca garantir é a possibilidade de retorno dos envolvidos ao *status quo ante*, mesmo que isso se dê por forma de reparação de danos.

2.1.2. Das espécies de tutela de urgência

Tutela de urgência é gênero do qual decorrem duas espécies, quais sejam, a tutela cautelar e a tutela antecipada. A distinção entre ambas sempre foi tratada com bastante delicadeza, haja vista a similitude de seus requisitos, mas isso não impediu a doutrina pátria de tentar estabelecer critérios para diferenciá-las.

Para Cândido Rangel Dinamarco (2007, p. 68), por exemplo, se a medida visar resguardar o processo, e, conseqüentemente, a produção de seus efeitos úteis e justos, sua natureza será de cautelar; se, por outro lado, a preocupação se der com

as pessoas, ou melhor, com o bem objeto do litígio ou com algum benefício que dele possa surgir, então se estará diante de uma medida antecipada.

Cassio Scarpinella Bueno (2011, p. 148), por sua vez, traz uma proposta distinta. Para ele, se houver coincidência (pouco importa se total ou parcial) entre a pretensão final e a tutela urgente requerida, então se estará diante da antecipação de tutela; do contrário, quando o que existir for apenas uma relação de conexão entre o pedido definitivo e a medida de urgência, esta será cautelar (é a característica de referibilidade da tutela dessa natureza).

O Código de Processo Civil brasileiro que está atualmente em vigor tratou de estabelecer o regime jurídico dessas medidas, diferenciando, em um primeiro momento, os requisitos necessários a cada uma delas.

2.1.2.1. Da tutela cautelar

Inicialmente concebida como um processo autônomo, a tutela cautelar é hojecabível quando "*houver fundado receio de que uma das partes, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação*" (art. 798, CPC).

Ao se utilizar da expressão "fundado receio", ao qual a doutrina e jurisprudência costumam se referir como *fumus boni iuris*, o legislador pátrio quis expressar a possibilidade de que o julgador decida sem que, para isso, tenha alcançado a cognição exauriente. O provimento jurisdicional é concedido, portanto, em sede de cognição sumária.

Quanto ao termo "lesão grave e de difícil reparação" (também conhecido como *periculum in mora*), trata-se, e isso nos parece bem claro, da provável materialização de um dano que deve ser não só significativo, mas também e em igual medida (veja-se que a conjunção utilizada é de adição), capaz de provocar uma alteração tamanha a dificultar e, quiçá, impedir, a volta ao *status quo ante*.

Dada a sua característica de instrumentalidade, poderá ser ela requerida de forma independente, ou seja, por meio de processo próprio (medidas cautelares

preparatórias) ou, ainda, incidentalmente no bojo do processo principal (medidas cautelares incidentes).

Além de voltar-se à tutela indireta e mediata do direito no plano material (o que lhe deu o apelido de "instrumento do instrumento"), elenca-se como peculiaridades da tutela cautelar, e essas são as lições de Cassio Scarpinella Bueno (2011, p. 180/188), a preventividade (insita à noção de urgência), a provisoriedade (dado que se extingue ela com a produção dos efeitos do resultado útil do processo), a autonomia (enquanto integrante da clássica noção tripartíde do processo), a sumariedade (já que a decisão não possui ânimo de definitividade), a revogabilidade ou modificabilidade (referente à necessária adequação da medida concedida para salvaguardar o direito ameaçado) e a referibilidade (posto que dependente de um processo principal).

Pode, outrossim, ser a tutela cautelar típica ou nominada, se expressamente prevista no rol elaborado pelo Digesto Processual Civil (artigos 813 a 889 do CPC)¹⁰, ou atípica (inominada) caso decorra unicamente do dever-poder geral de cautela. Trata-se de uma autorização, que é, ao mesmo tempo, uma obrigação, para que o julgador conceda a medida que melhor se adequar ao caso concreto, ainda que não faça ela parte do rol mencionado. Juvêncio Vasconcelos Viana (2014, p. 21), aliás, destaca que *"a tutela cautelar atípica soa como algo essencial para o sistema processual"*.

Para tanto, os limites que se impõem, na ordem subjetiva, a impossibilidade de que terceiros sejam atingidos, e, no âmbito objetivo, que se apresentem os requisitos legais, quais sejam, *fumus boni iuris* e lesão grave e de difícil reparação (*Notas para uma teoria geral do processo cautelar*, SAMPAIO *apud* ARRUDA ALVIM e ARRUDA ALVIM *in* ARRUDA ALVIM e ARRUDA ALVIM - org., 2006, p. 114).

¹⁰ São medidas cautelares típicas estabelecidas no Código de Processo Civil o arresto, o sequestro, a caução, a busca e apreensão, a exibição, a produção antecipada de provas, os alimentos provisionais, o arrolamento de bens, a justificação, o protesto, a notificação e a interpelação, a homologação do penhor legal, a posse em nome de nascituro, o atentado, e o protesto e apreensão de títulos.

Conforme ressalta Joaquim Felipe Spadoni,

A tutela jurisdicional que o Estado está obrigado a prestar ao titular do direito é, assim, uma tutela adequada, útil e eficaz. Só quando possui esses adjetivos é que o órgão jurisdicional se desincumbe fielmente da obrigação que assumiu perante toda a sociedade. (*Fungibilidade das tutelas de urgência*, SPADONI in ARRUDA ALVIM e ARRUDA ALVIM - org., 2006, p. 297)

E continua o referido autor a dizer que o poder geral de cautela tem *"por finalidade, justamente, permitir uma perfeita adaptabilidade da tutela cautelar ao caso concreto, fazendo com que a proteção da eficácia do processo requerida pelo autor seja a mais adequada possível"*, o que implica não só na conciliação da tutela do sujeito privado, mas também *"do interesse estatal na efetividade da tutela jurisdicional"* (*Fungibilidade das tutelas de urgência*, SPADONI in ARRUDA ALVIM e ARRUDA ALVIM - org., 2006, p. 301/302).

Entretanto, mesmo com tamanha margem de liberdade, a tutela cautelar se mostrou, no decorrer do tempo, restrita. *"No início, a tutela cautelar era bem delimitada, mas às vezes não era possível evitar o periculum in mora 'senão antecipando-se o exercício, no todo ou em parte, do próprio direito subjetivo material'"* (*As liminares e a tutela de urgência*, THEODORO JÚNIOR in ARRUDA ALVIM e ARRUDA ALVIM - org., 2006, p. 246). Foi então que surgiu formalmente a figura da tutela antecipada.

2.1.2.2. Da tutela antecipada

Nos termos do Código de Processo Civil atualmente em vigor (art. 273), a antecipação dos efeitos da tutela tem lugar quando se estiver diante de uma situação em que haja "fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação", e desde que presente "prova inequívoca" capaz de convencer o julgador da "verossimilhança da alegação".

Sua similitude com a tutela cautelar é inegável. Vejamos, o "fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação" a que faz menção o Diploma Legal confunde-se

com o *periculum in mora* exigido para as cautelares, a ponto de Cassio Scarpinella Bueno (2011, p. 40) dizer que eles se assimilam com perfeição.

O mesmo, porém, não se costuma dizer dos termos "verossimilhança da alegação" e *fumus boni iuris*. Esse doutrinador a quem acabamos de nos referir, que tem total autoridade para tratar do assunto, diferencia tais expressões. Para ele, a "fumaça do bom direito" daria ao julgador um grau de certeza menor do que a "prova inequívoca da verossimilhança das alegações", que, por sua vez, seria mais fraca do que o "fundamento relevante", próprio do mandado de segurança (vide art. 7º, inciso III, da Lei nº 12.016/09¹¹). Há, no seu modo ver, uma certa escalonação entre os requisitos (BUENO, C. 2011, p. 38/39).

Esse é também o entendimento de Rodrigo Cordeiro de Souza Rodrigues (2007, p. 35), que afirma que *"a verossimilhança da alegação representa algo maior que a concepção da fumaça do bom direito (fumus boni iuris)"*. Em sua percepção, aquele primeiro exige seja verificado não só a existência do direito subjetivo material que se pretende proteger, como também a real e concreta possibilidade de perigo de irreparabilidade, adequando, assim, a situação jurídica ao quadro fático.

Esse suposto grau maior de certeza decorreria, fundamentalmente, da exigência de elementos probatórios (prova inequívoca¹²) para a concessão da tutela antecipada, o

¹¹ Lei nº 12.016/09:

Art. 7º. Ao despachar a inicial, o juiz ordenará:

(...)

III - que se suspenda o ato que deu motivo ao pedido, quando houver fundamento relevante e do ato impugnado puder resultar a ineficácia da medida, caso seja finalmente deferida, sendo facultado exigir do impetrante caução, fiança ou depósito, com o objetivo de assegurar o ressarcimento à pessoa jurídica.

(...)

¹² Conforme advertência que nos é feita por Rodrigo Cordeiro de Souza Rodrigues (2007, p.34), *"o texto legal fala imperfeitamente em prova inequívoca, querendo referir-se a prova convincente, clara e precisa dos fatos arrolados pelo autor na exordial"*.

Barbosa Moreira (2004, p. 78/81) vai um pouco mais além e pergunta: *"como entender, então, a referência a 'prova inequívoca' - expressão que a primeira vista aponta no sentido da formação de convencimento certo?"*. Ao que ele mesmo responde: *"'inequívoca' é o antônimo de 'equivoca'.*

que não se requer das medidas cautelares. A verossimilhança existe para substituir a crença na verdade, demonstrando *"probabilidade elevada de que o que se apresenta seja verdadeiro"* (*Critério da proporcionalidade na concessão de medidas de urgência de caráter antecipatório (parágrafo 2º, do art. 273, do CPC): considerações zezéticas e dogmáticas*, MURITIBA in ARRUDA ALVIM e ARRUDA ALVIM - org., 2006, p. 429/430).

Data vênia, não é esse o entendimento por nós adotado. Conforme sustentamos, as expressões se equivalem; mas esse é um assunto que será tratado em tópico próprio. Por ora, nos basta essa informação.

A particularidade dessa tutela de urgência consiste em permitir que a situação de fato seja reequilibrada até o provimento final. Mesmo porque,

[...] o autor do processo de conhecimento ordinário, no nosso sistema romano-canônico, já começa a ação perdendo, haja vista que ele recorre ao poder judiciário justamente porque sofreu suposta lesão, praticada pelo réu. Considerando que, na maioria das vezes, o autor tinha a procedência do seu pedido aceito, após um demorado e cansativo processo ordinário, verifica-se a injustiça e desigualdade da relação processual. E então, surgiu a seguinte questão: por que não se admitir, se o direito do autor parece evidente e corre o risco de se perder, causando-lhe lesão grave, que comece o processo ganhando? (RODRIGUES, 2007, p. 15/16)

A tutela antecipada, portanto, pressupõe a deliberação *"sobre o exercício provisório do direito material"* (*As liminares e a tutela de urgência*, THEODORO JÚNIOR in ARRUDA ALVIM e ARRUDA ALVIM - org., 2006, p. 249).

Consoante ensinam os dicionários, 'equivoco' significa aquilo 'que tem mais de um sentido ou se presta a mais de uma interpretação'. Um sinônimo de 'equivoco' seria 'ambíguo', e o antônimo perfeito 'unívoco', definindo como 'palavra, conceito ou atributo que se aplica a sujeitos diversos de maneira absolutamente idêntica'. Nessa óptica, será equívoca a prova a que se possa atribuir mais de um sentido; inequívoca, aquela que só um sentido seja possível entender - independentemente, note-se, de sua força persuasiva."

E arremata dizendo que *"a qualidade de 'inequívoca', exigível na prova, e o patamar de simples 'verossimilhança' - ou de 'probabilidade', se se preferir - que a alegação precisa alcançar, na mente do juiz, para justificar a antecipação da tutela."*

Mas há, ainda, uma outra condição que, ao contrário das demais, não pode (ou não deve) estar presente para que a tutela de urgência seja deferida, razão pela qual é tida como um requisito negativo (BUENO, C., 2011, p. 45). É o que a legislação chama de "perigo de irreversibilidade do provimento". Explica-se melhor.

Significa dizer que *"em nenhuma hipótese, poderia ser entendido como um procedimento lícito a modificação de uma situação de fato perigosa para uma parte - mas tranquila para outra - por uma nova que apenas invertesse a equação original"* (FRIEDE, 1993, p.107/108). Dessa forma, o que se busca evitar é que se dê azo à produção de um *periculum in mora* inverso.

A discussão aqui é um pouco mais profunda, pois, apesar do rigor da lei, há de se garantir ao julgador uma certa margem de liberdade para, quando extremamente necessário, superar também o perigo de que o provimento concedido seja, porventura, irreversível. Deverá ser considerado, então, o princípio da proporcionalidade a exigir o exercício da ponderação (por merecerem maior detalhamento, deixaremos para sobre eles falarmos adiante, em momento oportuno).

Por fim, e antes de passarmos ao próximo tópico, vale mencionar uma importante conclusão que nos é dada por Joaquim Felipe Spadoni (*Fungibilidade das tutelas de urgência in* ARRUDA ALVIM e ARRUDA ALVIM - org., 2006, p. 303). É que, embora esse seja o caso mais comum, não podemos nos esquecer que deverá o órgão jurisdicional antecipar os efeitos da tutela quando diante de "abuso do direito de defesa" ou "manifesto propósito protelatório do réu" (art. 273, inciso II, do CPC).

Nesse caso, porém, a tutela antecipada não poderá ser considerada uma medida de urgência, posto que não configurada essa situação. Para Spadoni (*Fungibilidade das tutelas de urgência in* ARRUDA ALVIM e ARRUDA ALVIM - org., 2006, p. 303), *"quando se depara com a tutela antecipada fundada no perigo de dano irreparável ou de difícil reparação, se está diante de uma situação onde a antecipação é fundamental para a efetividade e adequação da tutela jurisdicional pleiteada"*, vindo,

em seguida, a ressalva: "*sendo apenas esta a situação em que pode ser enquadrada como tutela de urgência*".

De fato, nos parece que o legislador pátrio criou essa hipótese de antecipação de tutela como forma de reprimir o réu que litiga de má-fé. Trata-se mais de uma sanção, uma penalidade, do que de fato uma preocupação com eventual direito material em perigo (BUENO, C., 2011, p. 42).

A antecipação dos efeitos da tutela sem a existência do elemento "perigo de dano" é, pois, o que o novo Código de Processo Civil trata como tutela de evidência, a qual deverá ser concedida nas hipóteses do art. 311 do referido Diploma Legal, e que se justifica "*em face da probabilidade quase absoluta de acatamento do pedido por ocasião do julgamento*" (CAVALCANTE, 2008).

2.1.3. Do princípio da fungibilidade

Quando da normatização da tutela antecipada, o legislador ousou. Trouxe, para dentro do ordenamento jurídico pátrio, de forma expressa, a possibilidade de um requerimento de providência antecipatória ser recebido como se de natureza cautelar fosse, caso seja essa a melhor forma de efetivar o resguardo do direito. Segue a literalidade da lei:

Art. 273. *Omissis*

(...)

§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.

Restou consagrado, a partir de então, o princípio da fungibilidade. Essa era, na verdade, uma necessidade prática, já que nunca houve um consenso na doutrina e na jurisprudência acerca dos critérios de classificação capazes de distinguir uma e outra tutela.

Como adverte Cassio Scarpinella Bueno (2011, p. 152), "o que é 'antecipar' para muitos não passa de mero 'acautelamento' para outros e a recíproca é verdadeira". Instaurou-se, nos dizeres de Spadoni (*Fungibilidade das tutelas de urgência in ARRUDA ALVIM e ARRUDA ALVIM - org., 2006, p. 314*), uma "zona de penumbra", autorizando, assim, a fungibilidade.

O que se tem aqui é um exemplo claro da prevalência do *substantive processoflaw*, que privilegia a essência da medida em detrimento do seu *nomen iuris*.

A grande controvérsia que gira em torno da fungibilidade, e que ainda não possui resposta unívoca, está em saber se somente se admite que o pedido de antecipação possa ser recebido como cautelar, ou se o contrário também é possível, posto que a lei, pelo menos na atual redação, somente prevê a primeira hipótese.

Eduardo Arruda Alvim e Angélica Arruda Alvim (*Notas para uma teoria geral do processo cautelar in ARRUDA ALVIM e ARRUDA ALVIM - org., 2006, p. 89*) pontuam que, "sem dúvida, evidente a semelhança entre os dois institutos, notadamente por tratarem-se de tutelas lastreadas no requisito 'urgência', em que não se presencia, para a sua concessão, uma cognição exauriente", de maneira que ambas se sujeitam à revogação ou modificação a qualquer tempo."Ademais, como aponta Teori Zavascki, as duas tutelas possuem a mesma função constitucional, qual seja, a de assegurar a convivência dos direitos e garantias fundamentais com a efetividade do processo, possuindo as duas a mesma fundamentação constitucional (art. 5º, inciso XXXV, da CF)".

Não obstante, para os referidos mestres, é preciso levar em consideração a literalidade da lei, mesmo porque, apesar de todas as semelhanças, as tutelas cautelar e antecipada são analisadas por meio de procedimentos diversos, além de possuírem, cada uma delas, finalidade específica.

Em sentido semelhante, cita-se Jefferson Carús Guedes (*Linhas mínimas para a descrição de uma teoria dos procedimentos cautelares in ARRUDA ALVIM e ARRUDA ALVIM - org., 2006, p. 288*), para quem, muito embora se permita que se conceda uma medida por outra, a fungibilidade não é capaz de desfazer

as diferenças entre os procedimentos das tutelas cautelar e antecipada, pelo contrário, as reforça.

De fato, em uma primeira leitura do §7º do art. 273 do Código de Processo Civil, poderíamos ser levados a crer que a fungibilidade só se aplicaria no caso de um pedido de antecipação ser recebido como cautelar, mas, com astúcia, Dinamarco (2007, p. 70/71) nos alerta que se trata de impressão falsa, já que toda fungibilidade pressupõe um intercâmbio recíproco.

O professor Cassio Scarpinella Bueno vai um pouco mais além, e destaca que

O art. 273, § 7º, quando analisado no seu devido contexto, nem sequer deve ser entendido como um caso de fungibilidade da “tutela antecipada” em “tutela cautelar” ou o contrário. À luz do “modelo constitucional do processo civil” – e é este, vale a ênfase, o contexto adequado de exame do dispositivo legal –, a hipótese aproxima-se muito mais a uma indiferença de técnicas processuais. Tanto faz qual a técnica a ser empregada pelo jurisdicionado e pelo magistrado para, diante de cada caso concreto, tutelar (proteger) adequadamente (imunizar) situação de ameaça, pressuposto comum entre uma e outra técnica [...]. (BUENO, C., 2011, p. 157)

Para melhor entender o que se afirma, recorre-se, aqui, à ilustração trazida por Dinamarco (2007, p. 59), que compara as medidas cautelares e antecipatórias a duas faces de uma mesma moeda, tratando-as como se fossem irmãos gêmeos unidos na busca pela neutralização dos males causados pelo tempo. E continua ele a esclarecer que

A realidade sobre as quais todos esses dispositivos opera é o tempo como fator de corrosão dos direitos, à qual se associa o empenho em oferecer meios de combate à força corrosiva do tempo-inimigo. Quando compreendermos que tanto as medidas cautelares como as antecipações de tutela se inserem nesse contexto de neutralização dos males do decurso do tempo antes que os direitos hajam sido reconhecidos e satisfeitos, teremos encontrado a chave para nossas dúvidas conceituais e o caminho que há de conduzir à solução dos problemas práticos associados a elas. (DINAMARCO, 2007, p. 65)

É por tais motivos que as medidas cautelares e antecipatórias serão aventadas, no decorrer desse estudo, como uma só, referenciadas, pois, pela tutela de urgência.

O que realmente importa saber é que, independente do nome que lhes seja dado, a função das medidas de urgência é sempre a mesma: conservação (CALAMANDREI, BASSI - trad.,2000, p. 22). São elas procedimentos de natureza instrumental, posto que, na espera da tutela definitiva, buscam dar à controvérsia

[...] uma solução provisória que presumivelmente mais se aproxima daquela que será a decisão definitiva, de modo que esta, operando *readhuc integra* e sem solução de continuidade, possa ter sobre a relação substancial a mesma eficácia prática que teria se tivesse sido emanada sem atraso: o procedimento cautelar funciona, se nos é permitida a comparação, como as tropas de cobertura designadas a manter as posições até a chegada da parte maior do exército; para evitar as maiores perdas que lhes custariam a reconquista das posições perdidas. (CALAMANDREI, BASSI - trad.,2000, p. 68/69)

Nota-se, ademais, que, de maneira geral, os países europeus consideram a antecipação de tutela (ou antecipação dos provimentos decisórios) apenas como uma das formas que o procedimento cautelar pode assumir, o qual também pode se apresentar por meio de procedimentos instrutórios antecipados, de cauções processuais, de procedimentos dirigidos a assegurar a execução forçada e da antecipação dos procedimentos provisórios (CALAMANDREI, BASSI - trad.,2000, p. 54/69).

A adoção desse pensamento leva, por consequência, à admissão de que os requisitos para a tutela cautelar e antecipada são os mesmos, quais sejam, o *periculum in mora* (que já era equiparado ao "fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação") e a plausibilidade do direito, correspondente à "prova inequívoca da verossimilhança da alegação" das antecipatórias e ao *fumus boni iuris* das cautelares.

Nessa toada, a conclusão a que se chega é a de que a visão do processo como um instrumento de efetivação do direito material é premissa inafastável, de maneira que,

como ensina Bedaque (2003, p. 15), *“a grande preocupação da ciência processual contemporânea está relacionada, portanto, à eficiência da Justiça, que se traduz na busca de mecanismos para alcançar a efetividade da tutela jurisdicional”*.

O que importa para a efetividade, e é bom que essa noção fique clara desde já, é a realização do direito com o desempenho concreto de sua função social (BARROSO, 2011, p. 243); no âmbito do processo (não restrito ao civil), esse princípio leva à concretização do direito material através de atos processuais.

E é justamente nesse contexto de processo efetivo que se fala em medidas de urgência, tidas por Roy Reis Friede (1993, p. 44/45) como imperativo máximo para a própria segurança jurídica e destinadas à promoção da *“ordem jurídica e da absoluta igualdade de tratamento entre os que buscam a tutela jurisdicional”*.

Cassio Sacarpinella Bueno (2011, p. 153), rechaçando a interpretação literal do dispositivo legal ora analisado, destaca que a intenção do legislador, que inclusive consta da Exposição de Motivos do Projeto da Lei nº 10.444/02 (responsável por inserir textualmente no Código de Processo Civil a fungibilidade entre as medidas de urgência), foi justamente evitar que, por questões meramente formais, fosse o jurisdicionado prejudicado.

E continua a dizer que

A interpretação literal do dispositivo tal qual sugerida pelo parágrafo anterior, contudo, deve ser afastada. Ela conspira contra o "modelo constitucional do processo civil". O que menos importa para a solução do problema é a presença ou a ausência de texto expresso na lei em um ou outro sentido.

A "fungibilidade" ou a "conversão" do pedido de tutela jurisdicional é providência impositiva ao magistrado e que deriva não só da lei, mas do sistema processual civil como um todo, desde a Constituição Federal. Se é certo que os incisos XXXV e LXXVIII do art. 5º daquela Carta deixam ao alvedrio do legislador a escolha das técnicas pelas quais ameaças a direito serão imunizadas e pelas quais o processo será célere no atingimento de seus resultados, não é menos certo que não é dado ao legislador criar uma

situação que resulte no afastamento de determinadas situações da apreciação tempestiva do Poder Judiciário.

Mas não é só. Os arts. 154, *caput*, 244 e 250 e o "princípio da instrumentalidade das formas" deles derivado são suficientes para afastar o entendimento de que a letra do § 7º do art. 273 pode querer sugerir. O que há de fundamental nesses dispositivos é que a forma do ato processual não pode frustrar o atingimento de sua finalidade substancial [...]. (BUENO, C, 2011, p. 154/155).

Ressalta Carlos Gustavo Rodrigues Del Prá (*Da revogação da tutela antecipada: o réu demandado in ARRUDA ALVIM e ARRUDA ALVIM - org.*, 2006, p. 21) que, "*de fato, o direito, como fenômeno cultural, deve adquirir diferentes significados para o presente e para o futuro, refletindo os valores existentes em determinada cultura, em determinada época*". Dessa forma, "*a melhor análise das normas jurídicas deve dar-se sempre com vistas à sua dimensão axiológica, analisando o contexto histórico e social, buscando-se, assim, sua verdadeira essência e seu valor contemporâneo*".

Seja como for, importante destacar que, não obstante a singularização que se faz de cada uma das modalidades de tutela de urgência tenha sua utilidade acadêmica, a verdade é que esse extremismo mostra-se superado na prática, especificamente em função do princípio da fungibilidade, o qual também é moldado pelos valores ínsitos ao Estado Democrático de Direito.

2.1.4. Do dever-poder geral de urgência e dos limites impostos ao julgador quando de sua aplicação

Uma vez estabelecido que não há qualquer motivo de ordem prática capaz de sustentar uma rígida diferenciação entre as medidas cautelares e as antecipadas (muito mais agora, com a promulgação da Lei nº 13.105/15), passa a ser possível falar em um "dever-poder geral de urgência", cujo escopo não é outro senão possibilitar ao julgador a concessão do provimento jurisdicional que considerar mais adequado à proteção do direito, quer esteja ele previsto, ou não, em algum Diploma Legal. Fala-se em

"Dever" no sentido de que a tutela (proteção) de uma dada situação que seja apresentada ao magistrado é, para ele, impositiva. Não há espaço para entender que haja, no exercício da função jurisdicional, em plena harmonia com o "modelo constitucional do direito processual civil", qualquer elemento de "liberdade", "facultatividade", ou de "discricionariedade". Tais atributos não existem no que diz respeito ao exercício da função jurisdicional.

"Poder" no sentido de que, para o atingimento da finalidade destacada no parágrafo anterior, o magistrado lançará mão dos mecanismos que, consoantes com o "modelo constitucional do direito processual civil", mostrem-se aptos suficientemente para garantir o resultado pretendido. (BUENO, C., 2011, p. 206)

No mesmo sentido do que se defende nesse estudo está Spadoni (*Fungibilidade das tutelas de urgência in ARRUDA ALVIM e ARRUDA ALVIM - org., 2006, p. 315*), por exemplo, para quem *"o que fez o § 7º do art. 273, assim, foi transportar o 'poder geral de cautela' para um patamar mais abrangente, dando ao magistrado um poder geral de tutela urgente"*.

Aqui também, o que se busca é fazer valer a prevalência do direito material sobre o formalismo extremado, em total consonância com o ideal por trás do Estado Democrático de Direito.

Calamandrei traz, em sua ponderação acerca do poder geral de cautela (embora não seja ele muito afeito a essa ideia), uma ilustração bastante conhecida e que merece referência, por demonstrar, com clareza, a necessidade de existir uma certa abertura para que o julgador imponha, no caso concreto, a medida que se mostrar mais eficiente e eficaz. Vejamos:

Um caso único, que se apresentou na França alguns anos atrás, pode demonstrar, melhor do que qualquer raciocínio abstrato, a importância prática do problema. O proprietário de um clube noturno de Paris tinha dado o encargo a um pintor de decorar a sala de baile com afrescos, que representassem danças de sátiros e ninfas; e o pintor, para aumentar o interesse pela decoração do mural, tinha pensado em poder dar aos personagens, que nessas coreografias figuravam em vestes superlativamente primitivas, os semblantes, facilmente reconhecíveis, de letrados e artistas muito conhecidos nos clubes mundanos. Na noite de

inauguração uma atriz, que fazia parte da multidão dos convidados, teve a surpresa de reconhecer-se em uma ninfa que dançava em vestes extremamente sucintas; e visto que ela considerasse que essa representação fosse ofensiva para o seu decoro, iniciou contra o proprietário do local uma ação civil, para condená-lo a apagar a figura ultrajante e a ressarcir os danos; e nesse meio tempo, pediu que, nas moras do julgamento, lhe fosse estabelecido cobrir provisoriamente aquele pedaço de afresco, que reproduzia sua imagem em pose impúdica. [...]. (CALAMANDREI, BASSI - trad.,2000, p. 78)

Por certo que o ordenamento jurídico não é capaz de prever toda e qualquer situação de urgência que careça de amparo, o que evidencia a importância dessa margem na criação de normas jurídicas concretas. É de Arruda Alvim (*Notas sobre a disciplina da antecipação da tutela na Lei nº 10.444, de maio de 2002* in ARRUDA ALVIM e ARRUDA ALVIM - org., 2006, p. 5) a afirmação de que "*é largo o espaço de escolha e de deliberação para o juiz. E esse conjunto de instrumentos se justifica pelo fim a ser atingido: a efetividade*".

Mesmo porque, e muito embora faça parte do escopo da Constituição "*transformar em direito escrito os supremos valores*", não se pode recolher e definir o "Absoluto" (BINENBOJM, 2001, p. 9). Ao discorrer sobre a nova jurisdição constitucional brasileira, Gustavo Binenbojm faz esse alerta e nos esclarece que a justiça constitucional, apesar de ser a garantia dessa "definição" a que ele se refere, "*é também, ao mesmo tempo, o instrumento para torná-la aceitável, adaptando-se às concretas exigências de um destino de perene mutabilidade*".

De igual modo, destacam Ana Paula de Barcellos e Luís Roberto Barroso (*A nova interpretação constitucional dos princípios in LEITE - org., 2003, p. 102*), em artigo direcionado ao que eles chamam de nova interpretação constitucional dos princípios, a necessidade de adequação do ordenamento jurídico, em especial da interpretação que se confere aos princípios magnos, às também novas situações que surgem.

A própria existência de medidas atípicas nos permite inferir essa previsão geral, "*decorrente da [...] capacidade nossa em capturar nos artigos de Lei toda a mutante*

realidade, principalmente porque, juntamente com elas, estamos em constante transformação" (FRIEDE, 1993, p. 68).

No passado, defendia-se majoritariamente a ideia de que era dado ao intérprete tão somente revelar o conteúdo preexistente da norma, o que se resume ao exercício da subsunção. Hoje, porém, e essa é a ressalva feita pelos estudiosos acima mencionados,

A nova interpretação constitucional assenta-se no exato oposto de tal proposição: as cláusulas constitucionais, por seu conteúdo aberto, principiológico e extremamente dependente da realidade subjacente, não se prestam ao sentido unívoco e objetivo que uma certa tradição exegética lhes pretende dar. O relato da norma muitas vezes demarca apenas uma moldura dentro da qual se desenham diferentes possibilidades interpretativas. À vista dos elementos do caso concreto, dos princípios a serem preservados e dos fins a serem realizados é que será determinado o sentido da norma, com vistas à produção da solução constitucionalmente adequada para o problema a ser resolvido. (*A nova interpretação constitucional dos princípios*, BARCELLOS e BARROSO in LEITE - org., 2003, p. 102)

Assim sendo, desde que respeitadas as premissas básicas, que consistem na existência do *periculum in mora* e da plausibilidade do direito, bem como a impossibilidade de se prejudicar terceiros, problema maior não deve haver.

Até esse instante, a conclusão a que se pode chegar é a de que os limites para a obtenção de um provimento de natureza urgente são, exatamente, "*a aparência de um direito*" e o "*perigo de insatisfação do direito aparente*". (CALAMANDREI, BASSI - trad., 2000, p. 99).

Mas é aqui que surge uma outra questão, de igual ou talvez maior complexidade: saber quais são os limites a que o julgador está submetido quando da aplicação do princípio da fungibilidade. Não se está falando aqui, exatamente, na hipótese em que a parte requer uma medida cautelar que tem natureza antecipatória e vice-versa, que implica apenas em erro com relação à nomenclatura.

Não. A discussão ora levantada consiste em analisar aquelas situações em que o interessado, podendo pedir o mais, solicita medida de menor abrangência. Nesse ponto, também, não é unânime a doutrina.

Apesar de reconhecer a margem de criatividade que o julgador possuiu quando no exercício do poder cautelar geral (que preferimos chamar de dever-poder geral de urgência), Arruda Alvim destaca que,

Se, todavia, [...] a parte requerer medida cautelar, propriamente dita, e, portanto, de envergadura menor do que aquilo que poderia ter sido pedido no bojo de uma tutela antecipada, o juiz não poderá hipertrofiar o pedido da parte, [...] acabando por conceder aquilo que a parte não desejou, ou, em relação ao que não expressou sua vontade. Aqui, o juiz estaria impedido de conceder uma proteção maior do que a que foi solicitada. (*Notas sobre a disciplina da antecipação da tutela na Lei nº 10.444, de maio de 2002, ARRUDA ALVIM in ARRUDA ALVIM e ARRUDA ALVIM - org., 2006, p. 6/7*)

Eduardo Arruda Alvim e Angélica Arruda Alvim (*Notas para uma teoria geral do processo cautelar in ARRUDA ALVIM e ARRUDA ALVIM - org., 2006, p. 95*) são um pouco mais flexíveis (ou talvez mais claros) nesse ponto; a despeito de reconhecerem que a medida a ser concedida deve conter-se nos limites do pedido, admitem que a providência pleiteada seja substituída caso incabível e desde que existente outra tendente à mesma finalidade. "*Ou seja, o que não se pode admitir é que o magistrado conceda providência que represente mais do que foi pedido, sob pena de afronta ao já mencionado princípio dispositivo e da correspondência entre o pedido e o provimento jurisdicional (arts. 128 e 460)*".

Não se pode negar que esse posicionamento é facilmente defensável, até como forma de garantir a imparcialidade, evitando, portanto, que o juiz atue como patrono da parte.

Entretanto, mesmo sabendo do risco que se corre e das diversas críticas que, fatalmente, serão feitas, se tivermos como premissa básica a valorização dos direitos fundamentais e a necessidade de garantir-lhes a proteção mais ampla possível, entender como os renomados processualistas significa restringir a

aplicabilidade do princípio da fungibilidade tal qual o conceituamos e tal qual imposto pelo novo Código de Processo Civil.

Nas palavras de Cristiano Chaves de Farias (*As tutelas de urgência na jurisdição coletiva: um bosquejo para a sistematização (ou garantindo cidadania no plano coletivo através das tutelas de urgência)* in ARRUDA ALVIM e ARRUDA ALVIM - org., 2006, p. 57), "*os valores humanos devem, sempre, sobrepujar-se, não sendo demais lembrar que o Direito existe para o homem, incumbindo-lhe, precipuamente, garantir sua proteção integral*".

Isso não significa, de forma alguma, que não haja limites para a atuação do juiz, os quais são peculiares às diversas situações que podem se configurar na prática. Dessa forma, em se tratando de mero erro de nomenclatura, a fungibilidade se aplica integralmente, sendo de igual modo aceitável quando solicitada medida incabível mas que pode ser substituída por outra de igual ou semelhante finalidade.

Se, no entanto, as circunstâncias exigirem uma pró-atividade do órgão julgador em razão de ser o pedido menor do que outro capaz de melhor resguardar o direito, e desde que se esteja diante de um risco de perecimento de um direito essencialmente fundamental, existe uma solução relativamente simples que, entendemos, pode ser sustentada.

Assim é que, se o juiz verificar a presença dos requisitos exigidos para a concessão de medida de urgência, deve deferi-la nos termos em que solicitada pela parte. Ato contínuo, porém, deve provocar a manifestação do interessado, incitando-o a se posicionar sobre a possibilidade de ter seu direito tutelado de outra maneira. Afinal, da mesma forma em que pode ter havido uma falha técnica por parte do patrono, pode ser que se trate de estratégia processual, esfera essa em que não se admite qualquer interferência.

A exigência que se impõe, nesse caso, é que se abra o contraditório antes de que qualquer decisão a respeito da tutela de urgência possa ser tomada.

Essa, vale ressaltar, é apenas nossa opinião, que pertence tão somente ao mundo das ideias, à inalcançável órbita do dever-ser. Não é, portanto, como agem os Tribunais Pátrios.

De qualquer modo, necessário esperar um pouco para ver como o Poder Judiciário irá reagir às novas regras impostas pela Lei nº 13.105/15, bem mais "liberal" do que as previstas no atual Código de Processo Civil, como adiante se exporá.

2.1.5. Da concessão *ex officio* da tutela de urgência

Pretende-se analisar agora a viabilidade de a concessão de tutela de urgência se *darex officio*, ou seja, sem que haja qualquer pedido nesse sentido. Pois bem, as tutelas de urgência serão aqui tratadas em separado, falando-se primeiro das cautelares e depois das antecipadas, o que é feito no intuito de facilitar o entendimento. Por conseguinte, isso não altera nossa crença na existência de uma disciplina jurídica única para as medidas dessa natureza.

A concessão *ex officio* das medidas cautelares é expressamente admitida pelo art. 797 do Código de Processo Civil, que assim prescreve: "*só em casos excepcionais, expressamente autorizados por lei, determinará o juiz medidas cautelares sem a audiência das partes*".

O que se destaca nesse dispositivo legal é o caráter extraordinário das medidas cautelares *ex officio*, no sentido de que raras são as hipóteses em que se admite a sua utilização. Também por isso, não se entrará no mérito dessa questão, cuja análise ultrapassaria o espoco desse trabalho.

Nos valem aqui das lições de Ovídio Baptista (2007, p. 96), segundo as quais as medidas cautelares *ex officio* só são cabíveis se incidentes em determinada demanda já existente, não cabendo ao juiz antecipá-las a qualquer ação. E, mais importante do que isso, "*o poder que o magistrado possa ter para defender a jurisdição não se confunde com o direito da parte*", de maneira que é equivocada a identificação do "poder cautelar geral" com as medidas *ex officio*.

Ainda Viana (2014, p. 39) esclarece que "*a possibilidade de atuação ex officio do juiz no âmbito da cautelaridade é explicável*". Segundo entende, a justificativa reside no fato de que "*as cautelares, em sua função precípua, relacionam-se com uma situação de desequilíbrio entre as partes, bem como com o desfecho útil e efetivo do processo, aspectos que o juiz visa controlar e velar (art. 125, I e II, do CPC)*".

A verdade é que, a esse respeito, não há muito o que se discutir. O problema maior se apresenta quando estamos diante de uma medida de natureza antecipada, pois, nesse caso, não há previsão legal no sentido de permitir que o juiz a conceda de ofício; pelo contrário, o art. 273 do Código de Processo Civil fala em "requerimento da parte".

O raciocínio ora empregado é o mesmo que se utilizou quando da análise da fungibilidade. Quem entende pela impossibilidade da tutela antecipada *ex officio* justifica na inexistência de autorização legal para tanto. De maneira diametralmente oposta, aqueles que defendem a hipótese, o fazem a partir de uma análise global do ordenamento jurídico.

Conforme ressalta Cândido Rangel Dinamarco:

Às antecipações de tutela não se aplica, todavia, a fundamental razão política pela qual as medidas cautelares incidentes devem ser concedidas de-ofício, porque aquelas não se destinam a dar apoio a um processo e ao correto exercício da jurisdição, mas a favorecer uma das partes em suas relações com a outra ou, com o bem da vida em disputa. Torna-se relevante, nesse ponto, a distinção conceitual entre medida cautelar e antecipação de tutela, segundo a qual uma é instrumental ao processo e a outra, não [...]. Enquanto se trata de impedir que o tempo e a malícia de uma das partes corra o exercício da jurisdição e de preservar a imperatividade e a eficácia das decisões judiciais, legitima-se o superamento da regra de inércia da jurisdição, prevalecendo as garantias constitucionais do devido processo legal sobre a regra *nemo iudex sine actore*; mas, quando se pensa em oferecer a uma das partes, antecipadamente, a posse ou fruição de bens ou situações jurídicas no mundo exterior, retomam força e vigor as disposições dos arts. 2º e 262

do Código de Processo Civil, para que o juiz dependa sempre da provocação do interessado. [...] (DINAMARCO, 2007, p. 88/89)

Apesar de não concordarmos com o posicionamento de Dinamarco nesse pormenor, deixaremos para explicar nossos motivos quando da análise da possibilidade de concessão de medidas de urgência *ex officio* no processo administrativo, por suas peculiaridades.

Por agora, suficiente é a afirmação de que, uma vez que se entende pela existência de um regime jurídico único para a tutela de urgência, carece de lógica sustentar que determinadas regras são válidas para uma medida e não para outra, não obstante possuam finalidades diferentes.

É justamente para essa direção que apontam os artigos 297, *caput*, e 303, §6º, do novo Código de Processo Civil, que preveem, respectivamente, a possibilidade de o juiz "*determinar as medidas que considerar adequadas para a efetivação da tutela provisória*" e a intimação da parte interessada para emendar a inicial caso entenda o julgador pela inexistência de elementos para a concessão da tutela antecipada.

Admite-se, portanto, que a concessão *ex officio* dê igualmente, e com base nos mesmos motivos, para as medidas cautelares e antecipatórias enquanto integrantes do gênero tutela de urgência.

2.1.6. Do perigo de irreversibilidade da medida

Ao tratar da antecipação dos efeitos da tutela, o legislador chama atenção para o fato de que a sua concessão está condicionada à possibilidade de que, se o beneficiado pela medida de urgência sair perdedor, não restará prejudicada a parte contrária.

Sua razão de ser foi muito bem pontuada por Cassio Scarpinella Bueno:

Se uma das questões mais relevantes quando o assunto é tutela antecipada é a busca de uma igualdade substancial entre os litigantes no limiar ou ao

longo do processo, colocando-os em pé de igualdade, ela não pode criar, para nenhum deles, situação de desigualdade tal qual a decisão veiculadora da tutela jurisdicional antecipadamente, uma vez que não confirmada por qualquer motivo, cause prejuízos ou efeitos irreversíveis ao outro. (BUENO, C., 2011, p. 46)

Embora se trate de condição explicitamente imposta apenas à tutela antecipada, melhor seria que a ordem jurídica a tivesse estendido a toda e qualquer medida de urgência. Como já dissemos e redissemos, o regime jurídico que se aplica à tutela de urgência é um só. A finalidade imediata da medida, entretanto, é que se diferencie.

No caso das antecipatórias, sua justificativa reside no fato de que, normalmente, elas são deferidas com base em cognição sumária, e, portanto, podem ou não ser confirmadas quando da prolação de decisão pautada em cognição exauriente.

No que tange às cautelares, a reversão da tutela eventualmente concedida possui razão de ser em suas clássicas características de provisoriedade (limitação de duração dos efeitos, somente válidos até a superveniência de um evento sucessivo) e revogabilidade (passível de modificação a qualquer tempo).

Toda medida cautelar é caracterizada pela provisoriedade, a fim de que a situação preservada ou constituída mediante o provimento cautelar não se revista de caráter definitivo, e, ao contrário, destine-se a durar por um espaço de tempo delimitado. De tal sorte, a medida cautelar já surge com a previsão de seu fim.

Significa essa provisoriedade, mais precisamente, que as medidas cautelares têm duração temporal limitada àquele período de tempo que deverá transcorrer entre a sua decretação e a superveniência do provimento principal ou definitivo. Por sua natureza, estão destinadas a ser absorvidas ou substituídas pela solução definitiva do mérito.

[...]

É característica da medida cautelar, como provimento emergencial de segurança, a possibilidade de sua substituição (art. 805), modificação ou revogação, a qualquer tempo (art. 807). (THEODORO JR., 2010, p. 52/54)

Mas o perigo de irreversibilidade do provimento não pode, de forma alguma, ser aplicado à risca, ou seja, sem que se admita exceções.

Assim é que toda análise referente à (não) concessão de medidas cautelares ou antecipatórias pressupõe uma ponderação de valores, ou, se se preferir, a aplicação pura e simples do princípio da proporcionalidade (ou da razoabilidade), o qual tem o condão e a dura missão de dizer, no caso concreto, o que se deve privilegiar, ou melhor, qual direito deve prevalecer (ainda que momentaneamente).

Ele não se encontra registrado positivamente no texto constitucional, mas "o Supremo Tribunal Federal, em diversos julgados, tem apontado como sede material expressa desses princípios o postulado do devido processo legal (CF, art. 5.º, LIV), em sua acepção substantiva (*substantive due process of law*)" (ALEXANDRINO e PAULO, 2010, p. 205).

Pelo referido princípio, é dado ao magistrado ponderar as situações de cada um dos litigantes para verificar qual, diante de determinados pressupostos, deve proteger (antecipadamente, como interesse para cá), mesmo que isso signifique colocar em situação de irreversibilidade a outra. É por intermédio desse princípio que o magistrado consegue medir os valores diversos dos bens jurídicos postos em conflito e decidir, concretamente, qual deve proteger em detrimento do outro. Se o caso é mesmo de preponderância do princípio da efetividade do processo, porque a tutela antecipada é adequada e necessária para tutelar um direito mais evidente que o outro, que assim seja. O sistema autoriza o magistrado à antecipação da tutela jurisdicional, não apresentando a irreversibilidade dos efeitos práticos da decisão que a determina, nesse caso específico, qualquer óbice. (BUENO, C, 2011, p. 49)

Como afirma Sérgio Silva Muritiba (*Critério da proporcionalidade na concessão de medidas de urgência de caráter antecipatório (parágrafo 2º, do art. 273, do CPC): considerações zezéticas e dogmáticas in ARRUDA ALVIM e ARRUDA ALVIM - org., 2006, p. 432*), "num mundo que perdeu seus fundamentos, situado 'além do bem e do mal' [...], essa é a única saída"; a proporcionalidade é, assim, a fórmula da qual o Direito se utiliza para "escapar à falta de controle que resultaria de um sistema rígido, de um lado, ou da inexistência de um sistema, do outro".

E é com base nessas premissas, não universais, que damos o próximo passo em direção à demonstração de nossas convicções, passando a falar sobre o *status* constitucional das medidas de urgência. Antes, porém, válido tecer alguns comentários a respeito das mudanças implementadas pelo novo Código de Processo Civil no regime das medidas de urgência.

2.2. DA TUTELA DE URGÊNCIA E DOS ELEMENTOS INTRODUZIDOS/RECONHECIDOS PELO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL (LEI Nº 13.105/15)

No elaborar desse trabalho, foi sancionada, pela Presidência da República, a Lei nº 13.105/15, que vem a ser justamente o novo Código de Processo Civil. Embora o referido Diploma Legal só entre em vigor em março de 2016 (vide art. 1.045¹³), não se pode deixar de mencionar aqui as inovações por ele reconhecidas no que tange ao tratamento da tutela de urgência, mesmo porque valiosíssimas para o escopo dessa dissertação.

Na parte inicial da Exposição de Motivos do Anteprojeto do Código de Processo Civil, que, aliás, poderia perfeitamente integrar o estudo que ora se faz¹⁴, a Comissão Organizadora deixa bastante clara sua intenção de buscar uma maior efetividade na prestação jurisdicional e um processo mais célere, o que procurou fazer por meio da sistematização e da revitalização de alguns preciosos institutos jurídicos.

Se de fato irá conseguir alcançar os objetivos a que se propôs, só o tempo há de dizer. Isso, no entanto, não nos impede de reconhecer a relevância da iniciativa.

¹³ Art. 1.045. Este Código entra em vigor após decorrido 1 (um) ano da data de sua publicação oficial.

¹⁴ A Comissão de Juristas fez questão de destacar, logo em suas linhas iniciais, que *“um sistema processual civil que não proporcione à sociedade o reconhecimento e a realização dos direitos, ameaçados ou violados, que têm cada um dos jurisdicionados, não se harmoniza com as garantias constitucionais de um Estado Democrático de Direito”*. Tal constatação não poderia representar melhor a importância do presente estudo, bem como a necessidade de se fortalecer a discussão.

Foi concedida expressa importância ao fato de que

Sendo ineficiente o sistema processual, todo o ordenamento jurídico passa a carecer de real efetividade. De fato, as normas de direito material se transformam em pura ilusão, sem a garantia de sua correlata realização, no mundo empírico, por meio do processo.

[...]

Nessa dimensão, a preocupação em se preservar a forma sistemática das normas processuais, longe de ser meramente acadêmica, atende, sobretudo, a uma necessidade de caráter pragmático: obter-se um grau mais intenso de funcionalidade. (Exposição de Motivos do Anteprojeto do Código de Processo Civil, 2010)

Dada sua riqueza em detalhes, aliás, válida se faz uma leitura completa da Exposição de Motivos do Anteprojeto do Código de Processo Civil, que não deixa a menor dúvida no que diz respeito ao valor que deve ser concedido à Constituição Federal quando da elaboração de normas infraconstitucionais; *"afinal, é na lei ordinária e em outras normas de escalão inferior que se explicita a promessa de realização dos valores encampados pelos princípios constitucionais"*.

Pois bem. No intuito de melhor organizar a disciplina da tutela provisória (donde se inclui a tutela de urgência), o legislador pátrio concedeu-lhe livro próprio (LIVRO V), o qual está esquematizado da seguinte forma:

- Título I: DISPOSIÇÕES GERAIS (artigos 294 a 299);
- Título II: DA TUTELA DE URGÊNCIA (artigos 300 a 310);
 - Capítulo I: DISPOSIÇÕES GERAIS (artigos 300 a 302);
 - Capítulo II: DO PROCEDIMENTO DA TUTELA ANTECIPADA REQUERIDA EM CARÁTER ANTECEDENTE (artigos 303 e 304);
 - Capítulo III: DO PROCEDIMENTO DA TUTELA CAUTELAR REQUERIDA EM CARÁTER ANTECEDENTE (artigos 305 a 310); e
- Título III: DA TUTELA DE EVIDÊNCIA (art. 311).

Mesmo em um superficial passar de olhos, percebe-se que há uma clara tentativa de simplificação procedimental, permitindo, assim, que a prestação jurisdicional seja tão adequada quanto possível. Diz-se isso porque o novo Código de Processo Civil, como forma de dissipar todos os problemas enfrentados pelos jurisdicionados em decorrência do desentendimento doutrinário e jurisprudencial sobre algumas especificidades das tutelas cautelares e antecipadas, tratou de estabelecer uma única disciplina para as medidas de urgência.

Assim é que, a partir da vigência da Lei nº 13.105/15, serão requisitos para a concessão da tutela de urgência o *fumus boni iuris* (probabilidade do direito) e o *periculum in mora* (perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo), nos termos do parágrafo único do art. 294 c/c o art. 300, *caput*, do novo Diploma¹⁵.

Igualou-se, outrossim, o procedimento a ser adotado pelo julgador quando da análise de pedido de medida de urgência, que poderá se dar nos próprios autos (caráter incidental) ou anteriormente ao processo principal (caráter antecedente).

Apesar de continuar a se utilizar das expressões "tutela cautelar" e "tutela antecipada", percebe-se que, após a conglobação das condições e dos procedimentos a elas relativos, a diferenciação entre uma e outra passou a ser meramente teórica, aplicando-se, *in casu*, sem restrições, o princípio da fungibilidade.

Se se disse acima que o legislador ousou quando da inserção do §7º do art. 273 do Código de Processo Civil atual no sistema, muito mais fez agora. Ao tratar as medidas de urgência de forma unívoca, o novo Diploma Legal suplantou toda a discussão a que se fez remissão em tópico anterior, o que, por via de consequência, reforça o entendimento por nós adotado que privilegia o resguardo do direito

¹⁵ Art. 294. *Omissis*

Parágrafo único. A tutela provisória de urgência, cautelar ou antecipada, pode ser concedida em caráter antecedente ou incidental.

Art. 300. A tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.

(...)

material, sem que isso signifique, contudo, suprimir as garantias de natureza procedimental.

Ademais, concedeu-se uma margem de atuação maior ao julgador, que "*poderá determinar as medidas que considerar adequadas para efetivação da tutela provisória*" (art. 297, *caput*).

Destarte, o que se observa é que houve uma separação da tutela provisória (ou seja, aquela que não possui o caráter de definitividade) em tutela de urgência e em tutela de evidência (vide art. 294, *caput*¹⁶), essa última inexistente (ao menos em nome) no atual Código.

A tutela de evidência nada mais é do que o provimento jurisdicional cabível nas situações em que "*as alegações da parte se revelam de juridicidade ostensiva*", devendo a tutela ser concedida antecipadamente, "*independentemente de periculum in mora, por não haver razão relevante para a espera, até porque, via de regra, a demora do processo gera o agravamento do dano*" (Exposição de Motivos do Anteprojeto do Código de Processo Civil, 2010). As hipóteses de concessão da tutela de evidência estão expressamente previstas no art. 311 do novo Código de Processo Civil¹⁷.

A diferença básica entre tutelas de urgência e de evidência reside no quesito "perigo de dano", exigível apenas na primeira situação. De acordo com Carolina Tupinambá

¹⁶ Art. 294. A tutela provisória pode fundamentar-se em urgência ou evidência.

¹⁷ Art. 311. A tutela da evidência será concedida, independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, quando:

I - ficar caracterizado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório da parte;

II - as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documental e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante;

III - se tratar de pedido reipersecutório fundado em prova documental adequada do contrato de depósito, caso em que será decretada a ordem de entrega do objeto custodiado, sob cominação de multa;

IV - a petição inicial for instruída com prova documental suficiente dos fatos constitutivos do direito do autor, a que o réu não oponha prova capaz de gerar dúvida razoável.

Parágrafo único. Nas hipóteses dos incisos II e III, o juiz poderá decidir liminarmente.

(2015) *"a tutela de evidência parte do princípio de que aquele que possua um direito evidente, ou seja, comprovado por prova inequívoca, não precise percorrer todo o iter processual abalizado para o amadurecimento de um direito controvertido"*.

Por fim, e talvez essa seja uma das principais contribuições do novo Código de Processo Civil, *"não tendo havido resistência à liminar concedida, o juiz, depois da efetivação da medida, extinguirá o processo, conservando-se a eficácia da medida concedida, sem que a situação fique protegida pela coisa julgada"* (Exposição de Motivos do Anteprojeto do Código de Processo Civil, 2010), o que confere um maior grau de certeza e, portanto, maior segurança jurídica ao sistema.

Por certo que existem outras alterações, igualmente importantes, promovidas pela Lei nº 13.105/15 no que diz respeito às medidas de urgência, que são as que realmente nos interessam, mas a elas se fará remissão no tempo oportuno.

2.3. DO STATUS CONSTITUCIONAL DA TUTELA DE URGÊNCIA

Afora os dispositivos legais específicos que tratam acerca das medidas cautelares e antecipadas, não se pode olvidar que sua disciplina encontra-se presente ainda na própria Constituição Federal, como se lê de seu art. 5º, inciso XXXV, segundo o qual: *"a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito"*.

A expressão "ameaça a direito" deixa clara a intenção do constituinte de garantir um processo útil e eficaz (VIANA, 2014, p. 16/17), dando-se lugar, assim, à tutela de urgência.

É claro que de nada adianta assegurar o acesso à jurisdição e ao mesmo tempo não garantir que o processo que se deflagra não fosse útil e eficaz. A tutela cautelar, assim, é (sempre foi) modalidade de tutela com "base" constitucional.

Se era possível chegar-se a tal conclusão, outrora, com aquele texto tão limitado, dizendo-se que a proteção cautelar estaria ali prevista implicitamente, hoje, com a vigente redação da cláusula - a qual afirma que

não se excluirá do Judiciário nem mesmo "a ameaça a direito" (art. 5º, inc. XXXV) - não pode haver qualquer dúvida quanto aquela inferência.

Caberia indagar-se acerca de qual o efeito prático de tal conclusão.

Atendida a antiga ideia de supremacia da Constituição, é de se ver que a consequência direta daquela premissa é a de que não cabe ao legislador infraconstitucional atentar contra aquele tipo de tutela. (VIANA, 2014, p. 16/17).

Em valioso artigo, o Ministro do Supremo Tribunal Federal, Teori Zavascki (2011), ressalta que o poder de concessão de medidas provisórias (por ele entendidas como as cautelares e as antecipatórias), *“tem sua origem, sua fonte de legitimidade e seu âmbito de eficácia demarcado diretamente pela Constituição”*. Destaca, outrossim, em interessante trecho, que

Frequentemente se afirma que a tutela cautelar, e, por certo, também a antecipatória, é espécie de tutela preventiva, cuja matriz constitucional estaria no inc. XXXV do art. 5.º da Carta, que assegura proteção jurisdicional não apenas em caso de lesão, mas também em caso de ameaça a direito. Esta, porém, não é justificção suficiente, até porque, no regime constitucional anterior, a cláusula que garantia a inafastabilidade de acesso ao Judiciário não continha referência à hipótese de ameaça (art. 163, § 4.º, da Constituição de 1969) e nem por isso se poderia duvidar da legitimidade constitucional da tutela cautelar. [...]Na verdade, a função jurisdicional acautelatória - chamemo-la assim para englobar as várias espécies de tutela provisória - justifica-se constitucionalmente como mecanismo de concretização e de harmonização de direitos fundamentais em conflito. Sua origem, sua importância, sua indispensabilidade, sua legitimidade enfim, decorrem, não de um ou outro dispositivo específico, e sim do próprio sistema constitucional organicamente considerado, conforme já sustentamos em outros estudos [...]. (ZAVASCKI, 2011)

E continua a dizer o Ministro Zavascki (2011) que a tutela urgente possui lugar sempre que, da situação posta, resultar um choque entre a segurança jurídica e a efetividade da jurisdição, de maneira que as medidas cautelares e antecipatórias foram constitucionalmente estabelecidas como um *“instrumento de harmonização de direitos fundamentais em conflito”*.

Tal qual ressalva Friede (1993, p. 64), as medidas liminares (melhor entendidas se tratadas como medidas de urgência) são inerentes aos remédios constitucionais destinados à proteção de direitos. Decorrem diretamente do princípio do devido processo legal, que, como muito bem pontuado por Ana Paula Barcellos e Luis Roberto Barroso (*A nova interpretação constitucional dos princípios in LEITE - org., 2003, p. 130*), em artigo já mencionado, *"embora [tenha] seus corolários mais diretos já [...] previstos no Texto Constitucional e na legislação infraconstitucional, tem sido aplicado de modo a gerar a exigibilidade de outros comportamentos não explícitos"*.

De fato, concorda-se com o raciocínio dos referidos autores; na verdade, a tutela de urgência é medida que se impõe para resguardar os direitos fundamentais de que trata a Carta Constitucional, sendo sua existência exigência do "modelo constitucional do processo civil" (ou do processo, como se prefere).

Apesar dessa essência inerente ao próprio sistema, ainda é possível extrair a origem constitucional das medidas de urgência, e, agora, de forma um pouco mais específica, do inciso LV desse mesmo art. 5º da Constituição Federal, que prediz ser assegurado aos litigantes e aos acusados, tanto no processo judicial como no administrativo, o contraditório e a ampla defesa, *"com os meios e recursos a ela inerentes"*.

Veja-se que, e tal conclusão é puramente gramatical, a expressão final do texto permite concluir ser a tutela de urgência, nesse caso, um dos "meios" inerentes à ampla defesa, e, de forma mais abrangente, ao devido processo legal.

Sobre este último princípio, recorremos às advertências feitas por José Torres Pereira Júnior (1991, p. 25), que, após ponderar sobre o conceito que diversos doutrinadores conferem ao devido processo legal, esclarece que *"o direito à defesa, anverso do direito de ação, emana da personalidade, decorre da dignidade da pessoa humana e há de ter seu exercício garantido sempre e imediatamente"*.

E completa ele dizendo que, *"tal como a lacuna da lei não impede o exercício do direito de ação [...], a falta de lei não impedirá o exercício do direito à defesa, visto*

que [...] ambos são direitos subjetivos públicos genéricos e abstratos, faces da mesma moeda no Estado Democrático de Direito" (PEREIRA JÚNIOR, 1991, p. 27).

Mesmo porque, o que nos move é a certeza de que, ao "conceber a Lei Maior como uma ordem concreta de valores", o que se pretende é "garantir a efetividade dos direitos fundamentais" (TAVARES, 2007, p. 34).

2.4. DAS PREMISSAS BÁSICAS ACERCA DA TUTELA DE URGÊNCIA

De tudo o que foi dito ao longo desse capítulo, sobressaem as seguintes afirmações/concepções:

(1) A urgência decorre da necessidade de atuação jurisdicional antes que se efetive o dano irreparável ou de difícil reparação; as medidas de urgência englobam aquelas de natureza cautelar (que visam resguardar a produção de efeitos úteis de eventual processo) e as antecipadas (direcionadas à proteção do bem objeto do litígio);

(2) Aplica-se às medidas de urgência o princípio da fungibilidade, aqui entendido como de mão dupla, a igualar os requisitos para a concessão de uma ou outra tutela de urgência, os quais são ora tratados como *periculum in mora* e plausibilidade do direito;

(3) O ato de concessão de eventual medida de urgência é vinculado, não obstante haja certa discricionariedade do julgador quando da subsunção da situação fática às condições legalmente imposta para o seu deferimento;

(4) A tutela de urgência possui base constitucional e funciona como uma das maneiras dispostas pelo direito processual para a configuração do Estado Democrático de Direito; e

(5) Apesar de o atual Código de Processo Civil somente mencionar a possibilidade de concessão *ex officio* das medidas cautelares, entendemos que essa é uma

realidade aplicável também às medidas de antecipação da tutela, já que se defende a existência de um único regime jurídico a disciplinar as medidas urgentes.

CAPÍTULO III: BREVES PONDERAÇÕES ACERCA DO PROCESSO ADMINISTRATIVO

A honestidade do homem público consiste em edificar sobre rocha viva as construções para a Humanidade, edificando sobre areia movediça as construções do seu conforto particular.

Plínio Salgado

3.1. CONCEITUAÇÃO: PROCESSO x PROCEDIMENTO

O processo administrativo – e para facilitar o entendimento vamos tratar unicamente do federal – encontra-se especificamente regulado pela Lei nº 9.784/99, ao que se somam alguns dispositivos da Lei nº 8.112/90.

Não obstante o nome que lhe é dado, muito já se discutiu em sede doutrinária acerca da classificação do processo administrativo como verdadeiro processo (ou processo *stricto sensu*) ou como procedimento. Para saber, efetivamente, do que se trata, necessário recorrer aos ensinamentos colhidos na doutrina processualista clássica, a qual se faz remissão.

Antes, porém, vale lembrar que a tentativa de definição, o que implica logicamente na diferenciação de processo e procedimento, já ocasionou acaloradas discussões entre os processualistas de mais alto gabarito. Isso porque, nunca houve muita técnica por parte do meio jurídico no emprego do vocábulo "processo", o que, conseqüentemente, levou (e continua a levar) a uma mescla de conceitos que se pretende evitar.

Falando justamente sobre essa desordem jurídica, se é que podemos nos utilizar dessa expressão, esclarece Elpídio Donizetti (2007, p. 39) que, não obstante o termo "processo" signifique, etimologicamente, "marcha avante"/"caminhada" - o que levou a essa confusão de significados já mencionada -, ele não pode ser confundido com a "*simples sucessão de atos processuais*".

Processo, segundo o referido autor, "*é o método pelo qual se opera a jurisdição, com vistas à posição do litígio. É instrumento de realização da justiça; é relação jurídica, portanto, é abstrato e finalístico*" (2007, p. 39). Procedimento, por outro lado, é, no seu entender, o "*modus faciendi, o rito, o caminho trilhado pelos sujeitos do processo. Enquanto o processo constitui o instrumento para a realização da justiça, o procedimento constitui o instrumento do processo, a sua exteriorização*" (2007, p. 40).

Sobre esse tema, Fredie Didier Júnior (2012, p. 22/24) nos informa que o vocábulo "processo" é palavra de vários significados, podendo fazer menção, a depender do contexto no qual é empregado, ao método de criação de normas jurídicas, ao ato jurídico complexo ou à relação jurídica. Continua ele a dizer que, sob o enfoque da teoria da norma jurídica, tem-se sua primeira definição; sob o da teoria do fato jurídico, a segunda e a terceira.

O processo sob a perspectiva da Teoria do Fato Jurídico é uma espécie de ato jurídico. Examina-se o processo a partir do plano da existência dos fatos jurídicos. Trata-se de um ato jurídico complexo. Processo, nesse sentido, é sinônimo de procedimento.

[...]

Ainda de acordo com a Teoria do Fato Jurídico, o processo pode ser encarado como efeito jurídico; ou seja, pode-se encará-lo pela perspectiva do plano da eficácia dos fatos jurídicos. Neste sentido, processo é o conjunto das relações jurídicas que se estabelecem entre os diversos sujeitos processuais (partes, juiz, auxiliares da justiça etc.). Essas relações jurídicas processuais formam-se em diversas combinações: autor-juiz, autor-réu, juiz-réu, autor-perito, juiz-órgão do Ministério Público etc.

[...]

O termo "processo" serve, então, tanto para designar o ato processo como a relação jurídica que dele emerge. (DIDIER JR., 2012, p. 23)

De igual modo são as lições de Gilberto Clementino dos Santos (2011, p. 51), que define o processo como "*o meio de que se vale o Estado para efetivar a função jurisdicional*" e o procedimento como "*o conjunto regular de atos entrelaçados, de que se constitui o processo*".

Em obra clássica, Antônio Carlos de Araújo Cintra, Cândido Rangel Dinamarco e Ada Pellegrini Grinover (2009, p. 297) esclarecem que o processo foi, por muito tempo, confundido com o procedimento, e, portanto, tido como “*a simples sucessão de atos processuais*”. Todavia, destacam os mestres,

[...] com a obra de Büllow (*Teoria dos pressupostos processuais e das exceções dilatórias*), apercebeu-se a doutrina de que há, no processo, uma força que motiva e justifica a prática dos atos do procedimento, interligando os sujeitos processuais. O processo, então, pode ser encarado pelo aspecto dos atos que lhe dão corpo e das relações entre eles e igualmente pelo aspecto das relações entre os seus sujeitos.

O procedimento é, nesse quadro, apenas o meio extrínseco pelo qual se instaura, desenvolve-se e termina o processo; é a manifestação extrínseca deste, a sua realidade fenomenológica perceptível. A noção de processo é essencialmente teleológica, porque ele se caracteriza por sua finalidade de exercício do poder (no caso, jurisdicional). A noção de procedimento é puramente formal, não passando da coordenação de atos que se sucedem. Conclui-se, portanto, que o procedimento (aspecto formal do processo) é o meio pelo qual a lei estampa os atos e fórmulas da ordem legal do processo. (CINTRA, DINAMARCO e GRINOVER, 2009, p. 297)

Assim sendo, e para se evitar eventuais conflitos de significação, fixa-se que, a partir deste momento, o termo "processo" será utilizado única e tão somente quando se referir à composição de determinada lide através de relação jurídica, enquanto que o vocábulo "procedimento" fará menção à forma de realização do processo (THEODORO JÚNIOR., 2008, p. 52).

Feita essa diferenciação, resta saber se os vocábulos “processo” e “procedimento” podem ser igualmente utilizados no âmbito administrativo; ou seja, cumpre verificar especialmente se é possível se falar na existência de um verdadeiro processo administrativo, nos termos em que conceituado acima.

EgonBockmann Moreira (2010, p. 49/61) faz um estudo minucioso sobre o processo administrativo em sua obra, destacando não ser unânime na doutrina a aceitação dessa expressão. Expõe ele que, para Carlos Ari Sundfeld, cujos comentários

merecem sempre atenção, em virtude das dessemelhanças entre as atividades judiciais e administrativas, o melhor é empregar a expressão "procedimento administrativo". Também Marçal Justen Filho não acredita na existência de um processo administrativo, posto que, segundo entende, o vocábulo "processo" é exclusivo de uma relação de natureza triangular, apenas encontrada em processos judiciais.

De maneira contrária, cita Lúcia Valle Figueiredo, que admite a possibilidade de um processo administrativo, mas apenas quando houver litigância e desde que ele leve invariavelmente à aplicação de sanções. E, termina Moreira (2010, p. 63/64) por dar seu próprio conceito de processo administrativo, tido por ele como *"a relação jurídica dinâmica, coordenada por normas que estabelecem vínculo de segundo grau¹⁸ entre os sujeitos que dele participam"*.

Somos da opinião de que o processo administrativo é sim verdadeiro processo, posto que pressupõe um conflito de interesses, bem como uma relação jurídica, além de voltar-se à aplicação da norma legal ao caso concreto. Ademais, como destaca a tríade processualista composta por Cintra, Dinamarco e Grinover,

Processo é conceito que transcende ao direito processual. Sendo instrumento para o legítimo exercício do poder, ele está presente em todas as atividades estatais (processo administrativo, legislativo) e mesmo não estatais (processos disciplinares dos partidos políticos ou associações, processos das sociedades mercantis para aumento de capital etc.). (CINTRA, DINAMARCO e GRINOVER, 2009, p. 298)

Inserindo a Lei nº 9.784/99 nesse contexto, observa-se que ela trata de ambos os conceitos, regulando o processo administrativo por meio da criação de regras para o seu procedimento.

O processo administrativo seria então, *"o instrumento formal que, vinculando juridicamente os sujeitos que dele participam, através da sucessão ordenada de atos*

¹⁸ A referência é ao processualista italiano Achille Donato Giannini, que denomina como vínculo de segundo grau as relações jurídicas decorrentes de obrigações acessórias.

e atividades, tem por fim alcançar determinado objetivo, previamente identificado" (CARVALHO FILHO, 2013, p. 21).

Das ponderações feitas, infere-se que a diferença mais básica entre o processo administrativo e o judicial consiste justamente nos sujeitos envolvidos nessa relação, pois na seara administrativa, o Poder Público irá atuar não só como parte interessada, mas também como julgador – as relações jurídicas material e processual, em um primeiro momento, se confundem.

No mais, o funcionamento do processo administrativo segue as mesmas regras gerais daquele que se desenvolve perante um órgão diretamente ligado ao Poder Judiciário. A ele é garantido o respeito aos princípios processuais mais básicos.

E é por isso que também o julgamento proferido no âmbito da Administração Pública tem que ser, necessariamente, imparcial. Assim é que, apesar da primeira impressão que possa ser causada pelo fato de o Ente Público desempenhar duas funções diferentes no decorrer de um mesmo processo, existem meios expressa e implicitamente previstos na legislação pátria para coibir toda e qualquer atitude que possa ser tida como arbitrária, e, portanto, parcial. Por sua importância, esse também será assunto de um tópico específico do trabalho.

3.2. DO STATUS CONSTITUCIONAL DO PROCESSO ADMINISTRATIVO

Como nos ensina Gustavo Binenbojm (2001, p. 1/2), a alteração no cenário político do século XX trouxe um *"consenso em torno da democracia constitucional como o regime de governo ideal"*, restando historicamente registrado que *"a democracia e o constitucionalismo são o ponto de partida - não o ponto de chegada - para a organização de uma sociedade que promova o pluralismo, o respeito pelos direitos humanos e a justiça social"*.

De maneira ainda mais incisiva, afirma o autor que

[...] a jurisdição constitucional se afirmou, pelo mundo afora, como o mais importante instrumento de contenção do poder político nas democracias contemporâneas, chegando a ser considerado "elemento necessário da própria definição do Estado de direito democrático". É que, por intermédio da sua constitucionalização, determinados princípios e direitos são subtraídos do embate político cotidiano, ficando preservados contra maiorias legislativas ocasionais. A rigidez constitucional, pressuposto da supremacia da Lei Maior, e os mecanismos de controle da constitucionalidade representam, assim, os limites institucionais do poder da maioria. (BINENBOJM, 2001, p. 44/45)

Destarte, nessa tentativa de fazer com que o poder seja sempre exercido como instrumento de distribuição da justiça social e de promoção social (PEREIRA JÚNIOR, 1991, p. 2), foram elevados ao grau de constitucionais direitos e garantias fundamentais, estabelecendo a Carta Magna, com o detalhamento que julgou necessário, diversas situações cuja regulamentação era antes destinada à normativa infraconstitucional.

O processo administrativo, e o Direito Administrativo de forma geral, não foi uma exceção nessa reconfiguração de ideais. Não é de se ignorar que foi dado um tratamento constitucional (e, conseqüentemente, legal) especial à Administração Pública, uma vez que responsável pela elaboração e execução das políticas públicas (ALEXANDRINO e PAULO, 2010, p. 18). A Carta Magna de 1988 lhe dispensou Capítulo próprio, dispondo, entre os artigos 37 e 43, acerca de diversos aspectos que considerou importantes para a boa condução da função administrativa.

No que tange, porém, especificamente ao processo administrativo, sua grande contribuição está no já mencionado inciso LV do art. 5º da Lei Maior, o qual estabelece que *“aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”*. A partir desse marco temporal, restou superada toda e qualquer discussão acerca da constitucionalização do processo administrativo, tendo sido a ele expressamente garantida a aplicação dos princípios processuais mais básicos, os quais decorrem do postulado maior do devido processo legal.

Isso significa que é possível falar não só na constitucionalização do Direito Processual Civil¹⁹, como também, e em igual medida, na constitucionalização do Direito Administrativo, sendo certo que o processo administrativo é matéria de natureza interdisciplinar que depende, para alcançar os objetivos desse tão mencionado modelo constitucional, da junção de ambas as disciplinas.

Luís Roberto Barroso (2011, p. 398) aponta que a incidência do Direito Administrativo no domínio dos princípios constitucionais, tanto os gerais, como os específicos, foi o fator mais decisivo para a sua constitucionalização.

Em reflexão bastante significativa, Edgard Silveira Bueno Filho (*apud* FRIEDE, 1993, p. 87) destaca ser *"interessante notar que a regra que assegura o acesso ao Judiciário, quando haja lesão ou ameaça de lesão a direito, não se insere dentre as do Capítulo III dedicadas ao Poder Judiciário"*. Pelo contrário, está disposta juntamente com os direitos e garantias fundamentais, *"como a ressaltar não só a competência do órgão jurisdicional mas, também, a garantia que se empresta aos direitos individuais coletivos dos cidadãos"*.

A importância desse tratamento constitucional dado à Administração Pública nos é esclarecida por Romeu Felipe Bacelar Filho (2013, p. 29), para quem a atividade administrativa é *"a mais problemática das funções do Estado e a mais rebelde de se submeter à ordem jurídica"*. Por tal motivo, continua ele, ao dedicar-se expressamente a Lei Fundamental a disciplinar a atuação do Poder Público, *"ela*

¹⁹ Acerca da constitucionalização do Direito Processual, esclarecem Antônio Carlos de Araújo Cintra, Cândido Rangel Dinamarco e Ada Pellegrini Grinover (2009, p. 84/85) que *"todo o direito processual, como ramo do direito público, tem suas linhas fundamentais traçadas pelo direito constitucional, que fixa a estrutura dos órgãos jurisdicionais, que garante a distribuição da justiça e a efetividade do direito objetivo, que estabelece alguns princípios processuais"*.

E continuam os mestres, destacando que, *"além de seus pressupostos constitucionais, comuns a todos os ramos do direito, o direito processual é fundamentalmente determinado pela Constituição em muitos de seus aspectos e institutos característicos"*.

Alguns dos princípios gerais que o informam são, ao menos inicialmente, princípios constitucionais ou seus corolários: em virtude deles o processo apresenta certos aspectos, como o do juiz natural, o da publicidade das audiências, o da posição do juiz no processo, o da subordinação da jurisdição à lei, o da declaração e atuação do direito objetivo; (...)".

traça 'as diretrizes fundamentais que devem nortear sua atuação; portanto, daí se extrai a conformação institucional e funcional da administração pública brasileira e os princípios informadores do próprio direito administrativo'".

Em livro destinado a discorrer acerca do controle judicial sobre os atos administrativos, Seabra Fagundes faz uma valiosa colocação. Conforme afirma,

Talvez o mais importante aspecto dessa constitucionalização do direito administrativo seja a ligação direta da Administração aos princípios constitucionais, vistos estes como núcleo de condensação de valores. A nova principiologia constitucional, que tem exercido influência decisiva sobre outros ramos do direito, passa também a ocupar posição central na constituição de um direito administrativo democrático e comprometido com a realização dos direitos do homem. Como assinala SANTAMARIA PASTOR, as bases profundas do direito administrativo são de corte inequivocamente autoritário; até que fosse atraído para a zona de irradiação do direito constitucional, manteve-se ele alheio aos valores democráticos e humanistas que permeiam o direito público contemporâneo.

Toda a sistematização dos poderes e deveres da Administração Pública será traçada a partir dos lineamentos constitucionais pertinentes, com especial ênfase no sistema de direitos fundamentais e nas normas estruturantes do regime democrático, à vista de sua posição axiológica central e fundante no contexto do Estado Democrático de Direito. A filtragem constitucional do direito administrativo dar-se-á, assim, pela superação do dogma da onipotência da lei administrativa e sua substituição por referências diretas a princípios expressa ou implicitamente consagrados no ordenamento constitucional. [...]. (FAGUNDES, 2006, p. 120, N.A.: DOUT. 1, cap. III)

É justamente com base nessa nova visão do Direito Administrativo, cujo fundamento também é constitucional, que se constrói esse estudo, o qual faz uma releitura do processo administrativo, viabilizando-lhe o uso de um instituto anteriormente específico do Direito Processual Civil (e penal).

Mas antes de adentrarmos nesse cenário por enquanto nebuloso, é preciso ainda pontuar acerca das disposições legais sobre o processo administrativo, em especial o disciplinar, e seu respectivo procedimento.

3.3. DO PROCEDIMENTO BÁSICO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO REGULADO PELA LEI Nº 9.784/99

Considerando, como visto no tópico anterior, a constitucionalização da disciplina do Direito Administrativo, e, portanto, do processo administrativo, várias das disposições da Lei nº 9.784/99, ao que se incluem os dispositivos específicos da Lei nº 8.112/90, seriam desnecessárias. Entenda-se melhor: por já restarem estabelecidas na Carta Magna, não haveria a necessidade de o legislador repeti-las em Diploma infraconstitucional, fazendo-o tão somente para reforçar sua aplicabilidade. De qualquer modo, incide aqui a máxima comum de que *"o que abunda não prejudica"*.

Em linhas bem gerais, pode-se dizer que o processo administrativo tem início por meio de requerimento do interessado ou por iniciativa da própria Administração Pública (vide art. 5º da Lei nº 9.784/99²⁰). Passa, em sequência, por uma fase de instrução, com produção de provas e apresentação de razões finais, quando for o caso (artigos 29 a 47 da Lei nº 9.784/99). Culmina na prolação de uma decisão final, a qual deverá ser motivada, e que é passível de recurso e/ou de revisão (conforme previsão dos artigos 50 e 56 a 65 da Lei nº 9.784/99).

Interessante notar que o ordenamento pátrio incumbe ao Estado o dever de decidir, dispondo, pois, no art. 48 da Lei do Processo Administrativo Federal que *"a Administração tem o dever de explicitamente emitir decisão nos processos administrativos e sobre solicitações ou reclamações, em matéria de sua competência"*, bem como ressalta a necessidade de que os atos administrativos decorrentes de qualquer processo sejam motivados, ou seja, que sejam indicados os fatos e os fundamentos jurídicos da decisão quando alterada a situação jurídica do interessado²¹.

²⁰ Art. 5º. O processo administrativo pode iniciar-se de ofício ou a pedido de interessado.

²¹ Art. 50. Os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, quando:

I - neguem, limitem ou afetem direitos ou interesses;

Como se pode observar, o processo que se desenvolve perante o Poder Público em muito se assemelha com aquele levado ao conhecimento do Órgão Judiciário, sendo igualmente composto por etapas muito bem definidas, quais sejam: conhecimento, instrução, julgamento, revisão (fase recursal) e "execução".

O que é importante deixar claro, ainda que se corra o risco de ser repetitivo, é que, afora as regras específicas da Normativa mencionada, o processo administrativo submete-se ainda às noções processuais mais basilares, as quais, não se olvida, por vezes deverão ser adaptadas em decorrência da regulamentação própria ao regime jurídico administrativo, sem que, com isso, percam sua essência.

Lembra-se, outrossim, que *"as normas da Lei nº 9.784/99 têm caráter genérico e subsidiário, ou seja, aplicam-se apenas aos casos em que não haja lei específica regulando o respectivo processo administrativo, ou quando haja, é aplicável para complementar as regras especiais"* (CARVALHO FILHO, 2003, p. 785).

3.4. DO PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR

II - imponham ou agravem deveres, encargos ou sanções;

III - decidam processos administrativos de concurso ou seleção pública;

IV - dispensem ou declarem a inexigibilidade de processo licitatório;

V - decidam recursos administrativos;

VI - decorram de reexame de ofício;

VII - deixem de aplicar jurisprudência firmada sobre a questão ou discrepem de pareceres, laudos, propostas e relatórios oficiais;

VIII - importem anulação, revogação, suspensão ou convalidação de ato administrativo.

§ 1º A motivação deve ser explícita, clara e congruente, podendo consistir em declaração de concordância com fundamentos de anteriores pareceres, informações, decisões ou propostas, que, neste caso, serão parte integrante do ato.

§ 2º Na solução de vários assuntos da mesma natureza, pode ser utilizado meio mecânico que reproduza os fundamentos das decisões, desde que não prejudique direito ou garantia dos interessados.

§ 3º A motivação das decisões de órgãos colegiados e comissões ou de decisões orais constará da respectiva ata ou de termo escrito.

Assim como existem diversos tipos de ações judiciais, cada qual com suas peculiaridades, há, da mesma forma, várias espécies de processos administrativos, com os mais distintos interessados²². Estudar cada um deles ultrapassaria o escopo dessa dissertação, motivo pelo qual, a partir desse instante, tratar-se-á unicamente do processo administrativedisciplinar, tal qual estabelecido pelas Leis nº 8.112/90 e nº 9.784/99.

Faremos aqui um corte metodológico com o único objetivo de permitir uma análise mais próxima da realidade, o que, porém, não impede que as considerações ora elencadas sejam aplicadas em outros modelos de processo administrativo quando cabíveis, e desde que feitas as devidas adequações.

Ao tratar do ilícito administrativo disciplinar, define Sandro Lucio Dezanque

O processo administrativo disciplinar constitui-se em processo administrativo *stricto sensu*, [...], que tem como objetivo propiciar à Administração a apuração de fatos tidos como supostamente ilícitos praticados pelo servidor público, bem como, sendo constatada a falta disciplinar, aplicar a sanção pertinente, tudo se valendo de atos administrativos. Não obstante, também tem como finalidade constituir fase em que o servidor acusado possa exercer o contraditório e a ampla defesa, refutando as alegações da Administração Pública, propiciando, destarte, "paridade de armas". (DEZAN, 2009, p. 56)

Em livro antigo destinado ao estudo do direito e do processo disciplinar, Themístocles Brandão Cavalcanti (ca. 1984, p. 53) ressalta que não há nenhuma dificuldade em se admitir que a Administração Pública possa ser detentora de um direito disciplinar e, como tal, atuar de forma repressiva. Para ele, no processo administrativo disciplinar são produzidos atos administrativos com consequências jurídicas, posto que modificam direitos e *status* pessoal.

²² Nesse sentido, cita-se José dos Santos Carvalho Filho (2003, p. 786), para quem "*várias pessoas são consideradas pela lei como interessadas no processo administrativo*", dando especial destaque para as pessoas físicas (não só os servidores públicos), às pessoas jurídicas, terceiros cujo direito possa ser ameaçado por processo administrativo já existente, organizações e associações representativas, dentre outros.

Pelo texto nu da Lei (art. 148 do Estatuto dos Servidores Públicos Federais), "o processo disciplinar é o instrumento destinado a apurar responsabilidade de servidor por infração praticada no exercício de suas atribuições, ou que tenha relação com as atribuições do cargo em que se encontre investido".

Constitui-se através de uma portaria instauradora, na qual constam os membros da Comissão Processante, seu foco de atuação e o prazo para conclusão dos trabalhos (art. 149, *caput*, Lei nº 8.112/90²³). Uma vez instalado e iniciados os trabalhos da referida Comissão, emite-se uma notificação prévia ao investigado, abrindo-lhe prazo para a apresentação de defesa prévia²⁴.

Em seguida, passa-se à coleta de provas (instrução processual), oportunidade em que também pode ser realizado o interrogatório, e, então, à fase de indicição, que não necessariamente precisa culminar no indiciamento, pois o servidor pode ser considerado inocente. Em sendo considerado culpado, porém, passa-se à citação do interessado para a apresentação de defesa escrita (art. 161, Lei nº 8.112/90²⁵).

²³ Art. 149. O processo disciplinar será conduzido por comissão composta de três servidores estáveis designados pela autoridade competente, observado o disposto no § 3º do art. 143, que indicará, dentre eles, o seu presidente, que deverá ser ocupante de cargo efetivo superior ou de mesmo nível, ou ter nível de escolaridade igual ou superior ao do indiciado.

(...)

²⁴ Acerca da necessidade de se proceder à notificação prévia do acusado, cita-se o Manual Prático de Processo Administrativo Disciplinar da AGU (p. 39), que assim esclarece:

"O objetivo da notificação prévia é dar ciência ao acusado da instauração do processo administrativo disciplinar para que ele possa exercitar, desde o início, seu direito de defesa.

A obrigatoriedade de se notificar o acusado ao início do processo decorre da interpretação do art. 156 da Lei nº 8.112, de 1990, e da aplicação do princípio do contraditório e da ampla defesa.

Deve ser realizada a notificação prévia logo ao início do processo, antes de efetivado qualquer ato de instrução, para que o acusado tenha ciência de que responde a um processo administrativo disciplinar e possa, desse modo, exercer plenamente seu direito de defesa."

²⁵ Art. 161. Tipificada a infração disciplinar, será formulada a indicição do servidor, com a especificação dos fatos a ele imputados e das respectivas provas.

§ 1º O indiciado será citado por mandado expedido pelo presidente da comissão para apresentar defesa escrita, no prazo de 10 (dez) dias, assegurando-se-lhe vista do processo na repartição.

§ 2º Havendo dois ou mais indiciados, o prazo será comum e de 20 (vinte) dias.

Somente depois de analisar os argumentos levantados pelo acusado, o que se dá em respeito aos princípios do contraditório e da ampla defesa, é que a Comissão irá elaborar o Relatório Final, com a conseqüente remessa dos autos à autoridade instauradora do processo para julgamento (artigos 165 e 166, Lei nº 8.112/90²⁶).

O processo administrativo disciplinar admite recurso e pode ser revisto a qualquer tempo, desde que surjam *“fatos novos ou circunstâncias suscetíveis de justificar a inocência do punido ou a inadequação da penalidade aplicada”* (art. 174, *caput*, Lei nº 8.112/90).

Mas para além dessas características específicas e do procedimento básico acima elencado, o que deve restar consignado é que a relação jurídica que se forma no processo administrativo disciplinar é composta pelas mesmas partes que constituem a relação jurídica material; entretanto, o Ente Público assume funções diversas em cada uma dessas relações (DEZAN, 2009, p. 62).

Esse é, na verdade, um dos pontos mais delicados desse estudo, porque toca em noções muito particulares e primitivas, a exemplo do conceito de justiça. Poderia então o leitor estar se perguntando: como garantir que os interesses da Administração Pública enquanto parte de ambas as relações jurídicas (material e processual) não se confundam? O que asseguraria a imparcialidade em um julgamento administrativo?

§ 3º O prazo de defesa poderá ser prorrogado pelo dobro, para diligências reputadas indispensáveis.

§ 4º No caso de recusa do indiciado em apor o ciente na cópia da citação, o prazo para defesa contar-se-á da data declarada, em termo próprio, pelo membro da comissão que fez a citação, com a assinatura de (2) duas testemunhas.

²⁶ Art. 165. Apreciada a defesa, a comissão elaborará relatório minucioso, onde resumirá as peças principais dos autos e mencionará as provas em que se baseou para formar a sua convicção.

§ 1º O relatório será sempre conclusivo quanto à inocência ou à responsabilidade do servidor.

§ 2º Reconhecida a responsabilidade do servidor, a comissão indicará o dispositivo legal ou regulamentar transgredido, bem como as circunstâncias agravantes ou atenuantes.

Art. 166. O processo disciplinar, com o relatório da comissão, será remetido à autoridade que determinou a sua instauração, para julgamento.

E antes mesmo desses questionamentos, há um outro de igual complexidade que também deve ser enfrentado, qual seja: é possível se falar em jurisdição no processo administrativo?

As respostas a essas indagações não são nenhum um pouco simples, contudo precisam ser enfrentadas para a melhor compreensão do tópico seguinte, esse sim destinado à análise da viabilidade de concessão de medidas de urgência no processo administrativo.

Dada a sua característica de unicidade, muitos estudiosos do direito defendem que a jurisdição é função exclusiva do Poder Judiciário (DONIZETTI, 2007, p. 3); essa afirmação, contudo, ante a sua superficialidade, não nos satisfaz. Conceitualmente, jurisdição nada mais é do que a função do Estado, por ele mesmo avocada, de *"formular e fazer atuar praticamente a regra jurídica concreta que, por força do direito vigente, disciplina determinada situação jurídica"* (THEODORO JÚNIOR, 2011, p. 30).

Em seu clássico *Teoria Geral do Processo*, Antônio Carlos de Araújo Cintra, Cândido Rangel Dinamarco e Ada Pellegrini Grinover (2009, p. 30/31) esclarecem que a jurisdição é uma das formas de expressão do poder estatal, particularizando-se, pois, como *"a capacidade, que o Estado tem, de decidir imperativamente e impor decisões"*, objetivando, com isso, a pacificação com justiça.

E continuam os referidos mestres a explicar que

A pacificação é o escopo magno da jurisdição e, por consequência, de todo o sistema processual (uma vez que todo ele pode ser definido como a disciplina jurídica da jurisdição e seu exercício). É um escopo social, uma vez que se relaciona com o resultado do exercício da jurisdição perante a sociedade e sobre a vida gregária dos seus membro e felicidade pessoal de cada um.

[...]

É para a consecução dos objetivos da jurisdição e particularmente daquele relacionado com a pacificação com justiça, que o Estado institui o sistema processual, ditando normas a respeito (direito processual), criando órgãos

jurisdicionais, fazendo despesas com isso e exercendo através deles o seu poder.

A partir desse conceito provisório de jurisdição e do próprio sistema processual já se pode compreender que aquela é uma função inserida entre as diversas funções estatais. Mesmo na ultrapassada filosofia política do Estado liberal, extremamente restritiva quanto às funções do Estado, a jurisdição esteve sempre incluída como uma responsabilidade estatal. (CINTRA, DINAMARCO e GRINOVER, 2009, p. 30/31)

Sua finalidade, portanto, não é outra senão entregar a prestação jurisdicional (a solução para o problema apresentado), satisfazendo, dessa forma, a tutela jurídica. É de Galeno Lacerda (*apud* FRIEDE, 1993, p. 71) a lição de que "*jurisdição haverá sempre que houver questão a ser solucionada, ainda que emergente de procedimento de natureza administrativa*".

De fato, a divisão e a separação de poderes que remontam às ideias de Locke e Montesquieu nos dão a impressão de que cada Poder do Estado tem suas atividades estritamente limitadas e restritas, só que essa afirmação é apenas parcialmente verdadeira. Apesar de os Poderes Executivo, Judiciário e Legislativo terem funções muito bem delineadas, as quais são tidas como funções típicas, podem também, e nos limites impostos pelo sistema jurídico como um todo, se ver diante de situações que exijam uma atuação chamada de atípica, já que fora do âmbito de seus respectivos papéis iniciais.

Essa é a lição de Alexandre de Moraes (2004, p. 435), para quem, "*apesar da clássica separação de Poderes ter sido adotada pelo constituinte de 1988*", não se pode olvidar que foi também a Carta Maior que consagrou, "*em relação a todos os Poderes de Estado, funções típicas e atípicas, inexistindo, pois, exclusividade absoluta, no exercício dos misteres constitucionais*". E, em continuação, afirma:

O Executivo, portanto, além de administrar a coisa pública (função típica), de onde deriva o nome república (*res publica*), também legisla (art. 62 - Medidas Provisórias) e julga (contencioso administrativo), no exercício de suas funções atípicas. (MOARES, A., 2004, p. 435)

Está com ele a concordar D'Andrea Ferreira (1998, p. 374), que muito claramente explica que *"o poder decisório governamental [não] se exaure na jurisdição, eis que a própria Administração Pública está, a todo momento, a decidir, a deliberar"*.

E não há nenhuma ilegalidade nisso, pelo contrário; o que se tem é tão somente o cumprimento, pelo Estado, de seu dever constitucional. Assim é que, se a jurisdição implica na declaração e na realização do Direito, não há como negar que, para o correto desenrolar do processo administrativo, seja ele qual for, utilizar-se-á a Comissão Processante (ou o agente responsável pela decisão) dessa função específica.

Miguel Seabra Fagundes (2006, p. 41), aliás, ao dizer que os atos administrativos podem ser jurídicos ou não, a depender de sua capacidade de modificar situações jurídicas, esclarece que

A atividade administrativa se exerce por atuações de ordem interna destinadas a regular o funcionamento do mecanismo estatal, mediante atos pelos quais o Estado se põe em relação com o indivíduo e através de atos materiais, que ultimam a concretização do direito. Pelos atos internos se exerce uma fase inicial de realização do direito. Tenham eles consequências de atos jurídicos, ou não, cingem ao ordenamento interno do organismo estatal e preparam a execução do direito positivo. A eles sucede uma fase secundária, pelos atos de órbita externa, que têm por fim determinar situações jurídicas individuais, ou, apenas, concorrer para a formação delas. O período final de realização da norma jurídica vem com os atos materiais, convertendo-se em fato [...]. (FAGUNDES, 2006, p. 48/49)

Como já se pôde perceber, o julgamento do administrado será feito por seus iguais, ou seja, por servidores públicos estáveis que ocupem o mesmo cargo ou cargo de natureza superior ao do interessado ou que possuam grau de escolaridade igual ou maior ao do indiciado (art. 149, *caput*, da Lei nº 8.112/90²⁷). E, diante dessa

²⁷ Art. 149. O processo disciplinar será conduzido por comissão composta de três servidores estáveis designados pela autoridade competente, observado o disposto no § 3º do art. 143, que indicará, dentre eles, o seu presidente, que deverá ser ocupante de cargo efetivo superior ou de mesmo nível, ou ter nível de escolaridade igual ou superior ao do indiciado.

circunstância, realmente se põe em dúvida a possibilidade de que esse julgamento seja isento de opiniões pessoais e/ou interferências de terceiros.

Não há como se dar uma resposta que seja dotada de uma certeza absoluta e incontestável. O que se pode afirmar, sem medo de errar, é que essa desconfiança também paira sobre os julgamentos realizados pelo Poder Judiciário.

Utilizando-se de trecho do artigo escrito pelo então Ministro do Supremo Tribunal Federal Sidney Sanches, Roy Reis Friede (1993, p. 05) deixa claro que os juízes sofrem sim influências do mundo externo, todavia, o *"bom julgador [...] é aquele que consegue deixar sua formação política em segundo plano, no momento do julgamento, e colocar acima dela a preservação da ordem jurídica"*.

Em obra de leitura tão fácil e de conteúdo tão profundo, Carnelutti faz essa mesma ponderação. Conforme afirma,

[...] o juiz é um homem como os demais, com sua família, seus afetos, seus assuntos, suas necessidades, suas simpatias, suas antipatias.

Tudo isso, até certo ponto, ele tem que saber superar, e de tudo isso ele tem que saber se distanciar para cumprir com seu dever. Diz-se que para esta finalidade se lhe deve assegurar, por um lado, a independência econômica e, por outro lado, a independência administrativa. (CARNELUTTI, BASSI - trad., 2004, p. 123)

A imparcialidade, embora seja sempre desejada, não é alcançada em todos os julgamentos, sejam eles na seara administrativa ou na judicial. Contudo, isso não significa que não existam meios capazes de auxiliar sua presença. A Comissão processante, por exemplo, tem independência funcional para o desempenho de seus trabalhos²⁸ e deve ser preferencialmente composta por servidores lotados em localidade diversa daquela em que o suposto fato ilícito ocorreu (COUTO, 2014, p. 147).

²⁸ Lei nº 9.784/99:

Art. 150. A Comissão exercerá suas atividades com independência e imparcialidade, assegurado o sigilo necessário à elucidação do fato ou exigido pelo interesse da administração.

Parágrafo único. As reuniões e as audiências das comissões terão caráter reservado

A própria submissão do processo administrativo aos princípios processuais constitucionais é uma clara tentativa de assegurar que o seu desenrolar se dê da melhor forma possível. De qualquer maneira, nenhum ato administrativo é incontestável, podendo ser questionado não só perante a Administração como também perante um órgão judicial, o que afasta qualquer argumento que se pretenda contrário à tomada de decisão e à imposição de sanção pelo Poder Público que interfira diretamente na esfera jurídica de seu servidor.

Em verdade, ao expressamente expandir o universo de incidência dos princípios processuais constitucionais, a Lei Maior abriu novos horizontes ainda carentes de uma análise mais profunda por parte da doutrina e jurisprudência pátria, que devem fazer um *"exercício de prospecção quanto às possíveis influências que o instituto, alargado em suas fronteiras, produzirá em favor do aperfeiçoamento da ordem jurídico-constitucional que se almeja modelante do Estado Democrático de Direito"* (PEREIRA JÚNIOR, 1991, p. 1).

É com esse ideal mais acessível a mudanças e aberto a novas práticas que se deve continuar a ler esse trabalho, afinal, como muito bem pontuado por José Torres Pereira Júnior (1991, p. 43), o Estado Democrático de Direito *"será o que a sociedade civil for capaz de construir, antes, além e acima do espectro estatal. O direito à defesa é peça vital e insubstituível para o desenvolvimento dessa capacidade de nutrir a democracia, daí ser presença obrigatória em todas as relações de poder, envolventes ou não do Estado"*.

3.5. DAS PREMISSAS BÁSICAS ACERCA DO PROCESSO ADMINISTRATIVO EM GERAL

A partir da explanação feita, destacam-se as seguintes premissas, que deverão nos acompanhar no decorrer desse estudo:

- (1) Processo administrativo e procedimento administrativo são expressões que não se confundem, sendo certo que aquela primeira se consubstancia na relação jurídica enquanto essa última se refere à forma de realização do processo;
- (2) A Lei nº 9.784/99 dispõe sobre o procedimento a ser observado quando da instauração e do julgamento de determinado processo administrativo;
- (3) A Constituição Federal de 1988 dispensou tratamento específico à Administração Pública (constitucionalização do Direito Administrativo), explicitando a necessidade de observância aos princípios do contraditório e da ampla defesa também nos processos administrativos;
- (4) O processo administrativo de que trata a Lei nº 9.784/99 não se diferencia muito daquele que é processado e julgado perante um órgão do Poder Judiciário;
- (5) O processo administrativo comporta várias espécies, dentre as quais se destaca o processo administrativo disciplinar, destinado à apuração da responsabilidade do servidor por infrações praticadas no exercício de suas atribuições;
- (6) Ao declarar e realizar o direito por meio dos processos administrativos, o Estado, quando de sua consecução, estará se utilizando de seu poder atípico de órgão jurisdicional;
- (7) O fato de as relações jurídicas material e processual serem protagonizadas pelos mesmos atores (Administração e administrado) não é capaz de desacreditar o processo administrativo, haja vista que a legislação pátria dispõe de meios para evitar e para neutralizar a parcialidade e a arbitrariedade; e
- (8) O processo administrativo é uma das formas de que dispõe o Poder Público para a implementação do Estado Democrático de Direito.

CAPÍTULO IV: DO PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR E DAS MEDIDAS DE URGÊNCIA

O espírito jurídico de um país se descobre, observando em que ponto da evolução da ideia de justiça se concentrou principalmente a sua atenção, porque os códigos pouco valem, só têm valor subjetivo e devem ser interpretados pelo homem.

Ángel Ganivet

Depois de assentados alguns conceitos essenciais relativos às medidas de urgência e ao processo administrativo, com especial destaque para o disciplinar, e, lembre-se, mantendo a mente aberta para novas possibilidades, é que se passa a estudar o cerne deste trabalho e a se defender a tese levantada páginas atrás, que admite a tutela cautelar e antecipada em um processo cujo desenrolar se dê na seara administrativa.

E o raciocínio ora aplicável se assemelha àquele utilizado em sede judicial, e, portanto, já exposto aqui. Em estando presentes os requisitos elencados como necessários para a concessão de medidas de urgência, a princípio, não haveria maiores implicações e/ou impedimentos para o seu deferimento no processo administrativo disciplinar.

Ocorre que a Administração Pública está submetida ao princípio da legalidade, o que significa dizer, ao menos em seu conceito clássico, que só está autorizada a fazer ou a deixar de fazer alguma coisa em virtude de lei. Mas não há nenhum dispositivo legal que seja suficientemente abrangente a ponto de resguardar o Poder Público e lhe dar segurança bastante para atuar no sentido que se defende.

E é justamente essa a grande barreira que deve ser ultrapassada para que seja possível concluir favoravelmente ao problema de pesquisa posto.

4.1. DA NECESSÁRIA REVISITAÇÃO DO CONCEITO DE PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

José dos Santos Carvalho Filho, referência quando se fala em Direito Administrativo, esclarece que

O princípio da legalidade é certamente a diretriz básica da conduta dos agentes da Administração. Significa que toda e qualquer atividade administrativa deve ser autorizada por lei. Não o sendo, a atividade é ilícita. Tal postulado, consagrado após séculos de evolução política, tem por origem mais próxima a criação do Estado de Direito, ou seja, do Estado que deve respeitar as próprias leis que edita. (CARVALHO FILHO, 2003, p. 13/14)

A grande importância do mencionado postulado é inquestionável, afinal, o Texto Constitucional fez questão de trazê-lo expresso no *caput* de seu art. 37²⁹. Além da previsão na Carta Magna, o princípio da legalidade está ainda contido no art. 2º, *caput*, da Lei nº 9.784/99 e é reforçado no inciso I do parágrafo único desse mesmo dispositivo legal³⁰, dando a dimensão de sua influência sob o atuar da Administração.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2004, p. 67) o vê como uma garantia de respeito aos direitos individuais, de maneira que a vontade da Administração Pública é aquela que decorre da lei, e não há como se duvidar dessa afirmação. Todavia, como adverte Gustavo Binenbojm (2001, p. 10), a missão da jurisdição constitucional é interferir a favor da democracia, e não contra ela.

²⁹Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

(...).

³⁰ Art. 2º. A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de:

I - atuação conforme a lei e o Direito;

(...).

Disso infere-se que o conceito clássico de legalidade precisa ser imediatamente revisto, pois, a continuar a ser interpretado e aplicado da forma como está, acaba levando, ironicamente, à perpetuação de inquestionáveis ilegalidades. Ao atualizar um clássico de Seabra Fagundes, o próprio Gustavo Binenbojm abre um parênteses para tratar desse tema, sendo sua transcrição neste estudo indispensável. Conforme destaca,

Atualmente, a doutrina empenha-se a definir novos contornos para o princípio da legalidade, além de buscar novas formas de legitimação da atividade administrativa. É que, por uma gama de razões, a lei perdeu o seu caráter sacrossanto, tendo legitimado grandes injustiças e monstruosas barbáries. Em verdade, a crença de que "onde está a lei escrita, não pode haver arbítrio" carece de revisão.

O que se verifica é que a visão liberal clássica de legalidade (da qual decorre a concepção de M. SEABRA FAGUNDES) perdeu importância porque, dentre outros motivos, descambou para aspectos meramente formais, tendo o Direito se afastado da consecução da justiça e de outros valores e se fechando em miudezas quanto à forma, dentro de uma concepção de que "a lei contém todo o direito". Em dura crítica a essa concepção formalista, EROS ROBERTO GRAU afirma que a legalidade é muitas vezes tomada como um "mito", um "discurso ideológico", que "retém o estudioso do direito em um universo de 'dever ser' axiologicamente neutralizado". Propugna-se, em última análise, pela superação do modelo de Estado de Direito formal, em benefício da consolidação de um Estado de Direito material. É assim que EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA pontua que "*Estado de derechos, pues, para la Constitución, bastante más que un mecanismo formal resuelto en una simple legalidad; és una inequívoca proclamación de valores superlegales y de su valor vinculante directo*". (FAGUNDES, 2006, p. 118, N. A.: DOUT. 1)

José Torres (1991, p. 26/27), bem antes de Binenbojm, parecia concordar com esse raciocínio, pois, ao enfatizar a desigualdade da correlação de forças entre o Poder Público e o cidadão, indicou a necessidade de restauração do equilíbrio inerente ao sistema jurídico democrático, o que, para ele, deve ser feito através da "*proclamação dos direitos fundamentais do indivíduo e pela adoção dos instrumentos que lhe garantem a fiel observância*".

Veja-se, e a advertência é de Juarez Freitas (2009, p. 72), que "*o princípio da legalidade só experimenta significado na interação com os demais princípios e direitos fundamentais*". Assim é que ver o Direito Administrativo na exclusiva e confortável situação de ser "*um mero conjunto de regras legais seria subestimar, de forma ruínoza, a complexidade do fenômeno jurídico-administrativo*".

Por tudo isso e pelos demais argumentos que ainda serão levantados, a posição defendida nessa dissertação se volta para a possibilidade de concessão de medidas de urgência no processo administrativo disciplinar, não obstante inexistir previsão legal expressa/explicitamente sentido, ao menos não com a amplitude desejável e necessária.

Mesmo porque, como muito bem pontuado por EgonBockmann Moreira (2010, p. 22), "*a relevância prática deste estudo reside em que o processo administrativo deve ser compreendido como importante instrumento de direito-garantia fundamental e da participação democrática dos cidadãos frente à Administração Pública*". E, para tanto, deve-se ter cuidado para que não prevaleça no setor público o "*império do medo*", a (supostamente) justificar a adoção de regras flagrantemente inconstitucionais (FREITAS, 2009, p. 31).

4.2. DA PREVISÃO DO ARTIGO 45 DA LEI Nº 9.784/99

Conforme dantes mencionado, a Lei do Processo Administrativo Federal traz, em seu art. 45, a possibilidade de a Administração Pública adotar providências acauteladoras, *inaudita altera pars*, desde que esteja diante de risco iminente e que profira decisão motivada.

Em julgamento proferido pelo Tribunal Regional Federal da 5ª Região, faz-se uma análise, a partir desse dispositivo legal, acerca da possibilidade – e, como ressalta o acórdão, obrigatoriedade – de adoção de medidas cautelares também no processo administrativo. Por oportuno, segue:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. REMESSA EX OFFICIO, APELAÇÃO E RECURSO ADESIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. PRELIMINARES. REJEIÇÃO. TEORIA DA ULTRA-ATIVIDADE DO JULGAMENTO DE AGRAVO DE INSTRUMENTO. SUSPENSÃO DOS EFEITOS DA SENTENÇA CONCESSIVA DA ORDEM. CONTRATO ADMINISTRATIVO. CONSTRUÇÃO DE INFRAESTRUTURA BÁSICA DE IRRIGAÇÃO DO PROJETO TABULEIRO DE RUSSAS (2ª ETAPA). ANÁLISE ECONÔMICA DEMONSTRATIVA DE SUPERFATURAMENTO (DIFERENÇA DE MUITOS MILHÕES DE REAIS EM DESFAVOR DOS COFRES PÚBLICOS). ATUAÇÃO DOS ÓRGÃOS DE CONTROLE (CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO E TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO). RETENÇÃO ADMINISTRATIVA DE PAGAMENTOS. MEDIDA ACAUTELATÓRIA. LEI Nº 9.784/1999 (ART. 45). SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO SOBRE O PRIVADO. PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO EM CURSO PARA O REDIMENSIONAMENTO DA RELAÇÃO CONTRATUAL. NÃO EFETIVAÇÃO DE ALTERAÇÃO UNILATERAL PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DA CLÁUSULA DE PREÇO DO CONTRATO. INOCORRÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL E SEUS CONSECUTÓRIOS (AMPLA DEFESA E CONTRADITÓRIO). NÃO AFETAÇÃO DA SEGURANÇA JURÍDICA E DA BOA-FÉ CONTRATUAL. INEXISTÊNCIA DE PROTEÇÃO JURÍDICA A SOBREPREÇO. VINCULAÇÃO DO AGENTE PÚBLICO À MORALIDADE, À LEGALIDADE E À EFICIÊNCIA.

(...)

5. É certo que, nos idos de 2009, a impetrante havia manejado mandado de segurança, objetivando impedir retenções de pagamentos decorrentes da execução do mesmo contrato em comento (nº PGE 045/2002), determinadas pela mesma autoridade apontada como coatora neste feito, através dos Ofícios nº 28/2009 e 33/2009, no pertinente aos valores praticados para tubos de ferro dúctil. Contra a sentença concessiva da ordem, o DNOCS recorreu, sustentando a superveniente falta de interesse processual, considerando-se que o ato guerreado havia sido revogado pela autarquia, através do Ofício nº 49/2009, argumento que foi acatado pelo TRF5, com a extinção do writ sem resolução de mérito. De se destacar a razão da revogação explicitada à época: segundo o DNOCS a medida revogatória ocorreu "após melhor análise sobre as providências necessárias ao alinhamento dos preços praticados no contrato público em comento" (ou seja, a toda evidência, o DNOCS não afirmou que os preços praticados estavam de conformidade com os de mercado, não afastou a constatação de superfaturamento, nem renunciou ao poder-dever de sanar a grave

ilegalidade apurada, mormente porque tal achado foi resultado, fundamentalmente, da atuação da CGU e se está cuidando de direito indisponível; a autarquia apenas indicou estar ponderando sobre as medidas a adotar frente à constatação de sobrepreço, que, portanto, corroborou). Se a situação instalada em 2009, para o DNOCS, ainda exigia reflexão, quanto às providências a adotar ante o sobrepreço descoberto pela CGU, esse panorama mudou em 2011/2012, quando, aos achados da CGU, se somaram as conclusões de grupo de trabalho instituído pelo Ministério da Integração Nacional, que apurou superfaturamento da ordem de mais de R\$20.000.000,00, bem como diante do pronunciamento do TCU, cujos técnicos apuraram, inicialmente, um sobrepreço da ordem de quase R\$12.000.000,00. Esses novos elementos evidenciaram a imprescindibilidade da medida administrativa de retenção. À época, inclusive, o TCU deixou de determinar medida acautelatória, porque o DNOCS já havia paralisado, cautelarmente, a execução do contrato, não porque, ressalte-se, tivesse considerado a providência inapropriada, sobretudo diante da expressividade dos valores apurados como indevidos. Por conseguinte, não se sustenta a tese autoral de que a nova ordem administrativa de retenção, que ensejou este novo mandado de segurança, configuraria ofensa à segurança jurídica e à boa-fé contratual, porque descompassadas da postura adotada pelo DNOCS no writ primeiro. A autarquia não adotou qualquer medida, administrativa ou processual, da qual se pudesse extrair que deixaria de impor nova retenção, a partir dos desdobramentos e do aprofundamento da investigação sobre os fatos telados.

6. Estão em curso os procedimentos administrativos acerca das fundadas suspeitas de superfaturamento, segundo apurado pela CGU, Ministério da Integração Nacional e TCU (cf., na Corte de Contas Federal, os TC 013.549/2011-1 e 028.869/2011-7, além dos Acórdãos 990/2012 e 2138/2013). O fato de não ter sido comunicado ainda um desfecho - o que se justifica pela complexidade da discussão instalada - não impede que a Administração Pública adote medidas cautelares de preservação do interesse público. O ordenamento jurídico nacional tem previsão expressa nesse sentido, conferindo às autoridades administrativas o poder de determinar, de modo cautelar, inclusive inaudita altera par, a suspensão de procedimentos que estejam colocando em risco a coisa pública. "Em caso de risco iminente, a Administração Pública poderá motivadamente adotar providências acauteladoras sem a prévia manifestação do interessado" (art. 45 da Lei nº 9.784/1999). A par dessa regra, não se olvidem os princípios regentes da Administração Pública, constitucionalmente garantidos

(legalidade, moralidade e eficiência, fundamentalmente). Em verdade, a não adoção de medidas como a presentemente em debate sujeitaria o agente público omissor a responder por sua inação, administrativa, civil e penalmente. Adicione-se que a adoção de medidas cautelares integra o devido processo legal, de modo que não tem sustentação a tese da impetrante de que esse preceito foi desconsiderado, nem de que teria havido a injurídica alteração unilateral da cláusula de preço do contrato pela Administração Pública (o superfaturamento está em discussão e estão sendo cogitadas, a priori, duas medidas, quais sejam a repactuação ou o desfazimento da relação contratual).

7. Os documentos coligidos aos autos, seja os pertinentes aos procedimentos administrativos no âmbito do DNOCS, seja os atinentes aos instaurados no TCU, demonstram que a empresa impetrante tem sido constantemente instada a se pronunciar sobre os achados alusivos ao superfaturamento, a se manifestar sobre a possibilidade de renegociação dos valores contratuais, a defender os seus interesses - fato que ela mesma historia e confirma -, o que evidencia que estão sendo respeitados os princípios da ampla defesa e do contraditório.

8. Pelo provimento da remessa oficial e do recurso adesivo do DNOCS e pelo desprovimento da apelação da impetrante.

(TRF-5 - REEX: 136004220124058100, Relator: Desembargador Federal Francisco Cavalcanti, Data de Julgamento: 27/03/2014, Primeira Turma, Data de Publicação: 03/04/2014) – sem destaques no original

Como se lê acima, uma determinada empresa foi contratada pelo Poder Público para efetuar a segunda etapa da construção de infraestrutura básica de irrigação do Projeto Tabuleiro de Russas. Ocorre que, no desenrolar da obra, verificou-se um superfaturamento do preço capaz de ocasionar prejuízo de milhões de reais aos cofres públicos.

Pois bem. A partir do momento em que esse fato chegou ao conhecimento da Administração Pública, ela tem o dever, sob pena de responsabilidade administrativa, civil e penal dos agentes que assim não o fizerem, de dar início a um processo administrativo, convocando a empresa a prestar esclarecimentos, ou melhor, a se defender, respeitando, assim, os princípios do contraditório e da ampla defesa. Mas não só.

Essa situação fática, considerando a presença do *periculum in mora*, da plausibilidade das alegações, da reversibilidade da medida e do interesse público primário presente, leva ao imediato bloqueio dos valores ainda não repassados à contratada, até que se apure, de forma definitiva, se a obra está realmente superfaturada. Tem-se, aqui, uma medida de urgência, de natureza cautelatória, cuja adoção se impõe ante as circunstâncias fáticas apresentadas e que foi concedida com base na previsão do art. 45 da Lei nº 9.784/99.

A princípio, e a partir de uma leitura rápida desse dispositivo legal, poder-se-ia imaginar, como inclusive leva a crer o Tribunal Regional Federal da 5ª Região, que estaria aqui a resposta para todos os questionamentos levantados, mas ousa-se discordar de tal pensamento. Essa norma é mais um dos argumentos que, somados àqueles sobre os quais se irá discorrer adiante, é capaz de sustentar o deferimento da tutela de urgência na seara administrativa. Não apenas a cautelar, a que se refere o professor Carvalho Filho (2013, p. 217/218), mas também a antecipatória de mérito.

É preciso levar em consideração que não é o simples uso de palavras próximas que garante a completude do direito. Explica-se melhor, o fato do artigo em questão se utilizar da expressão "providências acauteladoras" não é capaz de traduzir e de garantir, por si só, toda a gama de medidas pertencentes ao conceito de tutela de urgência.

Diz-se isso porque o art. 45 da Lei nº 9.784/99 não é muito claro em sua intenção, possuindo redação vaga, e, até certo ponto, perigosa e traiçoeira, como se confere abaixo:

Art. 45. Em caso de risco iminente, a Administração Pública poderá motivadamente adotar providências acauteladoras sem a prévia manifestação do interessado.

O referido dispositivo legal acaba insinuando que as providências acauteladoras nele mencionadas dependeriam unicamente da existência de risco de dano e que seriam utilizadas em favor da Administração apenas, sem muito critério com relação

ao que seria interesse da Administração enquanto pessoa jurídica e enquanto representante da sociedade, com o que não se pode concordar.

Conforme já dito, e essa ideia será reforçada adiante, a tutela de urgência pressupõe não apenas o perigo de dano, mas também e em igual medida, a plausibilidade jurídica da tese defendida por aquele que irá dela se beneficiar. Além disso, as circunstâncias fáticas deverão de ser minimamente demonstradas e verificada a possibilidade de reversibilidade do provimento, ou, excepcionalmente, a de reparação dos danos causados pela eventual concessão de determinada medida urgente.

Na verdade, a partir de uma leitura do Manual de Processo Administrativo Disciplinar e do Manual Prático de Processo Administrativo Disciplinar, ambos da Controladoria Geral da União, observa-se que essas providências acauteladoras são tratadas pelo Poder Público como uma espécie de diligência da qual se pode lançar mão na fase instrutória do processo.

Nesse contexto, portanto, as providências acauteladoras de que trata o art. 45 da Lei nº 9.784/99 são nada mais do que *“atos da comissão na busca da elucidação do fato, mediante verificações ou vistorias que podem ser realizadas pelos próprios integrantes da comissão, não requerendo a especialidade de um perito ou técnico”* (Manual de Prático de Processo Administrativo Disciplinar da CGU, p. 57).

Esclarecem, pois, os elaboradores do citado Manual que

“[...] as diligências realizadas na repartição, devidamente notificadas ao acusado na forma descrita anteriormente, independentemente de autorização judicial, podem acarretar na requisição ou na apreensão de documentos, objetos, bens e equipamentos em geral e, mais especificamente, microcomputadores e mídias eletrônicas com dados gravados, de propriedade ou posse do Órgão e que, motivadamente, possam interessar à elucidação dos fatos.” (Manual Prático de Processo Administrativo Disciplinar da CGU, p. 58)

Por tais razões é que não se enxerga nesse artigo a solução (ao menos não completamente) para o problema levantado, não obstante se mostre ele como forte argumento a favor da possibilidade ora defendida. Como visto, ele não é capaz de, sozinho, garantir toda a amplitude inerente ao universo das medidas de urgência.

4.3. DOS DEMAIS DISPOSITIVOS DE LEI CAPAZES DE FORTALECER A TESE DEFENDIDA

Alguns outros dispositivos legais, que não estão exatamente contidos nas Leis nº 8.112/90 e nº 9.784/99 (que são as que de fato se buscou analisar), reforçam a ideia de que a Administração Pública precisa dispor de uma certa margem de liberdade para conduzir seus processos, em especial os de natureza sancionadora, dada a gravidade e a seriedade das consequências que podem dali advir.

O primeiro deles é o art. 84 da Lei nº 12.529/11, que estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa de Concorrência, o qual, em seu *caput*, admite a adoção de medida preventiva *“quando houver indício ou fundado receio de que o representado, direta ou indiretamente, cause ou possa causar ao mercado lesão irreparável ou de difícil reparação, ou torne ineficaz o resultado final do processo”*.

De igual modo, cita-se a Lei nº 12.846/13, que *“dispõe sobre a responsabilização objetiva administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira”* (art. 1º). Em seu art. 10, §2º, possibilita-se à autoridade instauradora suspender cautelarmente *“os efeitos do ato ou processo objeto da investigação”*.

Também a Lei nº 3.258/57, que estabelece regras inerentes aos Conselhos de Medicina, embora não se utilize da expressão “medida cautelar” ou de suas correlatas, prevê a possibilidade de que seja imediatamente adotada a penalidade mais grave (a saber, cassação do exercício profissional) quando a situação concreta o exigir, ainda que exista processo administrativo pendente de análise. Segue a literalidade da lei:

Art . 22. *Omissis*.

(...)

§ 1º Salvo os casos de gravidade manifesta que exijam aplicação imediata da penalidade mais grave a imposição das penas obedecerá à gradação deste artigo.

(...)

Em interessante julgamento, o Tribunal Regional Federal da 2ª Região considerou legal a interdição cautelar de determinada médica acusada de causar lesões corporais em pacientes pelo Conselho Regional de Medicina, ponderando, justamente, sobre o dispositivo legal acima mencionado, senão vejamos:

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA. PROCESSO ÉTICO DISCIPLINAR. INTERDIÇÃO CAUTELAR DE MÉDICA. LESÕES CORPORAIS EM PACIENTES. PROCEDIMENTO DE “LIPO LIGHT.

1. No exercício do regular poder de polícia conferido aos Conselhos Profissionais, incumbe ao Conselho Regional de Medicina, a teor do disposto no art. 2º da Lei 3.268/57, fiscalizar a classe médica, zelando pelo desempenho ético da medicina.

2. Face à gravidade dos fatos levados ao conhecimento do Conselho Regional de Medicina de que a impetrante estaria causando lesões corporais graves em suas pacientes através de procedimento não reconhecido pela autarquia, denominado lipo light” e diante do tempo que demanda a ulitimação do processo disciplinar, a interdição cautelar da médica é medida razoável de proteção à saúde e integridade física da coletividade.

3. O art. 22, § 3º, da Lei 3.268/57 assegura a prévia oitiva do denunciado quando da aplicação de penalidades pelo Conselho de Medicina, não havendo tal previsão quando da imposição de medidas cautelares, que, por sua característica de provisoriedade, não impõem necessariamente a prévia oitiva do interessado, que tem a oportunidade de ofertar defesa no curso do processo disciplinar.

4. Se há previsão legal, insculpida no art. 22, § 1º da Lei 3.268/57, autorizando o Conselho de Medicina a, em casos de manifesta gravidade, aplicar imediatamente a pena de cassação definitiva do exercício profissional, com muito mais razão tem a autarquia atribuição para suspender cautelarmente o exercício da profissão pela impetrante.

5. Ausente a previsão de providências cautelares na lei que trata dos procedimentos disciplinares dos Conselhos de Medicina nada impede que se utilize subsidiariamente a Lei 9.784/99, que dispõe sobre o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal e, em seu art. 45, dispõe que pode a Administração, em caso de risco iminente, adotar medidas acauteladoras sem a prévia manifestação do interessado.

6. Recurso desprovido.

(TRF-2 - AMS: 66329 RJ 2006.50.01.003753-4, Relator: Desembargador Federal MARCELO PEREIRA/no afast. Relator, Data de Julgamento: 21/10/2008, OITAVA TURMA ESPECIALIZADA, Data de Publicação: DJU - Data: 28/10/2008 - Página: 234/235)

Já o Decreto nº 59.310/66, que estabelece o Regime Jurídico dos funcionários Policiais Civis do Departamento Federal de Segurança Pública e da Polícia do Distrito Federal, traz a hipótese de suspensão preventiva³¹ do servidor investigado, que em muito se assemelha com o afastamento preventivo de que trata o art. 147 da Lei nº 8.112/90.

No Regimento Interno do Tribunal de Contas da União (Resolução nº 246/11), por exemplo, há todo um título destinado às medidas cautelares (artigos 273 a 276³²),

³¹ Art. 393. A suspensão preventiva, que não excederá de noventa dias, será ordenada pelo Diretor-Geral do Departamento Federal de Segurança Pública ou pelo Secretário de Segurança Pública do Distrito Federal, conforme o caso, desde que o afastamento do funcionário policial seja necessário, para que este não venha a influir na apuração da transgressão disciplinar.

Parágrafo único. Nas faltas em que a pena aplicável seja a de demissão, o funcionário poderá ser afastado do exercício de seu cargo, em qualquer fase do processo disciplinar, até decisão final.

Art. 394. O funcionário policial terá o direito:

I – à contagem do tempo de serviço relativo ao período em que tenha estado preso ou suspenso preventivamente, quando do processo não houver resultado pena disciplinar ou esta se limitar à repressão;

II – à contagem do período de afastamento que exceder do prazo de suspensão disciplinar aplicada;

III – à contagem do período de prisão administrativa ou suspensão preventiva e ao pagamento do vencimento e de todas as vantagens do exercício, desde que reconhecida a sua inocência.

³² Art. 273. No início ou no curso de qualquer apuração, o Plenário, de ofício, por sugestão de unidade técnica ou de equipe de fiscalização ou a requerimento do Ministério Público, determinará, cautelarmente, nos termos do art. 44 da Lei nº 8.443, de 1992, o afastamento temporário do responsável, se existirem indícios suficientes de que, prosseguindo no exercício de suas funções,

possa retardar ou dificultar a realização de auditoria ou inspeção, causar novos danos ao erário ou inviabilizar o seu ressarcimento.

Parágrafo único. Será solidariamente responsável, conforme o § 1º do art. 44 da Lei nº 8.443, de 1992, a autoridade superior competente que, no prazo fixado pelo Plenário, deixar de atender à determinação prevista no caput.

Art. 274. Nas mesmas circunstâncias do artigo anterior, poderá o Plenário, sem prejuízo das medidas previstas nos arts. 270 e 275, decretar, por prazo não superior a um ano, a indisponibilidade de bens do responsável, tantos quantos considerados bastantes para garantir o ressarcimento dos danos em apuração, nos termos do § 2º do art. 44 da Lei nº 8.443, de 1992.

Art. 275. O Plenário poderá solicitar, por intermédio do Ministério Público junto ao Tribunal, na forma do inciso V do art. 62, à Advocacia-Geral da União ou, conforme o caso, aos dirigentes das entidades que lhe sejam jurisdicionadas, as medidas necessárias ao arresto dos bens dos responsáveis julgados em débito, devendo ser ouvido quanto à liberação dos bens arrestados e sua restituição, nos termos do art. 61 da Lei nº 8.443, de 1992.

Art. 276. O Plenário, o relator, ou, na hipótese do art. 28, inciso XVI, o Presidente, em caso de urgência, de fundado receio de grave lesão ao erário, ao interesse público, ou de risco de ineficácia da decisão de mérito, poderá, de ofício ou mediante provocação, adotar medida cautelar, com ou sem a prévia oitiva da parte, determinando, entre outras providências, a suspensão do ato ou do procedimento impugnado, até que o Tribunal decida sobre o mérito da questão suscitada, nos termos do art. 45 da Lei nº 8.443, de 1992.

§ 1º O despacho do relator ou do Presidente, de que trata o caput, bem como a revisão da cautelar concedida, nos termos do § 5º deste artigo, será submetido ao Plenário na primeira sessão subsequente.

§ 2º Se o Plenário, o Presidente ou o relator entender que antes de ser adotada a medida cautelar deva o responsável ser ouvido, o prazo para a resposta será de até cinco dias úteis.

§ 3º A decisão do Plenário, do Presidente ou do relator que adotar a medida cautelar determinará também a oitiva da parte, para que se pronuncie em até quinze dias, ressalvada a hipótese do parágrafo anterior.

§ 4º Nas hipóteses de que trata este artigo, as devidas notificações e demais comunicações do Tribunal e, quando for o caso, a resposta do responsável ou interessado poderão ser encaminhadas por telegrama, fac-símile ou outro meio eletrônico, sempre com confirmação de recebimento, com posterior remessa do original, no prazo de até cinco dias, iniciando-se a contagem do prazo a partir da mencionada confirmação do recebimento.

§ 5º A medida cautelar de que trata este artigo pode ser revista de ofício por quem a tiver adotado ou em resposta a requerimento da parte.

§ 6º Recebidas eventuais manifestações das partes quanto às oitivas a que se referem os parágrafos anteriores, deverá a unidade técnica submeter à apreciação do relator análise e proposta tão somente quanto aos fundamentos e à manutenção da cautelar, salvo quando o estado do processo permitir a formulação imediata da proposta de mérito.

dentro do qual se fala no afastamento preventivo do servidor, e, de maneira mais ampla, na adoção de medidas cautelares de forma geral.

Veja-se que, especificamente acerca da previsão do art. 276 do referido Regimento Interno, o Supremo Tribunal Federal já teve oportunidade de se manifestar, confirmando a legitimidade da Corte de Contas para deferir medidas dessa natureza. Por oportuno, segue:

PROCEDIMENTO LICITATÓRIO. IMPUGNAÇÃO. COMPETÊNCIA DO TCU. CAUTELARES. CONTRADITÓRIO. AUSÊNCIA DE INSTRUÇÃO.

1- Os participantes de licitação têm direito à fiel observância do procedimento estabelecido na lei e podem impugná-lo administrativa ou judicialmente. Preliminar de ilegitimidade ativa rejeitada.

2- Inexistência de direito líquido e certo. O Tribunal de Contas da União tem competência para fiscalizar procedimentos de licitação, determinar suspensão cautelar (artigos 4º e 113, § 1º e 2º da Lei nº 8.666/93), examinar editais de licitação publicados e, nos termos do art. 276 do seu Regimento Interno, possui legitimidade para a expedição de medidas cautelares para prevenir lesão ao erário e garantir a efetividade de suas decisões).

3- A decisão encontra-se fundamentada nos documentos acostados aos autos da Representação e na legislação aplicável.

4- Violação ao contraditório e falta de instrução não caracterizadas. Denegada a ordem.

(STF - MS: 24510 DF , Relator: Min. ELLEN GRACIE, Data de Julgamento: 19/11/2003, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 19-03-2004 PP-00018 EMENT VOL-02144-02 PP-00491 RTJ VOL-00191-03 PP-00956)

Por fim, calha mencionar a Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/92), que, em seu art. 16, esclarece que, em *“havendo fundados indícios de responsabilidade, a comissão representará ao Ministério Público ou à procuradoria do órgão para que requeira ao juízo competente a decretação do sequestro dos bens do agente ou terceiro que tenha enriquecido ilicitamente ou causado dano ao patrimônio público”*.

Muito embora a Lei nº 8.429/92 exija uma prévia manifestação/autorização do Judiciário para a adoção da medida de urgência a que seu art. 16 faz referência, não se pode negar sua importância para a tese que se defende nesse estudo.

Como já dito acima, os dispositivos legais a que se fez menção nesse tópico não são, a nosso ver, postos que limitados, a solução para o problema de pesquisa posto, mas reforçam a indissociável relação que existe entre todo e qualquer processo (donde se inclui o administrativo) e a efetividade, a garantir o resguardo dos direitos ao máximo, o que inclui dizer, o mais rápido possível e da melhor forma possível.

4.4. DOS ARGUMENTOS FAVORÁVEIS À CONCESSÃO DE MEDIDAS DE URGÊNCIA NO ÂMBITO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO

Após todas essas considerações, a pergunta que deve ser respondida diz respeito à (in)existência de base legal e constitucional capaz de sustentar a possibilidade que se defende, e mais, de resguardar a Administração dela mesma e do controle exercido pelos demais Poderes sobre suas ações em caso de eventuais questionamentos.

4.4.1. Do princípio da juridicidade

A saída, ou ao menos parte dela, está no princípio da juridicidade, o qual prega, de maneira bastante genérica, a vinculação (*in casu*, da atuação do Estado) ao Direito em sua globalidade, e não apenas à lei.

Ao discorrer sobre a superação (ou reforma) dos paradigmas tradicionais para alterar "*a qualidade das relações entre Administração e administrado*", de maneira a garantir o respeito à dignidade humana e aos direitos fundamentais, o atual Ministro do Supremo Tribunal Federal, Luis Roberto Barroso (2011, p. 398/400), trata acerca da vinculação do administrado e da Administração à Constituição, e não somente à lei ordinária.

Segundo entende, resta superada a "*ideia restrita de vinculação positiva do administrador à lei, na leitura convencional do princípio da legalidade*". Para ele, o administrador deve encontrar autorização para agir na própria Carta da República, ainda que, na situação enfrentada, não tenha o legislador ordinário feito qualquer manifestação. "*O princípio da legalidade transmuda-se, assim, em princípio da*

constitucionalidade ou, talvez mais propriamente, em princípio da juridicidade, compreendendo sua subordinação à Constituição e à lei, nessa ordem" (BARROSO, 2011, p. 398/400).

Quem também defende essa necessidade de vinculação da Administração Pública ao ordenamento jurídico como um todo, o que vem a ser, exatamente, o princípio da juridicidade, é Gustavo Binbenbim (FAGUNDES, 2006, p. 119, N. A.: DOUT.1); em sua concepção, essa nova visão reforça a ascensão do constitucionalismo, pois engloba princípios e valores magnos. Com maestria, leciona ele que

A legalidade formal não basta. É assim que, conforme PAULO OTERO, a "juridicidade administrativa traduz uma legalidade mais exigente, revelando que o poder público não está apenas limitado ao direito que cria, encontra-se também condicionado por normas e princípios cuja existência e respectiva força vinculativa não se encontram na disponibilidade desse mesmo poder. [...] Poderá mesmo afirmar-se, por consequência, que num Estado de Direito material [...], o princípio da legalidade administrativa converteu-se em princípio da juridicidade [...], falando-se em Estado de juridicidade". (FAGUNDES, 2006, p. 119, N. A.: DOUT. 1)

Ao questionar a atuação dos agentes públicos, que simplesmente acatam as "*normas contidas em regras*", ao invés de antes verificarem se violam ou não a juridicidade constitucional, Juarez Freitas (2009, p. 49) esclarece sobre a necessária mudança de paradigmas. São suas as seguintes palavras:

No passado, o controle e as leis; no presente e no futuro, o controle e os objetivos fundamentais da Constituição. O que mudou? Em vez de mera primazia das regras legais, cada vez mais no topo do sistema jurídico figuram os princípios e os direitos fundamentais, com especial destaque, no âmbito do Direito Administrativo, para o direito fundamental à boa administração pública.

Abolida, assim, a escravatura a modelos calcados apenas em regras, toma a dianteira o compromisso com a vitalidade do sistema constitucional, em cujo seio, avultam princípios, objetivos e direitos fundamentais dotados de aplicabilidade direta e imediata, sem menosprezo às regras [...]. (FREITAS, 2009, p. 30)

Como muito bem apontado por Luiz Antonio Soares Hentz (1998, p. 21), anos atrás, "*o dever estatal preexiste à lei, informado por princípios gerais de direito*", daí a imperiosa mudança de paradigma para que seja possível inculcar no administrador que sua atuação deve-se pautar não só na lei explícita, mas em todas as regras e princípios que compõem o ordenamento jurídico pátrio.

Destarte, e mais uma vez relembra-se a obrigação de adequação do direito ao contexto em que inserido, não há mais lugar para a clássica ideia de princípio da legalidade trazida por Hely Lopes Meirelles³³, por exemplo, segundo quem

Na Administração Pública não há liberdade nem vontade pessoal. Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza. A lei para o particular significa "pode fazer assim"; para o administrador público significa "deve fazer assim". (MEIRELLES, 2009, p. 89)

A verdade é que entender pela vinculação do processo administrativo (e, aí, independe se disciplinar ou não) à ordem jurídica e, especialmente, ao "modelo constitucional de processo (civil)", significa assegurar-lhe todos os princípios magnos processuais mais básicos, a exemplo do devido processo legal e da ampla defesa, esse último que, como já visto, é explicitamente mencionado pela Constituição Federal de 1988.

Apenas para evitar eventuais conflitos conceituais, válido é esclarecer que, nesse trabalho, utiliza-se a expressão "princípio da legalidade" tão somente em seu sentido estrito. Explica-se melhor.

No intuito de responder a questionamentos outros, o professor Romeu Felipe Bacelar Filho (2013, p. 164) esclarece que a legalidade possui duas vertentes, podendo ser entendida em seu sentido amplo, como conformidade com o sistema

³³ Não obstante a costumeira frase do mestre Hely Lopes Meirelles ter sido utilizada neste trabalho para se referir ao princípio da legalidade estrita (pois é como a enxergamos), a verdade é que o referido autor adota o conceito amplo de legalidade, ressaltando que o administrador público está vinculado não só à lei, como também ao bem comum e aos demais princípios administrativos (ao Direito como um todo).

jurídico como um todo (o que seria, para nós, o princípio da juridicidade), ou restrito, que aceita tão somente a lei em sentido formal (aí sim, tem-se o verdadeiro princípio da legalidade).

Cita, pois, como defensores da legalidade enquanto baliza de vinculação da Administração Pública ao ordenamento jurídico nomes como os de Lúcia Valle Figueiredo, Odete Medauear e Cármen Lúcia Antunes Rocha. Em sentido contrário, tem-se Maria Sylvia Zanella Di Pietro e o próprio autor, para quem

[...] a adoção do sentido restrito do princípio da legalidade é exigência da própria Constituição de 1988. O primeiro argumento é de ordem lógica. Ora, se o princípio da legalidade pretendesse abarcar a própria vinculação constitucional da atividade administrativa, seria inútil e totalmente despida de sentido a afirmação de outros princípios constitucionais da administração pública. Afinal, que conteúdo jurídico sobriaria para os demais? Se a Constituição coloca ao lado do princípio da legalidade os princípios da moralidade, da impessoalidade, da publicidade e da eficiência, resta subjacente que a legalidade não esgota a regulação jurídica da administração.

De outra parte, a adoção de conceito amplo faz confundir legalidade com constitucionalidade. Perverte-se a hierarquia das fontes do direito (são colocados no mesmo plano blocos distintos da pirâmide normativa) quando no sistema constitucional brasileiro estão, rigidamente, delimitados (por exemplo, na fixação do objeto do recurso extraordinário e do recurso especial). (BACELAR FILHO, 2013, p. 168)

Temos que concordar com o raciocínio desenvolvido pelo referido estudioso; o próprio *nomen iuris* que se dá ao postulado em questão restringe o seu entendimento, de maneira que serão tratados de forma diferente os princípios da legalidade e da juridicidade, sendo este último mencionado quando fizer alusão à submissão da Administração Pública ao ordenamento jurídico como um todo, e não só à lei.

Independente, porém, de qual expressão prefira o leitor se utilizar, o que precisa se ter por inquestionável é que o Poder Público deve pautar o seu atuar em qualquer das regras e princípios jurídicos que se comprometa com a efetivação e a melhoria

do Estado Democrático de Direito; afinal, essa é uma escolha de natureza formal, e, como tal, não é capaz de afastar o significado que o princípio carrega, muito menos suas consequências fáticas.

E são exatamente essas consequências, que interferem diretamente na situação controversa, que se irá analisar adiante. Isso porque, o objetivo principal da juridicidade é ampliar o campo de incidência das normas jurídicas, mas não é capaz de, por si só, justificar a concessão de medidas de urgência no processo administrativo.

O que faz o princípio da juridicidade, e em verdade só ele o pode, é remeter o intérprete da lei às demais normas – aquientendidas as regras enquanto "*relatos descritivos de determinadas condutas e aplicáveis a um conjunto delimitado de situações*" e os princípios como os "*relatos com maior grau de abstração*" (*A nova interpretação constitucional dos princípios*, BARCELLOS e BARROSO in LEITE - org., 2003, p. 109/110)– que compõem o ordenamento. E é neles que o fundamento primeiro, no sentido de mais próximo, da possibilidade que se defende nesse estudo se encontra.

4.4.2. Dos princípios do devido processo legal e da ampla defesa

Muito provavelmente o princípio processual constitucional mais comentado, ainda que (em grande parte das vezes) sem uma técnica muito precisa, é o do devido processo legal, decorrente da expressão inglesa *due process of law*. E não haveria de ser diferente, dado que todos os demais dele derivam (NERY JR., 2004, p.60).

Genericamente, o princípio do *due process of law* caracteriza-se pelo trinômio vida-liberdade-propriedade, vale dizer, tem-se o direito de tutela àqueles bens da vida em seu sentido mais amplo e genérico. Tudo o que disser respeito à tutela da vida, liberdade ou propriedade está sob a proteção da *due process clause*. (NERY JR., 2004, 63).

Subdivide-se em devido processo legal formal (*procedural due process*) e em devido processo legal material (*substantive due process*). Segundo nos ensina Adhemar

Maciel (2011), a ideia de devido processo legal material surgiu nos Estados Unidos; por pressão da *American Bar Association*(IBA), a Suprema Corte Norte-Americana posicionou-se no sentido de que, de nada adiantava uma lei ou ato normativo formalmente constitucional, se, materialmente, estivesse despido de razoabilidade. O que se busca, portanto, com o *substantive due process* é a proteção do cidadão em seu aspecto substantivo, material.

No julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.148-8/AM, o Ministro Celso de Mello, relator do caso, oportunamente destacou que o cerne do devido processo legal material *“reside na necessidade de proteger os direitos e as liberdades das pessoas contra qualquer modalidade de legislação que se revele opressiva ou, como no caso, destituída do necessário coeficiente de razoabilidade”*.

A ultrapassagem do entendimento do princípio do devido processo legal a partir de seu aspecto meramente formal significou verdadeiro avanço na busca pela proteção dos direitos constitucionais e legais dos jurisdicionados, em uma clara escolha legislativa de relevância material em detrimento do formalismo ao qual a comunidade jurídica estava acostumada.

Valiosas são as lições de Egon Bockmann Moreira a esse respeito; com palavras precisas, destaca o autor que

O adjetivo "devido" reporta-se à adequação da conduta administrativa. Atuação adequada, tal como exigida pela Constituição, é aquela que atende às expectativas mínimas de um Estado Democrático de Direito, devendo corresponder e satisfazer o que se espera de uma Administração aberta e participativa, em que se garante ao particular voz ativa, em condição de igualdade com o ente público e sem qualquer espécie de submissão e/ou supressão de expectativas.

A adequação confere ao cidadão segurança e certeza de que seus direitos serão respeitados. O processo será instalado e conduzido de maneira equitativa, com observância ao rol de garantias constitucionais e legais. O núcleo do objetivo visado pelo Estado está no prestígio à dignidade da pessoa humana, não à máquina administrativa. (MOREIRA, E., 2010, p. 296/297)

É nesse contexto de defesa do direito material que se enquadra a tutela de urgência, destinada justamente a garantir a futura efetivação do direito que o interessado alega ter. E de nada importa se esse direito está sendo defendido na esfera judicial ou na seara administrativa; o que realmente interessa é que ele seja resguardado ao máximo (o que não significa, é bom lembrar, a superação de todo e qualquer empecilho).

A relevância desse direito, ou seja, sua essência, não se altera em razão de quem o poderá declarar, se a Administração Pública ou o Poder Judiciário. O que pode, eventualmente, mudar é unicamente a condição de perpétuo desse reconhecimento, já que não há falar em coisa julgada material administrativa.

Segundo destaca Ruy Samuel Espíndola (2003, p. 271), o princípio do devido processo legal se situa também sobre o administrador e, nesse caso, sua função é a de *"assegurar o status processualis, a garantia de posições jurídicas em cada processo em que haja em um polo o administrado e em outro a Administração ou particular"*.

Mais: qualquer imposição de ônus, de supressão de bens ou direitos, com os administrados ou com os servidores e agentes políticos vinculados ao poder hierárquico ou ético-disciplinar, deverá ser mediada pelo processo, pelo processo e seu rito garantido na lei pela Constituição, já que a atividade processual não pode ser arbitrária, nem desnecessariamente formalista, nem interpretada de modo a suprimir ou enfraquecer posições jurídicas das pessoas. [...]. (ESPÍNDOLA, 2003, p. 271)

A consequência da *"renovada compreensão doutrinária e pretoriana do devido processo implica"*, nos dizeres de Juarez Freitas, na *"autêntica processualização da gestão pública, com o fortalecimento do princípio da motivação"*(FREITAS, 2009, p. 104).

De qualquer modo, o que é preciso ter claro é que o grande trunfo do princípio do devido processo legal está no fato de que, ao invés de possuir um conteúdo previamente identificado e rigidamente definido, ele *"indica o conjunto de garantias processuais a serem asseguradas à parte para a tutela de situações que acabam*

legitimando o próprio processo" (GRINOVER, A., *apud* PEREIRA JÚNIOR, 1991, p. 18).

Mas não é sóo devido processo legal que nos interessa. Também fundamenta a possibilidade de concessão de medidas de urgência no processo administrativo disciplinar o princípio da ampla defesa, que se soma ao anteriormente sopesado, até porque dele decorrente.

É de José Torres Pereira Júnior (1991, p. 12) essa conclusão; conforme entende, o princípio do *dueprocessoflaw* é o antecedente lógico universal do direito à defesa, e "*a consecutória garantia de implementação, que é a via do processo, judicial ou administrativo*". Para além disso, o direito à defesa é para ele um direito subjetivo público genérico, o que faz transparecer a necessidade de que esteja presente em todas as esferas do Estado.

Assim como seu antecessor, o princípio da ampla defesa não possuiu um conceito universal, sendo considerado por Pontes de Miranda (*apud* PEREIRA JÚNIOR, 1991, p. 13) como a garantia de um "*mínimo a ser respeitado*".

Não obstante isso, o entendimento da doutrina e jurisprudência pátria acerca desse postulado magno, é, de certa forma, restrito. Em verdade, porém, os vocábulos que compõem essa expressão (ampla defesa) deixam bem claro o escopo que ela carrega: possibilitar, por todas as formas admitidas em direito, a defesa do interessado.

Tudo aquilo que antes era explícito apenas para o processo penal, como o direito ao contraditório e à ampla defesa, através de todos os meios e recursos inerentes ao devido processo legal, agora é endereçado, em texto claro e direto, também ao processo civil, e até mesmo ao processo administrativo. Em suma, é uma garantia fundamental a de que, onde houver um processo para solucionar um litígio, seja perante a Justiça, seja perante a Administração, presente estará a garantia constitucional do *dueprocessoflaw*, em toda sua extensão. (THEODORO JR., 2011)

A ampla defesa, portanto, se manifesta como *"um instrumento para a tutela de um direito principal, sendo tida por José Afonso da Silva como uma garantia constitucional especial"* (PEREIRA JÚNIOR, 1991, p. 26).

Nas palavras de Gilberto Clementino dos Santos (2011, p. 36), o ato de se defender não se restringe ao que comumente se entende por ampla defesa e contraditório, sendo, antes disso, não só um direito, mas *"um dever patriótico, constitucional, de cidadania, de fazer valer a Carta Magna, fazer valer os direitos e garantias fundamentais"*.

Para esse mesmo caminho aponta EgonBockmann Moreira (2010, p. 335), para quem a ampla defesa abrange a *"garantia de poder defender-se e articular suas razões, [a] garantia de que essas razões serão apreciadas e levadas em conta, [a] garantia de um processo legítimo"* e, e o destaque é nosso, a *"garantia do respeito a um Estado Democrático de Direito"*.

É, ademais, a ampla defesa, uma forma de atendimento e de respeito ao interesse público, *"porquanto a Administração, decidindo depois de sopesar as razões do administrado, estará adotando postura duplamente vantajosa"*, posto que dará uma resposta jurídica de alcance social e ético, criando ainda, um *"clima de apreço aos direitos fundamentais"* e melhorando, com isso, sua credibilidade perante os cidadãos. Além do mais, poderá melhor sustentar a validade e a correção do ato praticado, caso seja chamada a responder em demanda judicial (PEREIRA JÚNIOR, 1991, p. 35).

O que importa considerar é que, *"na linha de pensamento democrático do Ocidente, nas exigências da comunidade, expressas em um sistema de direitos e deveres que vão além da primitiva defesa da mera cidadania"*, o Estado existe, e é conseqüentemente estruturado, não *"em si e por si mesmo, mas em função e em razão dos indivíduos e de seus grupos naturais"* (REALE, *apud* PEREIRA JÚNIOR, 1991, p. 42/43).

Logo, a conclusão a que se chega é de que sempre que um direito fundamental do ser humano estiver correndo o risco de sofrer algum dano (e, obviamente, desde

que observados os demais requisitos inerentes à tutela de urgência), é dever do Estado agir de maneira a tentar protegê-lo, ainda que sua tentativa seja ao final frustrada.

Veja-se que essa não é uma obrigação específica do Poder Judiciário, mas de toda e qualquer entidade estatal, que deverá lançar mão de medidas de natureza antecipatória e/ou cautelar quando diante de uma situação de possível violação a tais direitos.

Deste modo, mesmo que inexista autorização legal expressa/explicita para tanto, admitir-se o deferimento da tutela de urgência no processo administrativo, e estamos tratando especificamente do processo administrativo disciplinar, em que uma das partes interessadas é o servidor público, é medida que se impõe, sob pena de fazer cair por terra direitos processuais e agora também materiais mais básicos.

4.4.3. Do princípio da efetividade

Os princípios até agora mencionados podem ser considerados a base processual capaz de sustentar a concessão da tutela de urgência no processo administrativo, porém eles não são os únicos. Outro de importância equivalente, ou talvez até maior, já que próprio do Direito Administrativo, é o da efetividade, que compreende, pois, as noções de eficiência e eficácia.

É bastante comum a utilização desses três termos, "eficiência", "eficácia" e "efetividade", como sinônimos, mas a verdade é que cada um deles possui um significado particular. Por eficiência, por exemplo, que está expressamente prevista no texto constitucional (art. 37, *caput*³⁴) e na Lei nº 9.784/99 (art. 2º, *caput*³⁵)

³⁴ Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

(...).

³⁵ Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

entende-se a capacidade administrativa de usar produtivamente os recursos de que dispõe. Por meio dela, o que se pretende é alcançar o máximo de resultados com o mínimo de recursos.

Eficácia, por sua vez, é o vocábulo que permite relacionar os resultados pretendidos com aqueles efetivamente alcançados e diz respeito, basicamente, ao cumprimento de metas.

Nos dizeres de Juarez Freitas (2009, p. 125), *"o princípio da eficiência [...] determina que a Administração cumpra bem suas tarefas, empregando, em tempo razoável, os meios apropriados e pertinentes"*. Por outro lado, é o princípio da eficácia o responsável por determinar a *"obtenção de resultados harmônicos com os objetivos e metas fundamentais da gestão pública, nos termos da Constituição (especialmente os previstos no art. 3º³⁶)"*.

Para melhor ilustrar a diferença entre eficiência e eficácia, criemos uma situação prática. Suponhamos que dois servidores públicos, ambos contadores do Tribunal de Contas da União, tenham sido selecionados para auditar determinado contrato, dispondo, para isso, de um prazo de 30 (trinta) dias.

Pois bem. O servidor "A" terminou a auditoria em 20 (vinte) dias, e o servidor "B", em 25 (vinte e cinco) dias. Pelo que se observa, os dois funcionários conseguiram cumprir com suas funções no tempo designado, portanto, podem ser considerados eficazes.

Entretanto, por ter concluído suas atividades em um tempo mais curto, o servidor "A" se mostrou mais eficiente do que o servidor "B"; isso porque, considerando que

(...).

³⁶ Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II - garantir o desenvolvimento nacional;

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

ambos chegaram à mesma conclusão ao final da auditoria, o agente "A" o fez com menos gastos de recursos, energia e tempo se comparado ao agente "B".

Já a efetividade pressupõe a noção de resultado concreto e seu conceito é um pouco mais complexo do que os anteriormente expostos. Afinal, a efetividade se traduz na capacidade de ser eficaz e eficiente ao mesmo tempo.

Discorrendo sobre esse princípio, e direcionando seus comentários à incidência da efetividade no processo, Delosmar Mendonça Júnior faz as seguintes colocações:

Surge no direito processual a construção do princípio da efetividade do processo, pois no âmbito instrumental tal norma principal se traduz na necessidade de a concreção da norma processual gerar resultados voltados para a efetivação dos direitos materiais. Efetividade do processo significa a efetivação do direito material através dos atos processuais. O princípio da efetividade leva à fixação de limites e contornos de vários princípios processuais em regime de ponderação permitido pelo princípio da proporcionalidade, que se destaca nos atuais estudos da Ciência Jurídica. (MENDONÇA JÚNIOR, 2003, p. 418)

Naquilo que nos interessa, efetivo seria, então, aquele processo administrativo em que o Estado conseguisse desempenhar a sua função social através da realização do Direito. Aquele em que a prestação jurisdicional entregasse, com o perdão do trocadilho, a tempo e a modo o direito a quem de direito.

Efetividade, no entender de Luís Roberto Barroso (2003, p. 279/280) "*designa a atuação prática da norma, fazendo prevalecer, no mundo dos fatos, os valores por ela tutelados*". E continua, "*ao ângulo subjetivo, efetiva é a norma constitucional que enseja a concretização do direito que nela se substancia, propiciando o desfrute real do bem jurídico assegurado*".

Clara, portanto, se mostra a importância de se ampliar o poder da Administração na condução dos processos perante ela desenvolvidos, e uma das formas de o tornar mais efetivo é justamente através do reconhecimento da possibilidade do deferimento da tutela de urgência quando ela se mostrar imprescindível.

Embora faça expressa menção ao princípio da eficiência, o Ministro Gilmar Mendes, da Corte Suprema, traz alguns ensinamentos que, a nosso ver, se amoldam melhor à noção de efetividade. São suas as seguintes palavras:

A atividade da Administração Pública deve ter em mira a obrigação de ser eficiente. Trata-se de um alerta, de uma advertência e de uma imposição do constituinte derivado, que busca um Estado avançado, cuja atuação prime pela correção e pela competência.

Não apenas a persecução e o cumprimento dos meios legais e aptos ao sucesso são apontados como necessários ao bom desempenho das funções administrativas mas também o resultado almejado. Com o advento do princípio da eficiência, é correto dizer que Administração Pública deixou de se legitimar apenas pelos meios empregados e passou – após a Emenda Constitucional n. 19/98 – a legitimar-se também em razão do resultado obtido. (BRANCO e MENDES, 2012, p. 898)

Como se lê acima, o escopo por trás desse princípio (e estamos falando da efetividade) é justamente garantir que a Administração Pública atue de forma competente, entendendo-se, por esta, como aquela capaz de alcançar o resultado pretendido. Destarte, ser efetivo significa garantir satisfatoriamente a cada um o que é seu.

De acordo com Di Pietro (2004, p. 83), a eficiência (que preferimos chamar de efetividade) possui dois aspectos: *"pode ser considerada em relação ao modo de atuação do agente público, do qual se espera o melhor desempenho possível de suas atribuições"* ou, ainda, à organização, estruturação e regulamentação da Administração Pública. Seja por que ótica for, a eficiência, nos termos da administrativista, sempre leva à busca por melhores resultados.

Todavia, para cumprir com a função que lhe é ínsita, ou seja, para ser efetiva, a norma constitucional *"a) não deve conter promessas irrealizáveis; b) deve permitir a pronta identificação da proposição jurídica em que investe o jurisdicionado; e c) deve ter o seu cumprimento assegurado por meio de tutela adequados"*(BARROSO, 2003, p. 279/280).

Daí a importância da Lei nº 9.784/99, que, por conta própria, insinua, em diversos de seus dispositivos, a necessidade de se procurar e, conseqüentemente, de se alcançar a efetividade. Em seu art. 1º, por exemplo, diz que o "*processo administrativo no âmbito da Administração Federal direta e indireta*" visa especialmente a "*proteção dos direitos dos administrados e ao melhor cumprimento dos fins da Administração*".

Também seu art. 3º estabelece ser direito dos administrados o tratamento com respeito "*pelas autoridades e servidores, que deverão facilitar o exercício de seus direitos e o cumprimento de suas obrigações*".

A todo momento, portanto, percebe-se que o intuito da Lei do Processo Administrativo Federal foi facilitar o acesso e a participação dos administrados, incluindo ideais como o de simplicidade processual, o de desburocratização do procedimento e o de economia processual, apenas para citar alguns, os quais, em última instância, representam o princípio da efetividade.

As disposições normativas das leis federal e estadual paulista parecem conduzir à ideia de que suas prescrições estão intuídas com a ideia genérica de eficiência administrativa. Parece que elas não impõem entraves à formação do processo de decisão, burocratizando-o. Ao contrário, elas aparecem como um fecho de luz que orienta o caminho ótimo a ser seguido pelos agentes administrativos. Elas tornam transparente a vontade administrativa, facilitando o seu controle desde o instante de sua prática. (BUENO, V., 2002)

Deste modo, está imbuído no conceito de efetividade a possibilidade de que a Administração faça uso dos meios juridicamente previstos para alcançar seus objetivos, sendo apropriado lembrar que a validade e a legalidade de tais meios estão diretamente ligadas à validade e à legalidade dos fins almejados.

Aplicando-se esse princípio ao estudo proposto, tem-se que, na intenção de resguardar o interesse público primário que esteja sendo discutido em processo administrativo e que, eventualmente, se mostre ameaçado ou sob a iminência de

sofrer grave dano, poderá, ou melhor, deverá a Administração Pública recorrer à concessão de medidas cautelares ou antecipadas, quer típicas ou não.

A tutela de urgência é, nesse contexto, um instituto necessário para o reequilíbrio processual, para a segurança jurídica, para a celeridade e para a economia processual. Em outras palavras, significa que, a partir do momento em que o Estado tomou para si a função de dizer o direito aplicável ao caso concreto, eliminando as formas de autotutela, ele não só se comprometeu a desempenhar a tutela jurisdicional como também assumiu o compromisso de fazê-la de maneira efetiva (RODRIGUES, R., 2007, p. 24/27).

Ainda discorrendo sobre a efetividade, Rodrigo Rodrigues (2007, p. 24) explica que seu significado decorre da preocupação que o ente estatal deve ter em *"solucionar o conflito de interesses de tal forma que a solução adotada corresponda exatamente àquilo que se verificaria se o agir particular pudesse ser realizado no plano social"*. E mais. De forma enfática afirma que compete ao processo assegurar a solução prática da lide e *"permitir ao vencedor resultado similar àquele que teria sido obtido se seu direito tivesse sido respeitado"*, ou seja, se nem mesmo houvesse violação, sendo a efetividade a garantia dessa implicação (RODRIGUES, R., 2007, p. 26).

Nos dizeres de Luís Roberto Barroso (2003, p. 87), *"o direito existe para realizar-se"*. No mesmo sentido são as lições de ninguém menos do que Miguel Reale (2003, p. 113): *"o Direito autêntico não é apenas declarado mas reconhecido, é vivido pela sociedade, como algo que incorpora e se integra na sua maneira de conduzir-se. A regra de direito deve, por conseguinte, ser formalmente válida e socialmente eficaz"*³⁷.

Apesar da atecnia dos doutrinadores e aplicadores do direito, que muitas vezes se utilizam dos vocábulos "eficiência", "eficácia" e "efetividade" como se possuíssem um mesmo significado, dúvidas não há de que concordam eles com a necessidade de se primar pelas finalidades da Administração, pelos resultados a serem alcançados, e isso nos basta.

³⁷ O professor Miguel Reale utiliza o vocábulo "eficaz" como sinônimo de "efetivo".

Assim sendo, termina-se esse tópico com um pequeno, mas importante, alerta:

Para que as diversas situações jurídicas subjetivas criadas pela Constituição possam efetivamente realizar-se, é preciso que sejam dotadas de garantias políticas, sociais e jurídicas. Vale dizer: são imprescindíveis instituições, atitudes e procedimentos aptos a fazer atuar, concretamente, o comando substrato da norma. (BARROSO, 2003, p. 280)

Desta feita, conclui o eminente jurista (BARROSO, 2003, p. 280) ser *"igualmente relevante para a efetividade das normas constitucionais a conscientização e a atuação construtiva da sociedade civil"*. É isso, afinal, que se intenta por meio desse estudo fazer.

4.5. DOS REQUISITOS PARA A CONCESSÃO DE MEDIDAS DE URGÊNCIA NO PROCESSO ADMINISTRATIVO

É claro, e por isso mesmo, não há necessidade de maiores digressões a respeito, que o regime jurídico administrativo exige que o atuar da Administração esteja, o tanto quanto possível, pautado no formalismo. Mas é exatamente esse regime jurídico que dá margem para que, em determinadas situações, a intenção, ou melhor, o objetivo final, o resultado almejado, prevaleça sobre a forma.

É preciso lembrar que, por mais que se deseje às vezes, a ciência jurídica está longe de ser exata, e isso, embora traga algumas dificuldades práticas, é, de igual modo, a solução para diversos dos problemas enfrentados nesse meio. A realidade na qual nos inserimos exige que exista uma certa margem de liberdade que viabilize a efetivação de direitos. Como nos lembra Gustavo Binbenbojm,

Na aguda lição de ALMIRO DE COUTO E SILVA, "a noção de que a Administração Pública é meramente aplicadora das leis é tão anacrônica quanto a de que o direito seria apenas um limite para o administrador". E continua o professor do Rio Grande do Sul: "Por certo, não prescinde a Administração Pública de uma base ou de uma autorização legal para agir, mas, no exercício de competência legalmente definida, têm os agentes

públicos, se visualizado o Estado globalmente, um dilatado campo de liberdade para desempenhar a função formadora, que é hoje universalmente reconhecida ao Poder Público.” (FAGUNDES, 2006, p. 5, N. A.: DOUT. 1)

Não há, portanto, como descrever e enumerar toda e qualquer situação que admita ou imponha a concessão de uma medida de urgência, quer no âmbito do Poder Judiciário, quer perante a Administração Pública; entretanto, existem caminhos que podem ser observados e seguidos nesse decorrer e que nos auxiliam a eliminar qualquer resquício de arbitrariedade que possa existir.

Assim é que, como não haveria de deixar de ser, o primeiro requisito que deverá estar presente para que se possa cogitar a possibilidade do deferimento da tutela de urgência também no processo administrativo é, sem sombra de dúvidas, o *periculum in mora* ou, se se preferir, o dano irreparável ou de difícil reparação³⁸. O segundo, por consequência, será o *fumus boni iuris* ou a verossimilhança da alegação, ou, como nesse trabalho adotado, a plausibilidade do direito.

Como antes dito, o requerimento, caso haja pedido do interessado, deverá vir acompanhado de um mínimo comprobatório, devendo a Administração, quando da concessão de ofício, vislumbrar, nos autos do processo, elementos de prova que lhe permitam deferir a tutela de urgência. Isso porque, assim como as decisões judiciais carecem de fundamentação, as administrativas precisam ser motivadas, sob pena de nulidade (vide artigos 2º, *caput*, 38, §1º, 45, 49 e 50, *caput*, todos da Lei nº 9.784/99³⁹).

³⁸ Como já dito anteriormente, consideramos, assim como professor Cassio Scarpinella Bueno (2011, p. 40), que ambas as expressões se equivalem.

³⁹ Art. 2º. A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

(...)

Art. 38. Omissis.

§ 1º Os elementos probatórios deverão ser considerados na motivação do relatório e da decisão.

(...)

Especialmente motivados, ou seja, justificados, deverão ser os atos administrativos que impliquem em qualquer alteração na esfera jurídica do administrado. É preciso fazer menção expressa “aos *pressupostos de fato e de direito que determinarem a decisão*” (vide art. 2º, parágrafo único, inciso VII, da Lei nº 9.784/99), a fim de possibilitar a defesa pelo interessado do direito que acredita ter.

O terceiro requisito, qual seja, a reversibilidade do provimento solicitado, deve ser buscado ao máximo, mas não é, exatamente, imprescindível. Aqui entra-se na discussão relativa à ponderação de valores, de direitos, a exigir a aplicação do princípio da proporcionalidade.

Para aqueles que entendem por uma distinção necessária entre as medidas de urgência, poder-se-ia cogitar de que as condições da tutela antecipada fossem mantidas para o deferimento de medidas dessa natureza e, por sua vez, fossem as medidas cautelares submetidas aos requisitos próprios da tutela cautelar. Ocorre que exigir a observação desse detalhamento pelo administrado e pela Administração é onerá-los em excesso, além de fazer cair por terra todos os fundamentos dantes levantados que, como aqui se entende, sustentam a possibilidade de concessão de medidas de urgência no processo administrativo.

Isso porque trata-se de questão técnica, não necessariamente conhecida pelas partes interessadas, que é facilmente suplantada, e que efetivamente o será com a entrada em vigor do novo Código de Processo Civil. E diz-se isso já que, mesmo em sede judicial, aplica-se às medidas de urgência o que se convencionou chamar de princípio da fungibilidade, conforme já explicitado.

Art. 45. Em caso de risco iminente, a Administração Pública poderá motivadamente adotar providências acauteladoras sem a prévia manifestação do interessado.

Art. 49. Concluída a instrução de processo administrativo, a Administração tem o prazo de até trinta dias para decidir, salvo prorrogação por igual período expressamente motivada.

Art. 50. Os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, quando:

(...)

A última condição que precisa estar presente para que se possa deferir, no decorrer do processo administrativo, medidas de urgência é o interesse público primário. Como se pôde observar, não há, no caso da tutela de urgência em sede judicial a previsão desse requisito; tal condição exsurge do regime jurídico administrativo, composto pelos princípios da supremacia do interesse público sobre o privado e pela indisponibilidade do interesse público.

Trata-se, ademais, de argumento lógico, capaz de conferir ao processo administrativo o viés de imparcialidade que deve estar presente em todo e qualquer julgamento. Isso porque, o foco estará não sobre o particular interessado ou sobre a Administração enquanto pessoa jurídica, mas sim sobre todos os administrados de maneira geral, enquanto detentores de direitos fundamentais.

Presentes tais pressupostos, estará o Poder Público autorizado, ou, se se preferir, obrigado a conceder a medida de urgência que se mostrar efetiva para evitar mal que não pode nem deve ser suportado, não só pelo administrado diretamente interessado ou pela Administração, mas principalmente pela população, essa sim titular do verdadeiro interesse público, tal qual ressaltado.

4.6. DO INTERESSE PÚBLICO PRIMÁRIO E DE SUA CORRELAÇÃO COM OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Mencionou-se no tópico anterior a necessidade de que esteja presente o interesse público primário para que se possa cogitar na possibilidade de uma medida antecipada e/ou cautelar ser deferida em um processo administrativo. Mas a discussão a respeito do que exatamente é interesse público primário e quais são seus limites não é assim tão simplória, motivo pela qual separou-seneste estudo um momento específico para sobre ele falar.

Originalmente, e isso já foi dito acima, o interesse público primário é *“a razão de ser do Estado e sintetiza-se nos fins que cabe a ele promover: justiça, segurança e bem-estar social. Estes são os interesses de toda a sociedade”* (BARROSO, 2011, p. 92/93). O interesse público secundário, por outro lado, é aquele próprio da pessoa

jurídica Estado, é o interesse do Erário, que, como nos ensina Luis Roberto Barroso (2011, p. 92/93), se resume à maximização da arrecadação e à minimização das despesas.

Ainda segundo o atual Ministro do Supremo Tribunal Federal,

O interesse público secundário não é, obviamente, desimportante. [...] Mas, naturalmente, em nenhuma hipótese será legítimo sacrificar o interesse público primário com o objetivo de satisfazer o secundário. A inversão de prioridade seria patente, e nenhuma lógica razoável poderia sustentá-la. (BARROSO, 2011, p. 92/93)

Quando os interesses primário e secundário forem coincidentes, nenhum problema de maior complexidade se apresenta; quando, porém, tais interesses se mostrarem antagônicos, deverá entrar em cena a técnica jurídica da ponderação, *“aplicável a casos difíceis, em relação aos quais a subsunção se mostra insuficiente, especialmente quando uma situação concreta dá ensejo à aplicação de normas de mesma hierarquia que indicam soluções diferenciadas”* (A nova interpretação constitucional dos princípios, BARCELLOS e BARROSO in LEITE - org., 2003, p. 116).

A ponderação consiste, portanto, na aplicação pura e simples do princípio da proporcionalidade, que, embora não expresso na Constituição Federal, goza do *“mesmo privilégio e respeito jurídico”* (LEITE e LEITE, 2003, p. 149) daqueles que se encontram explicitamente ali mencionados.

É importante visualizar muito bem a situação, pois, apesar de ambos os interesses serem adjetivados com o vocábulo “público”, o titular do interesse público primário será, em verdade, um particular, o administrado, ou uma coletividade.

Apenas para exemplificar a situação e evitar dúvidas futuras, imaginemos que o Ministério da Saúde tenha equivocadamente incluído na aposentadoria de um determinado servidor uma rubrica a que ele não fazia jus. Esse valor foi pago sob

anos a fio sem levantar qualquer suspeita, tendo sido o erro verificado muito depois pelo Tribunal de Contas da União quando da homologação do ato de aposentação.

A princípio, o servidor teria a obrigação de devolver essa quantia, que, suponhamos, acumulou o total de R\$5.100,00 (cinco mil e cem reais) nos últimos 5 (cinco) anos. Feita uma divisão simples, verifica-se que esse servidor recebeu R\$85,00 (oitenta e cinco reais) por mês, sendo perfeitamente crível que não tenha notado esse pagamento a maior.

O interessado, então, toma ciência da situação por meio de uma carta de cobrança, a qual afirma que esse montante será diretamente descontado de seu contracheque, nos limites legais⁴⁰.

Diante dessa conjuntura, e tendo por certo que o recebimento dos proventos de aposentadoria se deu de boa-fé e por erro exclusivo da Administração, não poderia o Ministério da Saúde deixar de cobrar esse valor? Pode ser que em um primeiro momento se responda negativamente à pergunta feita, mas é aí que se informa ao leitor que a jurisprudência pátria é praticamente unânime ao decidir pela desnecessidade de devolução do valor apurado em casos como o mencionado⁴¹.

A própria Administração Pública possui algumas Súmulas, duas do Tribunal de Contas da União (nº 106⁴² e nº 249⁴³) e uma da Advocacia-Geral da União (nº 34⁴⁴),

⁴⁰ Vide art. 46 da Lei nº 8.112/90.

⁴¹ Nesse sentido: Recurso Especial nº 1244182/PB, julgado na forma do art. 543-C do Código de Processo Civil (Rel. Min. Benedito Gonçalves; Primeira Seção; julgado em 10/10/2012; publicado em 19/10/2012), Recurso Extraordinário com Agravo nº 835329/CE (Rel. Min. Cármen Lúcia; julgado em 26/09/2014; publicado em 03/10/2014) e Pedido de Uniformização de Interpretação de Lei Federal nº 50190790520134047200 (Rel. Juiz Boaventura João Andrade; julgado em 11/12/2014; publicado em 23/01/2015).

⁴² O julgamento, pela ilegalidade, das concessões de reforma, aposentadoria e pensão, não implica por si só a obrigatoriedade da reposição das importâncias já recebidas de boa-fé, até a data do conhecimento da decisão pelo órgão competente.

⁴³ É dispensada a reposição de importâncias indevidamente percebidas, de boa-fé, por servidores ativos e inativos, e pensionistas, em virtude de erro escusável de interpretação de lei por parte do órgão/entidade, ou por parte de autoridade legalmente investida em função de orientação e

que desobrigam o servidor a devolver eventuais valores recebidos a maior se estiver ele de boa-fé.

Estão, aqui, claramente em conflito, o interesse público primário e o secundário. Aquele primeiro reside no direito à subsistência (considerando-se que a verba possui natureza alimentar) e na própria boa-fé, pertencentes, pois, ao servidor (ao particular portanto); esse último, por outro lado, consiste na vedação ao enriquecimento ilícito e é de titularidade do órgão público (*in casu*, Ministério da Saúde).

Apesar de nos parecer muito claro para que lado deve a balança da justiça pesar, essa é uma situação que gera um número incontável de processos judiciais, justamente porque a Administração Pública não se considera livre o suficiente, ou segura o suficiente, para, administrativamente, liberar o servidor da reposição.

Muito embora o exemplo dado não possua uma relação direta com a possibilidade de concessão de medidas de urgência no processo administrativo, ele demonstra, com bastante clareza, a necessidade da já mencionada revisitação ao princípio da legalidade, bem como a imperiosa aplicação da técnica de ponderação aos casos levados ao conhecimento do Poder Público.

“Na realidade, embora esteja a administração sujeita ao direito, existe larga margem de interesse público e do correspondente poder discricionário, no exercício da atividade política e administrativa”, é o que afirma Themístocles Brandão (1984, p. 12), ao que ele mesmo complementa dizendo que *“a dificuldade está em dosá-lo através de um controle adequado, com características de flexibilidade, de maneira a não tornar inócuo o seu exercício pela autoridade administrativa competente”*.

Obviamente que essa falta de iniciativa por parte do Poder Público, essa inércia administrativa não passa de um temor, um medo de ser posteriormente penalizado por atuar “de forma contrária à literalidade da lei”, não obstante em consonância com

supervisão, à vista da presunção de legalidade do ato administrativo e do caráter alimentar das parcelas salariais.

⁴⁴ Não estão sujeitos à repetição os valores recebidos de boa-fé pelo servidor público, em decorrência de errônea ou inadequada interpretação da lei por parte da Administração Pública.

os “*princípios jurídico-administrativos [que] regulam a atividade administrativa, a atividade de produção de atos e processos administrativos, a atividade realizada pelo Estado e sua burocracia na persecução de fins públicos regrados pelo direito administrativo, pelo direito constitucional, em feliz convergência*” (ESPÍNDOLA, 2003, p. 257).

É justamente para tentar se evitar esse tipo de reação que é preciso estabelecer (e melhor seria dizer aclarar, pois já existentes) os limites a serem observados pela Administração Pública quando se encontrar diante de um caso que exija seja feita a ponderação. Conforme muito bem nos adverte Willis Santiago Guerra Filho,

Para que o Estado, em sua atividade, atenda aos interesses da maioria, respeitados os direitos individuais fundamentais, se faz necessária não só a existência de normas para pautar essa atividade e que, em certos casos, nem mesmo a vontade de uma maioria pode derogar (Estado de Direito), como também há de se reconhecer e lançar mão de um princípio regulativo para ponderar até que ponto se vai dar preferência ao todo ou às partes (princípio da proporcionalidade), o que também não pode ir além de um certo limite, para não retirar o mínimo necessário a uma existência humana digna de ser chamada assim. (GUERRA FILHO, 2003, p. 250)

Linhas acima, destacou-se a reforma dos paradigmas tradicionais proposta por Luis Roberto Barroso, ocasião na qual foi analisado o princípio da legalidade sob sua conceituação original. Naquela oportunidade, a conclusão foi no sentido de que, “*num Estado Democrático de Direito não vige o cumprimento cego a toda e qualquer lei, tal como se bastasse a edição de um diploma formalmente 'apelidado de lei' para seu cumprimento absoluto*” (MOREIRA, E., 2010, p. 82).

Mas há uma outra “certeza” que também é questionada por Barroso, que é a ideia de supremacia do interesse público sobre o privado, já que este poderá, muitas vezes, mesclar-se ao interesse público primário, ou com ele se confundir.

Após caracterizar um e outro interesse público, nos alerta Barroso (2011, p. 398/400) que “*o interesse público secundário jamais desfrutará de uma supremacia a priori e abstrata em face do interesse particular*”. De acordo com seu entender, “se

ambos entrarem em rota de colisão, caberá ao intérprete proceder à ponderação desses interesses, à vista dos elementos normativos e fáticos relevantes para o caso concreto”.

Complementando esse raciocínio, preciosa é a reflexão de Juarez Freitas, senão vejamos:

[...] o princípio constitucional do interesse público representa tão só uma diretriz (condicionada por imperativos de justiça republicana) de que se devem subordinar as condutas e os bens particulares à agenda do interesse geral digno de nome, afinado com o interesse lícito de cada cidadão, na realização da antiga meta de que o Estado - que somos nós - promove o bem de todos, isto é, existe como corporificação de vontade igualmente nossa, não de vertentes facciosas que pretendem destruir a sutil teia na qual se afirma a polis. O princípio do primado do interesse público nunca autoriza, em suma, invocar em vão o interesse geral, sob pena de desservir o Estado Democrático, que existe para o desenvolvimento universalizável e sustentável das pessoas, não o contrário. (FREITAS, 2009, p. 59)

Nas palavras de Ruy Cirne Lima (*apud* MOREIRA, 2010, p. 32), *"a relação de administração é 'estruturada ao influxo de uma finalidade cogente', em que 'o poder e o arbítrio da vontade são grilhoados à superioridade de um fim'"*.

Desde que a ponderação tenha como ponto de partida e chegada a dignidade humana e a preservação dos direitos fundamentais (que, em suma, compõem o interesse público primário), tudo há de correr bem.

Problema maior se tem quando em confronto estiverem o interesse público primário que se consubstancie em uma meta coletiva com um outro interesse público, também primário, de titularidade singular, que se realize mediante a garantia de um direito fundamental.

[...]. Na solução desse tipo de colisão, o intérprete deverá observar, sobretudo, dois parâmetros: a dignidade humana e a razão pública. O uso da razão pública importa em afastar dogmas religiosos ou ideológicos [...] e utilizar argumentos que sejam reconhecidos por todos os grupos

sociais dispostos a um debate franco, ainda que não concordem quanto ao resultado obtido em concreto. A razão pública consiste na busca de elementos constitucionais essenciais e em princípios consensuais de justiça, dentro de um ambiente de pluralismo político. [...].

O outro parâmetro fundamental para solucionar esse tipo de colisão é o princípio da dignidade humana. Como se sabe, a dimensão mais nuclear desse princípio se sintetiza na máxima kantiana segundo a qual cada indivíduo deve ser tratado como um fim em si mesmo. Essa máxima, de corte antiutilitarista, pretende evitar que o ser humano seja reduzido à condição de meio para a realização de metas coletivas ou de outras metas individuais. Assim, se determinada política representa a concretização de importante meta coletiva (como a garantia da segurança pública ou da saúde pública, por exemplo), mas implica a violação da dignidade humana de uma só pessoa, tal política deve ser preterida, como há muito reconhecem os publicistas comprometidos com o Estado de direito. (BARROSO, 2011, p. 94/95)

O Ministro Luís Roberto Barroso é bastante firme em seu posicionamento, pois, para ele, sob hipótese nenhuma encontrar-se-á no ordenamento pátrio autorização para a violação da dignidade humana, ainda que de uma só pessoa, para a concretização de metas coletivas. Mas há quem considere esse extremismo exagerado. Juarez Freitas (2009, p. 63), por exemplo, nos informa que "*o patológico está em realizar determinado sacrifício iníquo e desarrazoado*".

Não por acaso, o princípio da proporcionalidade aparece, sobretudo, no embate dos direitos fundamentais. Em nenhuma hipótese um direito fundamental deve suprimir inteiramente o outro na colisão. Apenas pode e deve ponderar, conforme as matrizes fáticas. A razão de fundo está em que os princípios nunca se eliminam, diferentemente do que sucede com as regras antinômicas; e, ainda assim, em última instância, por preponderância principiológica, ao menos para o observador atento. (FREITAS, 2009, p. 63)

Esse talvez seja o conflito ideológico mais antigo da sociedade: "para salvar uma coletividade justifica-se o sacrifício de uma única vida?" Não existe uma resposta pronta, muito menos correta ou justa, para essa pergunta. Esse é um questionamento que sempre existiu e que, possivelmente, sempre vai existir.

Há argumentos fortes e consideráveis em ambos os entendimentos. É, pois, plenamente justificável que, para o bem de determinada coletividade (o que também implica na efetivação de direitos fundamentais), viole-se a dignidade de alguém, como é igualmente defensável que, sob hipótese alguma, pode o Estado coadunar com atitude (que dirá praticá-la) que implique nesse tipo de transgressão.

Com quem está a justiça? Esperamos que o tempo e a experiência se encarreguem de dizer.

Mas nem mesmo esse obstáculo (de cunho filosófico, ou moral, se se preferir) pode impedir a concretização dos direitos fundamentais, protegendo-se, assim, e na medida do possível, seu mínimo existencial. Como diz o ditado popular, "a virtude está no meio", e é isso que deve ser sempre buscado.

São duas as dimensões da proporcionalidade, quais sejam, proibir o excesso e vedar omissões (FREITAS, 2009, p. 70). É com base nessa premissa, que Juarez Freitas (2009, p. 62) afirma que *"a violação à proporcionalidade ocorre quando, na presença de dois valores legítimos a sopesar, o administrador dá prioridade a um em detrimento ou sacrifício exagerado do outro, com a infirmação da prudência, no sentido aristotélico"*.

De igual modo, nos ensinam Luís Roberto Barroso e Ana Paula Barcellos que:

Em uma ordem democrática os princípios entram frequentemente em tensão dialética, apontando direções diversas. Por essa razão, sua aplicação deverá se dar mediante ponderação: à vista do caso concreto, o intérprete irá aferir o peso que cada princípio deverá desempenhar na hipótese, mediante concessões recíprocas, e preservando o máximo de cada um, na medida do possível. Sua aplicação, portanto, não será no esquema tudo-ou-nada, mas graduada à vista das circunstâncias representadas por outras normas ou por situações de fato. (*A nova interpretação constitucional dos princípios*, BARCELLOS e BARROSO in LEITE - org., 2003, p.109/110)

O que se deve considerar, como nos explica Fernando Alberto Corrêa Henning (2000, p. 158/159), é que *“o interesse público estatal não é satisfeito por uma sentença qualquer, mas apenas pela sentença que aplica corretamente o ordenamento jurídico”*, o que o leva a concluir que o processo não interesse apenas às partes, mas igualmente ao Estado. *Mutatis mutandis*, e por maior que seja o desafio, essa é a baliza que deve guiar a Administração Pública quando da condução de processos administrativos (e de seu atuar de forma geral): a satisfação do interesse público primário, essencialmente, e a efetivação dos direitos fundamentais.

A expressão "direitos fundamentais" é utilizada com bastante frequência nesse trabalho, assim como também tem sido constantemente usada pelos estudiosos e aplicadores do direito para justificar todo e qualquer direito, muitas vezes antagônicos, de maneira cabal e desleixada. Portanto, para que seja possível compreender os limites da atuação administrativa corretamente, é preciso também saber o que é capaz de adjetivar o direito, alçando-o à categoria de fundamental.

Segundo Walber de Moura Agre (*apud* TAVARES, 2007, p. 37), o direito fundamental é constituído por um núcleo duro, rígido (que equivale ao conteúdo essencial que não pode, sob hipótese alguma, ser desrespeitado) e por uma zona periférica, a qual visa o aumento da densidade do direito, que é concretizado mediante a conjuntura fática.

E, como ensina ele, *"a determinação do Conteúdo mínimo não é um dado jusnaturalista, seja de que matriz provier, ele surge das necessidades sociais e das condições materiais que a organização política pode propiciar aos seus cidadãos"*(AGRE *apud* TAVARES, 2007, p. 33). Conforme adverte Antônio-Carlos Pereira Menaut (*apud* TAVARES, 2007, p. 179), *"a Constituição implica a reconstrução de todo um novo sistema jurídico e até de um discurso jurídico"*.

É inquestionável o fato de que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 representou um marco na (tentativa de) implementação do Estado Democrático de Direito. Justamente por ter sido promulgada após ter o País

vivenciado um custoso período de ditadura militar, nossa Carta Magna foi redigida de forma a proteger os direitos fundamentais o máximo possível.

Diga-se, a respeito dos dispositivos constitucionais que os enunciam (e essa ressalva é de André Ramos Tavares), que, além da força normativa que possuem, eles, *"em virtude de seu valor, como fundamental, por óbvio, assumem verdadeira condição de princípios, sendo fundamento de 'posições jurídico-subjetivas, isto é, norma(a) definidora(s) de direitos e garantias, mas também de deveres fundamentais"* (*Elementos por uma teoria geral dos princípios*, TAVARES in LEITE - org., 2003, p. 45).

Ocorre que, mesmo com essa plausível preocupação do constituinte originário, muitos dos conceitos desses direitos tidos por fundamentais já estão ultrapassados e demandam, assim, uma releitura que os ajuste à realidade. É por tal motivo que essa expressão é utilizada de maneira tão ampla, pois, a partir do momento em que se define e se explicita cada um dos direitos fundamentais de maneira minuciosa, estar-se-á, invariavelmente, engessando o alcance desses direitos.

Afinal, a sociedade civil está em constante mudança, o que implica na frequente alteração/substituição de valores morais e éticos, que estão a interferir diretamente o conteúdo subjetivo de direitos e princípios.

Assim, e de maneira bem ampla, os direitos fundamentais são, no entender de Canotilho (*apud* MORAES, 2004, p. 60), aqueles que possuem como função precípua a defesa dos cidadãos, e devem ser vistos sob uma dupla perspectiva. Isso porque, ao mesmo tempo em que se apresentam eles como um limite aos poderes públicos, ou como uma espécie de competência negativa, implicam, outrossim, *"no poder de exercer positivamente direitos fundamentais (liberdade positiva) e de exigir omissões dos poderes públicos, de forma a evitar agressões lesivas por parte dos mesmos (liberdade negativa)"*.

Subdividem-se em direitos fundamentais de primeira, de segunda e de terceira geração, conforme se refiram aos direitos e garantias individuais e políticos clássicos, aos direitos sociais, econômicos e culturais ou aos direitos de

solidariedade ou fraternidade, respectivamente. Modernamente, porém, já se fala em direitos de quarta e de quinta geração, representados, nessa ordem, pelos direitos à democracia, à informação e ao pluralismo e, esse último, pela paz.

Ao estudar o tema, José Adércio Leite Sampaio (2002, p. 670/673) esclarece que os direitos fundamentais não podem ser tidos como um "conjunto fechado de valores", razão pela qual ele estabelece algumas características que lhe são comuns e que permitem ao intérprete encontrá-los, ainda que não explícitos no texto constitucional. São elas: a) o papel central de legitimidade da ordem constitucional que eles desempenham; b) o fato de operarem como uma espécie de limite à ação estatal (contrapoder); c) possuem base antropocêntrica; d) *"apresentam um conteúdo aberto à ampliação e projetado para o futuro"*; e) são protegidos pelo *entrenchment* (cláusula de proibição do retrocesso); f) interferem nas relações entre Administração Pública e administrados, como também nas relações entre particulares; g) são de titularidade de pessoas físicas e jurídicas; e h) *"são fatores decisivos de integração social ou 'pontos de partida para se tomar e ter parte nos processos políticos, econômicos e culturais' de uma comunidade"*.

Em artigo interessantíssimo, Luigi Ferrajoli (*Teoria dos direitos fundamentais in LIMA et al*, 2011, p. 501/503) ressalta ser possível falar em direitos fundamentais sob quatro pontos de vista diversos. A partir do primeiro deles, pautado no conceito de justiça, os direitos fundamentais seriam aqueles capazes de garantir o cumprimento dos valores e princípios relacionados à justiça. Sob o segundo aspecto, o da validade, são fundamentais aqueles direitos assim referenciados pelo ordenamento jurídico. Já sob a ótica da efetividade, *"são direitos fundamentais, deste terceiro ponto de vista, aqueles que historicamente se afirmam como resultado de lutas ou revoluções e que, são, de fato, concretamente garantidos nos diversos ordenamentos"*.

Contudo, ainda no entender do mestre italiano, nenhuma dessas referências diz, com clareza, o que são os direitos fundamentais, o que o faz recorrer à teoria do direito. Assim, nesse contexto, e sob esse quarto olhar, os direitos fundamentais são aqueles *"atribuídos universalmente a todos enquanto pessoas, enquanto cidadãos ou enquanto capazes de agir"* e é esse o conceito aqui adotado.

Pelo que se pôde perceber, não há uma definição unívoca que nos permita conceituar com precisão os direitos fundamentais, muito menos uma lista que contenha o entendimento de determinado sistema jurídico a esse respeito.

Destarte, não obstante a Lei Maior elenque, já em seus primeiros artigos, diversos direitos e garantias comumente tidos por fundamentais, seu alcance conceitual e prático, como já dito, depende do momento histórico em que inserido. Significa, pois, admitir não só que existem direitos fundamentais para além daqueles expressos no texto constitucional e em diplomas legais, mas também e em igual medida, que o âmbito de incidência desses direitos pode ser maior do que aquele para o qual foram originalmente criados.

E nesse ponto, a ressalva que se faz diz respeito ao instituto jurídico que se conhece como *entrenchment* (em português, traduzido como a cláusula de proibição do retrocesso). Isso porque, não se admite, sob hipótese alguma, a supressão ou a redução de direitos já reconhecidos, assegurando, dessa forma, a proteção ao conteúdo mínimo, que, uma vez desrespeitado, se configura em crassa inconstitucionalidade (TAVARES, 2007, p. 26).

Esse princípio destina-se não só ao Poder Legislativo (limitado em seu poder de legislar pelo mínimo dos direitos fundamentais) e ao Poder Judiciário (ao qual compete garantir a realização do conteúdo desses direitos e impedir o seu descumprimento), como também ao Poder Executivo. De acordo com Walber de Moura Agra (*apud* TAVARES, 2007, p. 29/30), o Estado "*tem a obrigação de garantir sua concretização, impedindo, até mesmo, redução no nível de prestação para a concretização do entrenchment dos direitos fundamentais*".

A missão não é fácil, mas é necessária, e, como antes dito, não cabe apenas ao Poder Judiciário. A Administração Pública não pode se esquivar de cumprir com a sua obrigação de contribuir para o resguardo do interesse público, que, segundo Chiovenda (*apud* HENNING, 2000, p. 107/108), consiste também na correta aplicação do ordenamento jurídico, não lhe sendo dado evadir-se de sua função de proteção dos direitos fundamentais e respectiva efetivação dos mesmos.

4.7. DA CONCESSÃO *EX OFFICIO* DAS MEDIDAS DE URGÊNCIA

Quando discorreremos acerca da possibilidade de concessão *ex officio* das medidas de urgência, ressaltamos que, no que tange à tutela cautelar, por expressamente prevista em lei, maiores discussões não há. Diferentemente, com relação à tutela antecipada, há um certo consenso sobre a necessidade de requerimento da parte para o seu deferimento.

Destacamos, pois, que, por considerarmos que a tutela de urgência se submete a um único regime jurídico, não poderíamos sustentar que o julgador pudesse atuar proativamente em apenas uma das situações.

E esse entendimento, apesar das dúvidas que se tem no que tange ao processo judicial, assume especial contorno quando se trata de processo administrativo. Como vimos, é por meio dele que se irá garantir a efetivação do interesse público primário e o resguardo dos direitos fundamentais, pouco ou de nada importando se, para isso, a Administração tiver que tomar a iniciativa. Ora, se são esses os valores supremos do Estado Democrático de Direito, então não há sequer o que se discutir.

Ademais, há expressamente na Lei nº 9.784/99 determinação no sentido de que incumbe à Administração Pública impulsionar o processo administrativo de ofício, sem prejuízo da atuação dos interessados (art. 2º, parágrafo único, inciso XII). Também seu art. 5º destaca a possibilidade de que o processo administrativo seja aberto de ofício⁴⁵, disposição essa que se coaduna com o previsto no *caput* do art. 143 da Lei nº 8.112/90⁴⁶.

⁴⁵ Art. 5º. O processo administrativo pode iniciar-se de ofício ou a pedido de interessado.

⁴⁶ Art. 143. A autoridade que tiver ciência de irregularidade no serviço público é obrigada a promover a sua apuração imediata, mediante sindicância ou processo administrativo disciplinar, assegurada ao acusado ampla defesa.

(...)

Nesse mesmo sentido, citam-se os artigos 29, *caput* ("as atividades de instrução destinadas a averiguar e comprovar os dados necessários à tomada de decisão realizam-se de ofício ou mediante impulsão do órgão responsável pelo processo, sem prejuízo do direito dos interessados de propor atuações probatórias"), e 65 ("os processos administrativos de que resultem sanções poderão ser revistos, a qualquer tempo, a pedido ou de ofício, quando surgirem fatos novos ou circunstâncias relevantes suscetíveis de justificar a inadequação da sanção aplicada") também da Lei do Processo Administrativo Federal.

Conclui-se, assim, que, se é certo que "a existência e a celebração do processo administrativo fazem parte da busca por um Estado Democrático de Direito" (MOREIRA, E., 2010, p. 69), então a possibilidade de atuação *ex officio* do Estado, ou seja, sem provocação, é, ao mesmo tempo, direito do administrado e dever da Administração.

4.8. DA DECISÃO QUE CONCEDE A MEDIDA DE URGÊNCIA: ATO DISCRICIONÁRIO OU VINCULADO?

Tomando por base a teoria do ato administrativo, que os classifica como vinculado ou discricionário, válidas se fazem algumas ponderações acerca do enquadramento da decisão que concede ou não a tutela de urgência. Vale dizer, ao proferir o *decisum*, ou, se se preferir, ao editar o ato, há para o julgador espaço para deliberação?

Cassio Scarpinella Bueno (2011, p. 34) destaca, em seu livro, ser "*absolutamente vencedora em doutrina [...] a lição de que não há 'liberdade' ou 'discrissão' para o magistrado na concessão ou na rejeição do pedido de antecipação de tutela*". E conclui dizendo que, em estando presentes os requisitos impostos pelo direito, a tutela há de ser deferida; do contrário, deve ser negada.

No mesmo sentido, cita-se Roy Reis Friede (1993, p. 49), que ressalta a total ausência de discricionariedade na concessão de medidas liminares, por se tratar de "efetiva provisão judicial obrigatória".

Apesar de concordarmos com esse raciocínio, é preciso deixar bem claro que, não obstante o ato administrativo de natureza judicante a que se faz menção seja considerado como vinculado, há sim para o julgador (ou para o administrador) uma certa margem de liberdade quando da análise da configuração dos requisitos exigidos para a concessão de medidas de urgência.

Ou seja, ficará a critério do aplicador do direito o preenchimento das noções de *periculum in mora* e plausibilidade do direito (o que, obviamente, deverá pautar-se em elementos reais), mas, uma vez decretada a presença desses requisitos, a concessão da tutela urgente será obrigatória (e o inverso também é verdade).

O ato é, portanto, vinculado, mas “discricionário” é o preenchimento das noções ínsitas ao *periculum in mora* e à plausibilidade do direito, assim como ao interesse público primário.

4.9. DA POSSIBILIDADE DE REVISÃO ADMINISTRATIVA E JUDICIAL

A favor da tese que se defende, válida é a menção ao fato de que decisões concedendo ou denegando eventuais medidas cautelares ou antecipatórias poderão ser objeto de recurso ou revisão administrativa, conforme expressa previsão dos artigos 56 a 65 da Lei nº 9.784/99. E não haveria de ser diferente, dada a característica de provisoriedade de ambas.

Juntamente com Themístocles Brandão Cavalcanti (1984, p. 73), *"somos de opinião que a administração deve sempre reexaminar seus atos e corrigi-los quando provada a irregularidade, o que pode ser feito pela própria autoridade ou pela autoridade superior"*.

Afora isso, por certo que vige no ordenamento pátrio o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, insculpido no já transcrito inciso XXXV do art. 5º da Carta Magna, de maneira que toda e qualquer situação poderá ser levada a conhecimento do Poder Judiciário. Como nos ensina Nelson Nery Júnior (*apud* MORAES, 2004, p.

105), *"o direito de ação é um direito cívico e abstrato, vale dizer, é um direito subjetivo à sentença tout court, seja de acolhimento ou de rejeição da pretensão"*.

E, a esse respeito, importante esclarecer, ocorreu significativa mudança na maneira de enxergar a revisão judicial de atos administrativos. Isso porque,

O conhecimento convencional em matéria de controle jurisdicional do ato administrativo limitava a cognição dos juízes e tribunais aos aspectos de legalidade do ato (competência, forma e finalidade), e não do seu mérito (motivo e objeto), aí incluídas a conveniência e oportunidade de sua prática. Não se passa mais assim. Não apenas os princípios constitucionais gerais já mencionados, mas também os específicos, como moralidade, eficiência, sobretudo, a razoabilidade-proporcionalidade, permitem o controle da discricionariedade administrativa (observando-se, naturalmente, a contenção e a prudência, para que não se substitua a discricionariedade do administrador pela do juiz). (BARROSO, 2011, p. 400)

É preciso salientar que o entendimento do jurista Luís Roberto Barroso, que propõe a reforma de determinados paradigmas tradicionais, não é de todo aceito, mas aponta para o início da superação do tradicionalismo, mais do que necessária. Mesmo porque, se considerarmos que os atos administrativos devem invariavelmente privilegiar o indivíduo enquanto tal, então não há como negar que a discricionariedade da Administração poderá sim ser revista quando houver desrespeito ao interesse público primário e/ou aos direitos fundamentais.

Das palavras de Juarez Freitas (2009, p. 121) extrai-se a lição de que a liberdade de que dispõe o agente público presta-se tão somente para *"alcançar a tutela efetiva do direito fundamental à boa administração pública"*, de maneira que, embora não se possa negar a existência do juízo de conveniência e oportunidade por parte da Administração Pública, não é menos verdade que o seu exercício vincula-se ao interesse geral, não lhe sendo dado agir ao seu bel-prazer.

Todo ato que não possuir como baliza os paradigmas acima explanados deve ser tido como arbitrário e, portanto, combatido pelo Poder Judiciário.

Entfim, *"a finalidade essencial e característica do controle jurisdicional é a proteção do indivíduo em face da Administração Pública"* (FAGUNDES, 2006, p. 135). Esse é também o posicionamento de EgonBockmenn Moreira (2010, p. 82), que garante ser *"indispensável o respeito à essência da Constituição e a um mínimo de dimensão ética de justiça exigida para o Direito"*. De tal forma,

Não existe um pressuposto indeclinável de validade absoluta para todos os diplomas legislativos. Daí porque faz parte da ideia essencial de Estado de Direito o controle jurisdicional dos atos do Estado (sejam eles do Poder Legislativo, sejam do Executivo ou mesmo do próprio Judiciário). (MOREIRA, E., 2010, p. 82)

D'Andrea Ferreira (1998, p. 449) alerta para o fato de que é de competência do Poder Judiciário assegurar que essa maturação (dos postulados gerais de direito administrativo) seja efetivada. É sua a conclusão de que *"cabe, sem dúvida, ao Poder Judiciário, especialmente em momentos de certeza e de instabilidades jurídicas"*, cuja influência de fatores políticos e econômicos é inquestionável, prevalecendo, até mesmo, sobre os princípios de Direito e da Justiça, *"a suprema função de guardião inflexível dos atos jurídicos perfeitos e dos direitos adquiridos, institutos intocáveis do verdadeiro Estado Democrático de Direito"* (FERREIRA, 1998, p. 448).

No âmbito interno governamental, e segundo o princípio básico de independência harmônica entre os Poderes (art. 2º da CF), mas de interligação e inter-relação entre eles, mercê do famoso princípio dos "freios e contrapesos", dos *"checks and balances"*, desenvolve-se a função de controle. E sempre que um Poder ou uma instituição estatal se torna sujeito ativo dessa atuação controladora, passa a desenvolver uma atividade com denotação e conotações específicas: a função de controle. (FERREIRA, 1998, p. 388)

Significa, pois, dizer, que aquele que se sentir prejudicado com o (in)deferimento de uma certa tutela de urgência no processo administrativo terá ainda a possibilidade de recorrer ao Judiciário para ver revertida essa situação, sendo certo que a decisão proferida por um órgão judicial prevalecerá sobre aquela prolatada em sede administrativa.

E mais. Importante destacar que o acesso ao Judiciário não depende do esgotamento das vias administrativas, podendo o jurisdicionado incitar a manifestação do Poder Judiciário a qualquer tempo⁴⁷.

Afora isso, lembra-se que não há falar em coisa julgada material administrativa, de maneira que, ainda que não existam mais recursos capazes de levar à revisão administrativa da decisão (até porque limitada a três instâncias⁴⁸), sempre haverá a possibilidade de que, judicialmente, reverta-se eventual situação desfavorável.

Essa constatação (possibilidade de revisão administrativa e judicial) é bastante simples, mas capaz de confirmar a tese ora defendida, pois, apesar das dificuldades e problemas que eventualmente é capaz de trazer, existem, em igual medida, soluções que podem ser aplicadas e utilizadas.

4.10. DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO E DO AGENTE PÚBLICO EM CASO DE DANO

Esse talvez seja o ponto mais crítico da proposta apresentada. Isso porque, na medida em que reconhecemos a existência de um poder-dever geral de urgência próprio à Administração, devemos conseqüentemente perquirir acerca da responsabilidade civil do Estado e do agente causador de eventual dano no exercício desse poder-dever.

Mas a responsabilidade que aqui se discute tem contornos próprios quando considerada juntamente com aquela prevista no §6º do art. 37 da Constituição Federal, segundo o qual *"as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa"*.

⁴⁷ A esse respeito, verificar AgRg no AREsp nº 405098/RJ e AgRg no REsp nº 1190977/PR, ambos do STJ.

⁴⁸ Nos termos do art. 57 da Lei nº 9.784/99.

A essa disciplina se juntará a responsabilidade civil do "juiz", estabelecida no art. 133 do Código de Processo Civil⁴⁹, *in verbis*:

Art. 133. Responderá por perdas e danos o juiz, quando:

I - no exercício de suas funções, proceder com dolo ou fraude;

II - recusar, omitir ou retardar, sem justo motivo, providência que deva ordenar de ofício, ou a requerimento da parte.

Antes, porém, que possamos analisar o dever de reparação do Estado nesse caso específico, faremos alguns breves apontamentos sobre cada um dos dispositivos normativos acima mencionados.

4.10.1. Aspectos gerais sobre a responsabilidade civil do Estado

Diversas são as teorias acerca da responsabilidade civil do Estado, as quais, em um contexto de evolução histórica, já passaram pelas ideias de irresponsabilidade da Administração, pela noção de concepção civilista, pela teoria do órgão, pelo pressuposto da culpa anônima, pela responsabilidade objetiva, pela teoria do risco administrativo e, finalmente, pela teoria do risco integral⁵⁰.

A Carta da República de 1988, porém, foi bastante clara em sua disposição, tendo, pois, acatado a teoria do risco administrativo, que, resumidamente,

[...] importa em atribuir ao Estado a responsabilidade pelo risco criado pela sua atividade administrativa. Essa teoria, como se vê, surge como expressão concreta do princípio da igualdade dos indivíduos diante dos encargos públicos. É uma forma democrática de repartir os ônus e encargos sociais por todos aqueles que são beneficiados pela atividade da Administração Pública. Toda lesão sofrida pelo particular deve ser ressarcida, independentemente de culpa do agente público que a causou. O que se tem que verificar é, apenas, a relação de causalidade entre a ação

⁴⁹ Acerca da responsabilidade civil do julgador, o novo Código de Processo Civil manteve inalterada a disciplina jurídica, repetindo o art. 133 do atual Diploma em seu art. 143.

⁵⁰ A esse respeito, ler Capítulo IX do livro *Programa de Responsabilidade Civil* do jurista Sergio Cavalieri Filho.

administrativa e o dano sofrido pelo administrado. (CAVALIERI FILHO, 2010, p. 243)

Não obstante o administrado seja dispensado de comprovar o elemento subjetivo (dolo ou culpa) - o que nos remete à responsabilidade objetiva -, é imprescindível que fique bastante clara a configuração do nexos de causalidade, aplicando-se aqui as situações em que ele é excluído, a saber: se houver caso fortuito ou força maior e se o fato se der exclusivamente por culpa da vítima ou de terceiro.

Na situação específica do Estado, a responsabilidade civil objetiva decorre, segundo Alice Gonzales Borges (*A responsabilidade civil do Estado à luz do Código Civil: um toque de Direito Público in FREITAS - org., 2006, p. 20/21*): a) do "*princípio da igualdade na distribuição dos encargos públicos, e, conseqüentemente, na repartição dos prejuízos e danos causados entre todos os demais*"; b) da crescente atuação interventiva do Estado, "*assegurada pelo uso de meios coercitivos e pela presunção geral de legitimidade de seus atos*"; e c) por ser o Estado, evidentemente, um produtor em potencial de riscos mais intensos do que os causados pelos cidadãos.

Em interessante artigo, Marçal Justen Filho (*A responsabilidade do Estado in FREITAS - org., 2006, p. 248*) esclarece que o Estado se submete a dois tipos de responsabilidade. A primeira delas é a administrativa, "*consistente na materialização de deveres jurídico-políticos determinantes para a construção de uma democracia republicana*"; a segunda, a responsabilidade civil, é "*fruto do dever especial de diligência e vigilância que deve ser observado no exercício das funções atribuídas ao Estado e aos seus agentes*". E continua ele a dizer que

Em última análise, portanto, o fundamento do regime da responsabilidade do Estado, seja ela administrativa ou cível, é a premissa de que o aparato estatal não se configura um fim em si mesmo, mas somente se justifica como um instrumento para efetivar valores fundamentais eleitos democraticamente pela comunidade. (*A responsabilidade do Estado, JUSTEN FILHO in FREITAS, 2006, p. 248*)

Diferentemente do exposto até agora, se o dano tiver sido ocasionado por omissão estatal, aí então estar-se-á diante de responsabilidade subjetiva da Administração, como majoritariamente aceito pela doutrina e jurisprudência pátrias, cabendo ao administrado a demonstração do elemento dano ou culpa (consubstanciada nas noções de negligência, imprudência e imperícia)⁵¹.

No que tange à responsabilidade pessoal do agente público (aqui entendidos os servidores públicos, os temporários, os funcionários de fato, e todos aqueles que agirem em nome do Estado), por sua vez, estará ela presente sempre que, agindo nessa qualidade, "*atuar [o agente] fora ou além de sua competência administrativa*" (MEIRELLES *apud* CAVALIERI FILHO, 2010, p. 250).

Por certo que existem alguns pontos ainda não pacificados acerca da responsabilidade civil do Estado e do agente causador do dano. Para facilitar o estudo, porém, nos filiaremos à maioria da doutrina e nos pautaremos nas seguintes premissas:

(1) A Constituição Federal adota a teoria do risco administrativo, de maneira que a responsabilidade do Estado por seus atos é objetiva, não se fazendo necessária a configuração/demonstração do elemento subjetivo;

(2) Em se tratando de responsabilidade civil decorrente de omissão, é preciso demonstrar o dolo ou a culpa da Administração Pública; e

(3) O agente somente responde de maneira pessoal se tiver praticado o ato com dolo ou culpa, tendo a Administração contra ele o direito de regresso.

4.10.2. Da responsabilidade civil por atos jurisdicionais

⁵¹ Sergio Cavaliere Filho (2010, p. 252) não é totalmente adepto à teoria de responsabilidade subjetiva do Estado. Para ele, é preciso diferenciar a omissão genérica da omissão específica. Nesse último caso, ocasionado "*quando o Estado, por omissão sua, crie a situação propícia para a ocorrência do evento em situação em que tinha o dever de agir para impedi-lo*", a responsabilidade deverá ser objetivo, pois presente o direito individualizado de agir.

A questão acerca da responsabilidade civil é um tanto quanto delicada, e, exatamente por isso, carece de uma análise cautelosa. Afinal, os atos jurisdicionais típicos, *"aqueles praticados pelos magistrados no exercício da respectiva função [...], os atos processuais caracterizadores da função jurisdicional"*, são protegidos por dois princípios básicos, quais sejam: o da soberania do Estado e o da recorribilidade dos atos jurisdicionais (CAVALIERI FILHO, 2003, p. 451/452).

A princípio, portanto, não haveria falar em responsabilidade civil do Estado nessa hipótese. Ocorre que, pela disciplina do Código de Processo Civil, o juiz responde pessoalmente pelo dano causado em caso de dolo ou fraude, e ainda quando recusa, omite ou retarda, sem nenhum lastro fático e legal providência que lhe cabe (art. 133 do atual Código de Processo Civil e art. 143 do novo Código de Processo Civil). Fica bastante clara a necessidade de que haja a intenção do julgador em prejudicar a parte.

Contudo, nos esclarece Cavalieri (2003, p. 452) que *"ninguém pode negar que o juiz é um agente do Estado. Sendo assim, não pode deixar de incidir também a regra do art. 37, § 6º, da CF, sendo, então, civilmente responsável a pessoa jurídica federativa [...], assegurando-lhe, porém, direito de regresso contra o juiz"*.

Resta superada a discussão acerca da aplicabilidade do §6º do art. 37 da Carta Constitucional aos casos de danos decorrentes de atos jurisdicionais, posto que o referido dispositivo constitucional expressamente estabelece que a responsabilidade de que trata incide sobre qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Por isso, após a Constituição de 1988 fortaleceu-se a corrente doutrinária que advoga a responsabilidade ampla do Estado por atos judiciais, fundada na teoria do risco administrativo. Excelentes monografias vieram a lume sustentando a aplicabilidade do art. 37, § 6º, nesta questão porque o "serviço judiciário é uma espécie do gênero serviço público do Estado e o juiz, na qualidade de prestador deste serviço, é um agente público, que atua em nome do Estado. Ademais, o texto Constitucional, ao tratar da responsabilidade do Estado, não excepciona a atividade judiciária". (CAVALIERI FILHO, 2010, p. 273)

Veja-se que a responsabilidade ora analisada não diz respeito ao erro de julgamento (*error in iudicando*) ou ao erro de procedimento (*error in procedendo*). O cometimento de falhas involuntárias decorre da própria atividade jurisdicional, sendo inviável mantê-la caso se entenda pela possibilidade de que o Estado responda civilmente por cada um de seus julgamentos equivocados. "*Seria, em última instância, exigir do Estado a prestação de uma justiça infalível, qualidade, esta, que só a justiça divina tem*" (CAVALIERI FILHO, 2010, p.275).

A responsabilidade do julgador decorre única e exclusivamente de uma atuação dolosa de sua parte, evidenciando, pois, sua má-fé e parcialidade.

4.10.3. Da responsabilidade do Estado e de seus agentes em caso de dano decorrente da concessão ou não de medidas de urgência no processo administrativo

Como visto acima, o administrado e a Administração se submetem a um mesmo regime jurídico, tendo sido superada a antiga visão da supremacia estatal como fundamento para o atuar irresponsável do Estado quando de sua ação como gestor do interesse público (HENTZ, 1998, p. 34).

Assim é que, também quando estivermos diante da possibilidade discutida nesse trabalho, que pressupõe a produção de um ato de natureza jurisdicional pelo Poder Público, estará presente a responsabilidade não só do Estado, como de igual modo a dos agentes emissores do ato.

De maneira bastante específica, avalia Juarez Freitas (2009, p. 133/134) que as arbitrariedades por ação ou omissão "*desrespeitam as prioridades constitucionais e causam (não apenas oferecem condições favoráveis, mas causam) danos juridicamente injustos*". Dessa forma, nada impede que, "*no exercício legítimo do controle das relações administrativas, [sejam tomadas as] providências impeditivas se a omissão resultar de irreparável ou de difícil reparação*". Seria, portanto, obrigação

da Administração adotar medidas de urgência⁵², o que está autorizada a fazer com base na teoria dos poderes implícitos.

E não haveria de ser diferente se levarmos em conta que *"a responsabilidade civil do Estado, pela reparação dos danos que venha causar aos cidadãos-administrados, é um dos mais caros fundamentos do Estado de Direito, do qual é consequência lógica e inevitável"* (A responsabilidade civil do Estado à luz do Código Civil: um toque de Direito Público, BORGES in FREITAS, 2006, p. 19).

E, antes que se possa cogitar que o reconhecimento da responsabilidade civil nesse caso leve a um temor por parte dos agente públicos e, por via de consequência, à inaplicabilidade do instituto, faz-se menção à observação de Luiz Antonio Soares Hentz:

Há uma infundada suspeita de que a imposição do dever de reparar os danos causados em virtude da função jurisdicional redundaria em dificuldades para o mister de julgar. Nada mais errado. O acautelamento é dever inarredável de todos, e no serviço público atinge também o operador de complicada máquina de terraplanagem como o mais singelo vigilante de um prédio do Estado. [...] É claro que as dificuldades imanentes a essa função pública terá peso ponderável na aferição da responsabilidade pessoal do julgador diante da hipótese de erro judiciário, não ensejando a atribuição de responsabilidade pessoal senão quando se evidenciar, inarredavelmente, o dolo ou a fraude com que se pautou na condução de determinado julgamento." (HENTZ, 1998, p. 29)

Outrossim, é preciso considerar que não será de toda e qualquer situação em que houver erro que decorrerá a necessidade de reparação. Mesmo porque, a configuração da responsabilidade civil do Estado poderá se dar de duas formas diferentes, sendo também várias as hipóteses em que ela não se fará presente, conforme se estabelece abaixo:

⁵² Juarez Freitas se refere a medidas cautelares.

(1) No caso de concessão de medida de urgência solicitada pela parte e que, porventura, venha a lhe causar algum dano: inexistência de responsabilidade civil da Administração Pública;

(2) No caso de concessão de medida de urgência *ex officio* que cause ao administrado efetivo dano: responsabilidade objetiva do Estado e subjetiva do agente (nos estritos termos do art. 133 do Código de Processo Civil);

(3) No caso de dano decorrente do indeferimento de medida de urgência solicitada ou da não concessão *ex officio*: responsabilidade subjetiva do Estado e do agente, público por se tratar de omissão.

O Estado, portanto, só poderá ser responsabilizado caso atue de forma contrária à proteção do interesse público primário e dos direitos fundamentais, ou se, podendo, deixar de agir a seu favor. Responderá, outrossim, quando, ao aplicar o princípio da proporcionalidade, der prioridade excessiva a um dos valores sopesados, em detrimento excessivo de outros (*Responsabilidade civil do Estado e o princípio da proporcionalidade: vedação de excesso e de inoperância*, FREITAS in FREITAS - org., 2006, p. 173).

Já o agente não poderá responder regressivamente em caso de culpa, mas tão somente quando configurada qualquer uma das hipóteses do art. 133 do Código de Processo Civil acima transcrito (futuro art. 143 do novo Código de Processo Civil), as quais dependem, para existir, do elemento subjetivo dolo.

A justificativa para a exclusão da culpa enquanto elemento caracterizador da responsabilidade civil do agente público está em duas constatações básicas. A primeira delas reside no fato de que o ato de concessão ou não de medidas de urgência, ainda que em sede administrativa, tem natureza jurisdicional, de maneira que, ao agir como julgador, o servidor se submete a regramento próprio. Ademais, é preciso considerar que os processos administrativos são analisados e julgados por pessoas comuns, de diferentes qualificações, não necessariamente conhecedoras a fundo de regras processuais tão específicas.

Termina-se, pois, esse tópico, com a reflexão que nos é proposta por Sérgio Silva Muritiba (*Critério da proporcionalidade na concessão de medidas de urgência de caráter antecipatório (parágrafo 2º, do art. 273, do CPC): considerações zezéticas e dogmáticas in ARRUDA ALVIM e ARRUDA ALVIM - org., 2006, p. 435*): a possibilidade ora discutida implica em um sopesamento de riscos; entretanto, "a sociedade hodierna demanda a administração desses riscos, e o processo civil [ao que acrescentamos o administrativo] deve responder a esse estado de coisas e aprender a lidar com os mesmos". E, em sequência, esclarece que "o juiz [ou quem o faça as vezes], em razão disso, não pode temer o acaso e os prejuízos que sua ação possa ocasionar, aprendendo aos poucos a realizar ponderações entre os bens jurídicos em questão e entre as medidas tendentes a entregá-los ou não".

4.11. ESTUDANDO CASOS PRÁTICOS

Para melhor compreender o assunto proposto, válido recorrer a situações cotidianas que, de um modo ou de outro, permitem a aplicação prática da questão teórica ora debatida.

4.11.1. Da hipótese do art. 147 da Lei nº 8.112/90: do afastamento preventivo

Por se tratar de situação já prevista em lei, recorrer-se-á, inicialmente, à previsão do art. 147 do Estatuto dos Servidores Públicos Federais (Lei nº 8.112/90), segundo o qual:

Art. 147. Como medida cautelar e a fim de que o servidor não venha a influir na apuração da irregularidade, a autoridade instauradora do processo disciplinar poderá determinar o seu afastamento do exercício do cargo, pelo prazo de até 60 (sessenta) dias, sem prejuízo da remuneração.

Parágrafo único. O afastamento poderá ser prorrogado por igual prazo, findo o qual cessarão os seus efeitos, ainda que não concluído o processo.

Vê-se que o legislador pátrio permitiu à Administração afastar preventivamente o servidor público investigado por meio de processo administrativo disciplinar, desde que (e, agora, acrescenta-se): seja real a possibilidade de que o mesmo

intervenhana apuração da suposta falta (plausibilidade do direito) e de que, com isso, conduza ou interfirano resultado do processo (perigo da demora).

Nos termos do Manual Prático de Processo Administrativo Disciplinar da Controladoria Geral da União (p. 8), entende-se por medida cautelar “o *procedimento discricionário [que] objetiva conservar, prevenir ou proteger uma situação fática ou elementos de provas de qualquer interferência irregular ou ilícita do acusado na instrução de um processo administrativo disciplinar.*”

O seu caráter de tutela de urgência (mais especificamente de tutela cautelar, haja vista seu escopo primeiro), na exata medida em que defendida nesse trabalho, exsurge, pelo que se pode afirmar que o seu deferimento depende do preenchimento dos requisitos inerentes às tutelas cautelares e antecipadas, aos quais se acresce a necessidade de preservação do interesse público primário, tal qual explicitado em momento anterior.

Em interessante julgado, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul destaca que a hipótese de que trata o dispositivo legal em comento se insere no âmbito do dever-poder da Administração, podendo ser até mesmo (e nisso se coaduna com nosso entendimento) analisada a partir do art. 273 do Código de Processo Civil, senão vejamos:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. MANDADO DE SEGURANÇA. MUNICÍPIO DE GRAMADO. SERVIDOR PÚBLICO MUNICIPAL. PRELIMINAR. AFASTAMENTO PREVENTIVO. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. ESTÁGIO PROBATÓRIO. ATO ADMINISTRATIVO. REINTEGRAÇÃO NO CARGO. IMPOSSIBILIDADE.

1. Afastada a preliminar de extinção do writ, uma vez que a afirmada instrução deficiente da inicial do mandado de segurança é tema para ser apreciado em final sentença, sendo certo que a ausência do inteiro teor do processo administrativo-disciplinar não impediu o julgador de primeiro grau de decidir acerca do pleito liminar, objeto deste recurso.

2. A medida de afastamento ganha força pelo caráter de preservação da ordem administrativa e do saudável funcionamento da administração, prevalecendo aquilo que melhor diz com o interesse público. Em verdade, a atuação preventiva é um poder-dever da administração, principalmente

quando aparente o risco de dano iminente ao interesse coletivo, sendo admitida a análise do afastamento, inclusive, sob a ótica do art. 273 do Código de Processo Civil.

3. Liminar na origem que autorizou o retorno de servidor afastado e submetido a processo demissório ao exercício de seu cargo. AGRAVO DE INSTRUMENTO PARCIALMENTE PROVIDO.

(TJ-RS - AI: 70055383046 RS, Relator: Eduardo Uhlein, Data de Julgamento: 28/08/2013, Quarta Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 09/09/2013) – grifos apostos

Assim sendo, necessário ainda verificar a possibilidade de reversão do provimento, que, *in casu*, não gera maiores discussões, posto que totalmente viável. Isso porque, basta o encerramento do prazo inicial, ou então a edição de novo ato nesse sentido, para que o investigado retorne ao trabalho. Também não se cogita qualquer lesão ao servidor, uma vez que o afastamento se dará sem prejuízo da remuneração.

A esse respeito, interessante destacar o entendimento da jurisprudência pátria no sentido de que o afastamento preventivo de servidor investigado no âmbito de processo administrativo disciplinar não pode se dar sem remuneração, pois, uma vez admitida tal possibilidade, estar-se-ia permitindo à Administração antecipar eventual penalidade/sanção⁵³⁵⁴.

⁵³ Sobre o tema: ROMS nº 13.467/PR (STJ) e AI nº 70059216994 (TJRS).

⁵⁴ Apesar de se tratar de raciocínio eminentemente lógico, ousamos discordar de tal pensamento, de forma a aceitar que, em casos mais do que excepcionais, e desde que plena e fundamentalmente justificado o ato administrativo que determina tal medida, o afastamento se dê sem remuneração. Isso porque, como já se teve a oportunidade de dizer, a tutela de urgência, seja ela qual for, perpassa pelo exercício direto da ponderação, sendo que uma ou outra situação pode vir a exigir uma atuação mais drástica.

Para tanto, seria preciso que o prazo estabelecido pelo art. 147 da Lei nº 8.112/90 já tivesse transcorrido sem que a fase instrutória tivesse sido concluída, por culpa do indiciado, que, mesmo afastado, buscasse prejudicar os trabalhos investigatórios da Comissão Processante.

Embora, a princípio, possa parecer que a Comissão estaria ferindo o princípio da presunção de inocência, estar-se-ia, de outra via, respeitando a regra geral do Direito segundo a qual ninguém pode se beneficiar de sua própria torpeza. Ademais, deve-se considerar que, uma vez assentada a inocência do servidor indiciado, ou até mesmo a sua não interferência na investigação, a Administração Pública possui meios de fazer o pagamento relativo aos dias/meses que porventura não tenham sido repassados.

Por fim, deve-se averiguar se, com o deferimento de tal medida, busca-se resguardar o interesse público primário ou secundário, pois, conforme já dito, somente no caso de se tratar daquele primeiro é que estará justificada a concessão da tutela de urgência. Assim sendo, e considerando que o afastamento preventivo procura garantir o alcance da verdade real, além de, reflexamente, proteger o princípio da moralidade, claramente que seu objetivo maior está em abrigar o interesse público primário, ou, se se preferir, o verdadeiro interesse público.

Ressaltando exatamente essa característica do afastamento preventivo, segue transcrita decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal nos autos do Mandado de Segurança nº 23187/RJ, *in verbis*:

MANDADO DE SEGURANÇA. CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. DEMISSÃO. SERVIDORES PÚBLICOS. CONCESSÃO INDEVIDA DE BENEFÍCIOS PREVIDENCIÁRIOS. AFASTAMENTO PREVENTIVO. VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA. ARTIGO 5º, LV E ARTIGO 37, CAPUT DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. INOCORRÊNCIA. AUDITORIA. MERA SINDICÂNCIA. CÓPIAS REPROGRÁFICAS. AUTENTICIDADE. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DAS DISPARIDADES E DOS PREJUÍZOS ADVINDOS. ACAREAÇÃO. JUÍZO EXCLUSIVO DA AUTORIDADE RESPONSÁVEL. DEMISSÃO DE SERVIDOR EM GOZO DE LICENÇA PARA TRATAMENTO DE SAÚDE. INEXISTÊNCIA DE ÓBICES. ORDEM DENEGADA.

1. Auditoria realizada pela Superintendência Estadual do INSS no Rio de Janeiro apurou que servidores daquela autarquia haviam cadastrado "senhas fantasmas" nos sistemas de informática e, utilizando-se dessas matrículas, autorizaram a concessão indevida de benefícios previdenciários,

Nesse caso, porém, diferentemente do que ocorre com o afastamento preventivo nos moldes em que previsto na legislação pátria, estar-se-ia diante de medida de natureza antecipada, cujos efeitos se assemelham com aqueles decorrentes da imposição da penalidade de demissão, ou, se se preferir, com a penalidade de suspensão.

De qualquer maneira, adverte-se o leitor que a possibilidade ora defendida dificilmente seria mantida por quaisquer dos Tribunais Pátrios, de certo modo garantistas nesse pormenor. E essa é apenas uma constatação, e não uma crítica ao posicionamento majoritário do Poder Judiciário. De fato, o liame entre o legal e o abusivo é bastante tênue e com grande potencial pernicioso.

gerando prejuízos ao erário. O Superintendente Estadual determinou, a partir dessas informações, a instauração de sindicância, destituindo os servidores das funções comissionadas que exerciam e afastando-os preventivamente de suas atividades.

2. O afastamento preventivo dos impetrantes não lhes cerceou a defesa no processo disciplinar. Trata-se aí de medida prevista no artigo 147 da Lei n. 8.112/90, permitindo maior liberdade e isenção da comissão de inquérito em suas atividades, principalmente no que tange à instrução probatória. O afastamento, em situações graves, tem por objetivo ainda restaurar a regularidade da atividade administrativa, reafirmando os princípios do caput do artigo 37 da Constituição. Resguarda-se, igualmente, a integridade do servidor público durante as investigações.

3. Não se deu, no caso, qualquer violação dos princípios do contraditório e da ampla defesa (artigo 5º, LV da CB) na auditoria que levou à instauração do processo administrativo disciplinar. O procedimento que antecedeu a instauração do PAD, independentemente do nome que lhe seja dado, nada mais é do que uma sindicância, cujo objetivo é o de colher indícios sobre a existência da infração funcional e sua autoria. Trata-se de procedimento preparatório, não litigioso, em que o princípio da publicidade é atenuado. A demissão dos impetrantes não resultou da auditoria, tendo sido consumada ao final de processo administrativo disciplinar regularmente instaurado.

4. A manifestação dos impetrantes à Comissão de Inquérito, quando ainda não discriminados todos os fatos pelos quais estavam sendo investigados, não consubstancia impedimento ao exercício do direito de defesa. É que, verificada a existência de irregularidades a autoridade competente deve, pena de agir de modo condescendente, determinar a instauração do processo administrativo. Se as investigações indicarem a existência de ato definido como ilícito disciplinar praticado por servidor, será este indiciado e citado para apresentar a sua defesa, dando-se início ao processo administrativo disciplinar [artigo 161 da Lei 8.112/90].

5. Quanto à questão da autenticidade das cópias reprográficas, os impetrantes não demonstraram disparidade entre as cópias fornecidas e o conteúdo dos autos originais, bem como quais os efetivos prejuízos advindos desse fato.

6. O fato de a comissão não se ter utilizado da faculdade do parágrafo 1º do art. 159 da Lei n. 8.112/90, que diz da possibilidade de acareação entre depoentes, não afeta a legalidade do feito. O juízo sobre a necessidade da acareação é exclusivo da autoridade responsável pela direção do inquérito disciplinar. Não cabe ao Poder Judiciário reexaminar as razões que levaram

a autoridade impetrada a concluir pela desnecessidade daquele procedimento.

7. Não há previsão legal que ampare a pretensão da impossibilidade de demissão de servidor por estar gozando de licença para tratamento de saúde. Segurança denegada.

(STF - MS: 23187 RJ , Relator: Min. EROS GRAU, Data de Julgamento: 27/05/2010, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-145 DIVULG 05-08-2010 PUBLIC 06-08-2010 EMENT VOL-02409-03 PP-00534) – sublinhamos

Hipoteticamente, portanto, tem-se que o servidor "X" está sendo acusado de *“receber propina, comissão, presente ou vantagem de qualquer espécie, em razão de suas atribuições”* (falta prevista no inciso XII do art. 117 da Lei nº 8.112/90), tendo sido aberta sindicância para apuração dos fatos, a qual culminou na instauração de processo administrativo disciplinar (vide art. 143, *caput*, c/c art. 145, inciso II, da Lei nº 8.112/90⁵⁵).

A Comissão foi composta nos termos do art. 149 da Lei nº 8.112⁵⁶, tendo sido designados como membros dois servidores de cargo superior ao do investigado e um outro ocupante de cargo de mesmo nível do interessado; este último, inclusive, é seu colega de trabalho, com quem possui convivência diária.

Pois bem, a partir do momento em que o acusado tomou ciência de que esse seu colega de trabalho compunha a Comissão que o iria julgar, passou a atordoá-lo e a

⁵⁵ Art. 143. A autoridade que tiver ciência de irregularidade no serviço público é obrigada a promover a sua apuração imediata, mediante sindicância ou processo administrativo disciplinar, assegurada ao acusado ampla defesa.

(...)

Art. 145. Da sindicância poderá resultar:

(...)

III - instauração de processo disciplinar.

(...)

⁵⁶ Art. 149. O processo disciplinar será conduzido por comissão composta de três servidores estáveis designados pela autoridade competente, observado o disposto no § 3o do art. 143, que indicará, dentre eles, o seu presidente, que deverá ser ocupante de cargo efetivo superior ou de mesmo nível, ou ter nível de escolaridade igual ou superior ao do indiciado.

(...)

cobrar dele o arquivamento do processo, porexemplo, ou a prolação de decisão que lhe fosse favorável, ou, ainda, qualquer atitude nesse sentido.

Esse seria um clássico caso em que deveria incidir a previsão do referido art. 147 do Estatuto dos Servidores Públicos Federais, a fim de garantir a lisura do processo.

De igual modo, caso as testemunhas estivessem sendo coagidas/ameaçadas, ou se o servidor estivesse se utilizando da sua posição para sumir com documentos importantes para o desenrolar do processo, também haveria de ser ele afastado. Aqui, tanto o *fumus boni iuris* como o *periculum in mora* são patentes, de maneira que, mesmo que previsão legal não houvesse, seria possível à Administração afastar o servidor.

Acerca do afastamento preventivo, cumpre ainda mencionar que a competência para decidir sobre o seu cabimento ou não é da autoridade instauradora do processo administrativo disciplinar, que poderá concedê-lo de ofício ou após regular análise de solicitação encaminhada pela Comissão Processante. Conforme destacado no Manual Prático de Processo Administrativo Disciplinar da Advocacia Geral da União (p. 149), *“não se admite pedido de afastamento preventivo pelo próprio acusado, tendo em vista o objetivo da medida”*.

Infere-se, ademais, do Manual em comento (p. 36/37) que o requerimento de afastamento preventivo feito pela Comissão de Processo Administrativo Disciplinar deve resultar de uma decisão conjunta dos membros, não sendo dado ao presidente da Comissão sobre ele sozinho deliberar por não se tratar de ato de mero expediente (ou de ato não essencial).

O que é importante ressaltar é que a medida de que trata o art. 147 da Lei nº 8.112/90, assim como qualquer outra de natureza cautelar ou antecipada, deve ser concedida com parcimônia, observando-se e respeitando-se, pois, o princípio da proporcionalidade/razoabilidade.

Significa dizer que eventuais exageros, e isso ocorrerá toda vez que não observados os requisitos elencados no capítulo anterior, deverão ser rechaçados não só na

seara administrativa, como também pelo Poder Judiciário. É o que sabiamente ponderou o Superior Tribunal de Justiça quando do julgamento do Recurso em Mandado de Segurança nº 20348/RS, cuja ementa segue transcrita:

ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. MAGISTRADO. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. AFASTAMENTO PREVENTIVO DO EXERCÍCIO DO CARGO E DAS FUNÇÕES. POSSIBILIDADE. ARTS. 27, § 3º, e 46 DA LOMAN. VOTO DA MAIORIA ABSOLUTA DOS MEMBROS DO TRIBUNAL. DESNECESSIDADE DE VOTO DE DOIS TERÇOS. ART. 93, X, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. FUNDAMENTAÇÃO DEFICIENTE. DEMORA EXCESSIVA NO TRÂMITE DO PROCESSO ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO CONHECIDO E PROVIDO.

1. É possível o afastamento preventivo de magistrado de suas funções, sem prejuízo dos vencimentos e vantagens, até decisão final de processo administrativo disciplinar, não importando tal medida violação das garantias constitucionais de vitaliciedade e inamovibilidade. Inteligência dos arts. 27, § 3º, e 46 da LOMAN. Precedentes.

2. A decisão que determina a instauração do processo administrativo e afasta o magistrado do exercício de suas funções deve ser tomada pelo voto da maioria absoluta, nos termos do art. 93, X, da Constituição Federal, não se exigindo o voto de dois terços dos membros do Tribunal.

3. In casu, entretanto, as razões utilizadas pelos membros do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul para determinar o afastamento preventivo da recorrente de suas funções não se mostram suficientes para a adoção de medida tão drástica, que deve conter fundamentação específica acerca de sua necessidade e conveniência.

4. Ademais, também se verifica na hipótese acentuada demora na tramitação do processo administrativo que, a despeito da determinação do afastamento preventivo da recorrente ter ocorrido em 28/6/2004, até o dia 25/9/2005 ainda não havia sido concluído.

5. Recurso ordinário conhecido e provido.

(STJ - RMS: 20348 RS 2005/0115317-7, Relator: Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, Data de Julgamento: 13/12/2005, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJ 20/03/2006 p. 311) – destaques acrescentados

No caso analisado pela Corte Superior, verifica-se que o afastamento preventivo não se mostrou como medida mais adequada, sendo possível, pois, que o indiciado

permanecesse no exercício de suas funções sem que isso, necessariamente, implicasse em prejuízo para o correto desenrolar da investigação.

Cita-se como providência alternativa àquela prevista no art. 147 do Estatuto dos Servidores Públicos Federais o cancelamento de senha, a impedir que dados e informações sejam alterados em sistemas oficiais para mascarar eventuais irregularidades, por exemplo.

De igual modo, a excessiva e injustificada demora na conclusão da fase instrutória do processo administrativo disciplinar fez com que o referido Tribunal concluísse pela abusividade da medida, com o conseqüente retorno do servidor ao exercício de suas atividades habituais.

Mas esse é apenas o exemplo mais claro que se pode dar, já que positivado; em um exercício de prospecção, porém, é possível cogitar de vários outros, conforme a seguir destacados.

4.11.2. Da busca e apreensão de bens

Também como medida de natureza cautelar, pode-se citar a busca e apreensão de bens capazes de auxiliar na investigação. E aqui, há de se abrir um parêntese para esclarecer que, para que a Administração possa agir por si própria, sem que se faça necessária autorização do Poder Judiciário, tais bens deverão integrar o patrimônio público e, concomitantemente a isso, se encontrar em uma repartição pública.

Assim sendo, um *notebook*, por exemplo, que se consubstancie como um bem público, mas que, por circunstâncias das mais diversas, esteja fisicamente localizado na residência do servidor indiciado, não poderá ser abrangido em eventual busca e apreensão.

Os bens particulares, e de igual modo o patrimônio particular, por uma questão de proteção da intimidade e da vida privada, e em respeito ao postulado magno de inviolabilidade do domicílio, só podem ser atingidos por meio de decisão judicial. Mesmo porque, a autoridade administrativa só está autorizada a agir no âmbito do

controle interno da Administração Pública. Qualquer atitude que ultrapasse esses limites será considerada ilegal e abusiva, a exigir a atuação do Poder Judiciário.

Respeitadas essas premissas, pautada na legalidade estará a atuação do Poder Público, conforme aliás destacado pelo Superior Tribunal de Justiça nos autos do Mandado de Segurança nº 15.825/DF:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL. OPERAÇÃO CARONTE. DEMISSÃO DE FUNCIONÁRIO ENVOLVIDO. MANDADO DE SEGURANÇA QUE APONTA ILICITUDES NO PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. AFASTAMENTO DA ALEGAÇÃO DE INCOMPETÊNCIA, PRESCRIÇÃO, VÍCIO NO TERMO DE INDICIAMENTO, CERCEAMENTO DE DEFESA E ILICITUDE DE PROVAS. PROVA EMPRESTADA. POSSIBILIDADE DE APROVEITAMENTO OU COMPARTILHAMENTO DE PROVAS COLHIDAS EM OUTROS PROCESSOS. SEGURANÇA DENEGADA.

1. A impetração tem origem em investigações da Polícia Federal sobre irregularidades praticadas no INSS de Belém/Pará. Por meio da chamada "Operação Caronte", "apurou-se que servidores do INSS, com habitualidade, facilitavam o andamento de procedimentos administrativos previdenciários, mediante fraude, inserindo dados inverídicos, criando falsas situações de regularidade de pessoas jurídicas junto ao INSS, emitindo Certidões Negativas de Débito (CNDs) e Certidões Positivas de Débito com Efeito de Negativa (CPDs- EN) indevidamente e autorizando recebimento irregular de créditos previdenciários".

2. A Corregedoria-Geral da Receita Federal é competente para instaurar processo administrativo contra o impetrante em função da reestruturação organizacional que envolve o Ministério da Previdência Social e o Ministério da Fazenda, nos termos das Leis 11.098/2005 e 11.457/2007 e do Regimento Interno da SRFB.

3. Termo de indiciamento que, no caso concreto, contém descrição dos fatos e dos dispositivos legais pertinentes, amparado em vasta documentação constante de Processo Administrativo. Inexiste vício no termo de indiciamento do servidor se os ilícitos a ele imputados são descritos de forma clara, viabilizando a defesa.

4. Análise em computador que compõe patrimônio público, determinada por servidor público responsável, não configura apreensão ilícita. Proteção, in casu, do interesse público e do zelo pela moralidade administrativa.

5. Nada impede, no Direito brasileiro, o compartilhamento, na instância disciplinar, de provas civis, administrativas ou penais obtidas em outros

processos, inclusive diálogos colhidos mediante interceptação autorizada, assegurando-se, em qualquer caso, o contraditório e a ampla defesa.

6. O prazo prescricional para a punição disciplinar, de acordo com o art. 142 da Lei 8.112/1990, tem início com a ciência do fato pela Administração. Precedentes do STJ.

7. Não enseja nulidade o excesso de prazo na conclusão do PAD, especialmente quando não demonstrado qualquer prejuízo ao impetrado. Precedentes do STJ.

8. Sobre a razoabilidade da demissão e as justificativas apresentadas para os ilícitos apontados no PAD, incide o entendimento de que compete ao Poder Judiciário apreciar a regularidade do procedimento, à luz dos princípios do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal, com restrições, pela via do *mandamus*, à dilação probatória. Precedentes do STJ.

9. Segurança denegada.

(STJ MS 15.825/DF, Relator: Ministro HERMAN BENJAMIN, Data de Julgamento: 14/03/2011, S1 - PRIMEIRA SEÇÃO) – sem destaques no original

Como se observa, uma vez respeitados os limites sobre os quais tanto se falou em tópico anterior, legal será eventual medida de urgência deferida pela Administração.

4.11.3. Da vedação do art. 172 da Lei nº 8.112/90

De acordo com o estabelecido no art. 172 do Estatuto dos Servidores Públicos Federais, o servidor que estiver respondendo a processo administrativo disciplinar não poderá ser exonerado a pedido, nem se aposentar voluntariamente, até o término do processo⁵⁷.

Se observarmos bem, essa também é uma espécie de medida de urgência, de natureza cautelar, a ser imposta unicamente com o objetivo de garantir o

⁵⁷ Art. 172. O servidor que responder a processo disciplinar só poderá ser exonerado a pedido, ou aposentado voluntariamente, após a conclusão do processo e o cumprimento da penalidade, acaso aplicada.

Parágrafo único. Ocorrida a exoneração de que trata o parágrafo único, inciso I do art. 34, o ato será convertido em demissão, se for o caso.

cumprimento de eventual penalidade, e, por via de consequência, a garantir a lisura do processo e a resguardar o respeito ao princípio da moralidade.

É exatamente isso que conclui o Tribunal Regional Federal da 2ª Região, senão vejamos:

ADMINISTRATIVO - SERVIDOR PÚBLICO - CONCESSÃO DE APOSENTADORIA VOLUNTÁRIA - POSSIBILIDADE - PEDIDO SOBRESTADO COM BASE NO ART. 172, DO MESMO DIPLOMA LEGAL - PROCESSOS ADMINISTRATIVOS DISCIPLINARES EM TRAMITAÇÃO HÁ MAIS DE 140 (CENTO E QUARENTA) DIAS - ILEGALIDADE - VIOLAÇÃO DAS NORMAS INSERTAS NOS ARTS. 152, 167, CAPUT DA REFERIDA LEI. É certo que o art. 172, da Lei nº 8.112/90, é medida cautelar que visa a proteger os interesses da Administração Pública, impossibilitando que o servidor, mediante a aposentadoria voluntária, venha a evitar as apurações administrativas e furtar-se do resultado do processo disciplinar. Em contrapartida, inólvidos-se que não é justo o servidor ficar eternamente aguardando a proferição de uma decisão final para que seu pedido de aposentadoria voluntária possa ser apreciado e deferido, se já implementou o tempo de serviço previsto no art. 40, § 1º, III, a, da CF/88, porquanto o legislador estipulou o prazo de 140 (cento e quarenta) dias para conclusão e julgamento do processo disciplinar, garantindo, contudo, à Administração o direito de cassar o benefício em razão do resultado do processo administrativo, a teor do art. 134, da Lei nº 8.112/90. Afigura-se, portanto, ilegal o ato que sobrestou, com base no art. 172, da Lei nº 8.112/90, pedido de aposentadoria voluntária formulado por servidor envolvido em processos administrativos disciplinares pendentes de conclusão há mais de 140 (cento e quarenta) dias, principalmente se o requerente já completou o tempo de serviço necessário à percepção do benefício. Caso venha a ser proferida decisão pela demissão do servidor, poderá a Administração Pública, tendo em vista seu poder de autotutela, cassar a aposentadoria daquele, a teor do art. 134, da Lei nº 8.112/90. Verba honorária sucumbencial de 5% (cinco por cento) sobre o valor da condenação, devida pela parte ré ao autor, a teor do art. 20, § 4º, do CPC. Apelação desprovida e remessa necessária parcialmente provida.

(TRF-2 - AC: 328458 2002.51.01.008415-6, Relator: Desembargador Federal SERGIO SCHWAITZER, Data de Julgamento: 02/09/2003, SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJU - Data: 18/09/2003 - Página: 188) – grifos apostos

A situação levada ao conhecimento do mencionado Tribunal mostrou-se bastante interessante, pois fez incidir a ponderação. Na oportunidade, esclareceu o Desembargador Relator, Dr. Sergio Schwaitzer, que, não obstante se trate de medida evidentemente legal, isso não dá à Administração o direito de postergar indefinidamente (até porque ultrapassado o prazo para a conclusão do processo administrativo disciplinar) a análise de pedido de aposentadoria do servidor investigado, que já cumpria todos os requisitos para obtenção do benefício previdenciário.

Paralelamente ao previsto na lei, poderíamos também admitir, por exemplo, que o servidor que gozar da qualidade de investigado/indiciado não possa assumir cargo de chefia ou função de confiança caso (e a ressalva é importante) isso possa interferir diretamente no andamento do processo.

E, se o servidor já possuíse o *status* de chefe ou ocupasse função de confiança quando da abertura do respectivo processo administrativo disciplinar, fosse momentaneamente destituído dessas atividades na hipótese de isso se apresentar como uma espécie de constrangimento à regularidade das investigações.

A proposta é sim questionável, não se olvida, pois perpassa pela básica ideia de presunção de inocência, sobre a qual já se discorreu acima, mas, a nosso ver, perfeitamente possível e crível.

Como já dito, impossível é listar toda e qualquer situação em que seja cabível a concessão de uma determinada tutela de urgência, sendo função do julgador, a quem acrescentamos a figura do administrador, verificar se, na situação a ele apresentada, ela se faz, ou não, oportuna.

CAPÍTULO V: CONCLUSÃO

Antigamente, os homens tinham convicções; nós, atualmente, temos apenas opiniões.

Heinrich Heine

Por tudo quanto foi dito e ponderado no decorrer desse estudo, apresentado na forma de dissertação, é possível concluir, com as cautelas de estilo, por óbvio, pela possibilidade de a Administração Pública recorrer a medidas de urgência no curso do processo administrativo caso essas se mostrem mais adequadas não a si mesma ou ao administrado envolvido, mas sim à persecução e/ou manutenção do já explicitado interesse público primário.

O fim a ser perseguido será a conservação da ordem pública e o resguardo dos direitos fundamentais dos cidadãos, sob pena, aí sim, de não possuir o atuar da Administração amparo legal.

Com isso, o processo administrativo se apresentará diante da sociedade como um meio igualmente efetivo de reconhecimento e de realização de direitos, o que, conseqüentemente, terá impactantes efeitos na morosidade que é hoje característica do Poder Judiciário.

Mesmo porque, a Administração Pública é (e provavelmente sempre foi) a maior responsável por ocasionar demandas judiciais. A porcentagem, se considerarmos a atuação direta do Estado em processos judiciais, já é assustadora; e se torna ainda mais aterrorizante quando incluímos nesse cálculo as ações em que o Poder Público participa indiretamente, o que inegavelmente contribui para a ineficiência da Justiça⁵⁸.

⁵⁸ Em livro bastante crítico, o juiz Doorgal Gustavo Borges de Andrada (2000, p. 88), falando sobre as incertezas do Estado, afirma que *"vivenciamos nitidamente uma estrutura em que quando, por exemplo, o Estado-administrador eventualmente decide desrespeitar as leis elaboradas pelo próprio Estado=legislador, nem sempre essa ilegalidade será punida pelo Estado-justiça"*.

E conclui seu pensamento com a seguinte reflexão: *"isso porque, o Estado vem mantendo uma engrenagem político-jurídica em que o Estado-justiça já não consegue atender aos anseios da sociedade. Por exemplo, não tem agilidade que o mundo moderno requer e nem tem meios eficazes*

Na página eletrônica do Supremo Tribunal Federal é possível ter acesso a alguns dados estatísticos e, não por acaso, o direito administrativo é o ramo que ocupa não só proporcionalmente como numericamente o topo das demandas⁵⁹. Essa é, infelizmente, a nossa realidade, e é com ela que temos que aprender a lidar, e podemos fazer isso de duas formas: aceitando-a ou tentando modificá-la. Nós, pessoalmente, preferimos a segunda alternativa.

Destarte, não é de hoje que se discute o processo administrativo enquanto alternativa ao processo judicial. Egon Bockmann Moreira, por exemplo, destaca que

[...] o racional funcionamento do processo administrativo certamente resultará em alívio para o Poder Judiciária. Se o particular vir os seus direitos efetivamente protegidos na chamada "esfera administrativa", independentemente do resultado concreto da atividade, sentir-se-á menos incitado a recorrer aventurosamente ao órgão jurisdicional - servindo de intimidação ao ajuizamento de ações temerárias. Além disso, da escorreita e bem-fundamentada decisão administrativa advirão redução e simplificação de lides que envolvam a Administração Pública - quer pelo indeferimento de ordens liminares, quer devido à multiplicação dos julgamentos conforme o estado do feito. Em suma, o perfeito processo administrativo resultará na abreviação e facilitação da atividade do Poder Judiciário. (MOREIRA, E., 2010, p. 22/23)

Também Juarez Freitas (2009, p. 33) ressalta que *"a falta da devida processualização das decisões administrativas - essa, sim - consubstancia em vício que conduz, no mais das vezes, à morosa judicialização dos conflitos, com o aumento desenfreado de transação"*.

A novidade que se apresenta não reside nesse ponto. Veja-se que a pretensão desse trabalho foi mostrar como o reconhecimento da possibilidade de concessão

de alcançar e punir os erros e ilegalidades cometidas pelo poder público, Estado-administrador, seus dirigentes, o poder econômico-financeiro,... mesmo quando estes agridem a sociedade ou os cidadãos, que são a finalidade maior das suas existências" (ANDRADA, 2000, p. 88).

⁵⁹ Verificar Anexo disponível na página 166 deste trabalho.

de tutela urgente no âmbito do processo administrativo é capaz de auxiliar nessa missão (nem um pouco simples) de creditá-lo perante a sociedade.

Isso porque, não se trata apenas de garantir a prestação jurídica, mas principalmente de assegurar a justiça dessa prestação, o que implica, invariavelmente, na noção de tempo que tanto se discutiu.

Como já tivemos a oportunidade de dizer, não basta, para o jurisdicionado, e, portanto, para o administrado, que a medida imposta seja a correta, ela precisa ser capaz de produzir seus efeitos de modo a impedir a concretização de eventual dano. E isso, só quem é capaz de garantir é a tutela de urgência.

A celeridade é, assim, dependente das medidas de urgência; e mais, a efetividade do processo a elas se condiciona. Afinal, de nada adianta ter direito se não houver, em contrapartida, o direito de tê-lo resguardado.

Não se olvida que o tema ora em debate é bastante delicado, pois, querendo ou não, o Poder Público, na condução do processo administrativo, funciona, ao mesmo tempo, como órgão julgador e como parte interessada. Ou seja, sustentar a viabilidade de concessão, pela própria Administração, de medidas de urgência pode, em um primeiro momento, abrir um leque para o cometimento de arbitrariedades.

De fato, essa é uma probabilidade real que não pode ser esquecida; mas, por outro lado, é preciso lembrar que a inobservância de qualquer um dos requisitos apontados como imprescindíveis à adoção de medidas de urgência leva à nulidade do ato, que poderá ser revisto não só na seara administrativa, como principalmente pelo Poder Judiciário, ante o princípio da inafastabilidade da jurisdição.

Logo, a nosso ver, apesar de todos os argumentos em sentido contrário que podem e devem ser levantados e discutidos, a verdade é que os benefícios trazidos com o reconhecimento dessa possibilidade superam, em muito, seus malefícios, sendo, assim, atuação que se impõe.

De igual modo, não se esquece que a efetividade do processo administrativo está sujeita a uma mudança geral de pensamento, a uma revitalização total, o que, de certa forma, demonstra a pequenez da proposta ante o problema. Mas, se não de pequenos gestos, por onde as transformações começam?

Sem querer adentrar em convicções políticas (cada um que sustente a sua), acreditamos que o momento que o País está vivendo, de tantas dúvidas e incertezas, de uma crise absurda na economia, de um conflito moral tão grandee de uma perspectiva futura tão inóspita, não poderia ser melhor.

Talvez o Estado nunca tenha gozado de tanta descrença como agora, dispondo, assim, por mais trágica que seja a situação, de uma oportunidade ímpar para se reinventar. Esperamos, de verdade, que a Administração Pública, ao invés de sedenta por encher seus cofres, passe a ter como preocupação principal os cidadãos que os abarrotam.

Queremos acreditar que um dia de fato sejamos, como disposto no preâmbulo de nossa Constituição, um Estado Democrático de Direito *"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"*.

BIBLIOGRAFIA

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. *Direito Administrativo descomplicado*. São Paulo: Método, 2010.

ALVES, Francisco Glauber Pessoa. *A tutela antecipada em face da Fazenda Pública, seu perfil contemporâneo (tendências jurisprudenciais) e a necessidade de uma hermenêutica que lhe atribua efetividade*. Revista de Processo, vol. 110, abr. 2003.

ALVIN NETTO, José Manoel de Arruda. *Tutela antecipatória (algumas noções – contrastes e coincidências em relação às medidas cautelares satisfativas.) (Art. 273 do CPC, na redação da Lei 8.952, de 13.12.1994)*. Doutrinas Essenciais de Processo Civil, vol. 5, out. 2011.

ANDRADA, Doorgal Gustavo Borges de. *As faces ocultas da Justiça: contradições, equívocos, mitos e realidade*. Belo Horizonte: Inédita, 2000.

ARRUDA ALVIM e ARRUDA ALVIM (Org.). *Inovações sobre o direito processual civil: tutelas de urgência*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Processo administrativo disciplinar*. São Paulo: Saraiva, 2013.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Processo e Constituição: o devido processo legal*. Doutrinas Essenciais de Processo Civil, vol. 1, out. 2011.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência*. São Paulo: Malheiros, 2003.

BINENBOJM, Gustavo. *A nova jurisdição constitucional brasileira: legitimidade democrática e instrumentos de realização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. Advocacia Geral da União. *Manual Prático de Processo Administrativo Disciplinar e Sindicância - Corregedoria-Geral da Advocacia da União*. 1.ed. Brasília: Advocacia Geral da União, 2015. Disponível em: <<http://www.agu.gov.br/unidade/cgau>>. Acesso em: 10 de junho de 2015.

BRASIL. Controladoria Geral da União. *Manual de Processo Administrativo Disciplinar*. Brasília: Controladoria da União, 2015. Disponível em: <<http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/atividade-disciplinar/arquivos/manual-pad.pdf>>. Acesso em: 10 de junho de 2015.

BRASIL. Controladoria Geral da União. *Manual Prático de Processo Administrativo Disciplinar*. Brasília: Controladoria da União, 2014. Disponível em: <<http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/atividade-disciplinar/curso-de-pad>>. Acesso em: 10 de junho de 2015.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 1988.

BRASIL. Decreto nº 59.310, de 23 de setembro de 1966. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, 05 de out. 1966.

BRASIL. Lei nº 3.268, de 30 de setembro de 1957. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, 01 de out. 1957.

BRASIL. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, 17 de jan. 1973.

BRASIL. Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, 12 de dez. 1990.

BRASIL. Lei nº 8.429, de 02 de junho de 1992. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, 03 de jun. 1992.

BRASIL. Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, 01 de fev. 1999.

BRASIL. Lei nº 10.444, de 07 de maio de 2002. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, 08 de mai. de 2002.

BRASIL. Lei nº 12.016, de 07 de agosto de 2009. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, 10 de ago. de 2009.

BRASIL. Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, 02 de dez. 2011.

BRASIL. Lei nº 12.846, de 01 de agosto de 2013. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, 02 de ago. 2013.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, 17 de mar. de 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 405098/RJ*. Relator: Ministro Sérgio Kukina. Brasília, 10 de dezembro de 2013. DJe de 17 de dezembro de 2013.

_____. *Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1190977/PR*. Relator: Ministro Mauro Campbell Marques. Brasília, 19 de agosto de 2010. DJe de 17 de dezembro de 2010.

_____. *Mandado de Segurança nº 15825/DF*. Relator: Ministro Herman Benjamin. Brasília, 14 de março de 2011.

_____. *Mandado de Segurança nº 23187/RJ*. Relator: Ministro Eros Grau. Brasília, 27 de maio de 2010. DJe de 06 de agosto de 2010.

_____. *Recurso em Mandado de Segurança nº 20348/RS*. Relator: Ministro Arnaldo Esteves Lima. Brasília, 13 de dezembro de 2005. DJ de 20 de março de 2006.

_____. *Recurso Especial nº 1244182/PB*. Relator: Ministro Benedito Gonçalves. Brasília, 10 de outubro de 2012. DJ de 19 de outubro de 2012.

_____. *Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 13467/PR*. Relator: Paulo Medina. Brasília, 25 de junho de 2004.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1148-8/DF*. Relator: Ministro Celso de Mello.

_____. *Mandado de Segurança nº 24510/DF*. Relatora: Ministra Ellen Gracie. Brasília, 19 de novembro de 2003. DJ de 19 de março de 2004.

_____. *Recurso Extraordinário com Agravo nº 835329/CE*. Relatora: Ministra Cármen Lúcia. Brasília, 29 de setembro de 2014. DJ de 03 de outubro de 2014.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Resolução nº 246, de 30 de novembro de 2011*. Brasília: Tribunal de Contas da União, 2011. Disponível em: <http://portal3.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU/imprensa/noticias/noticias_arquivos/Novo%20-%20Regimento%20Interno_0.pdf>. Acesso em: 10 de junho de 2015.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Agravo de Instrumento nº 70059216994*. Relator: Desembargador Francesco Conti. Porto Alegre, 16 de julho de 2014.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. *Apelação Cível nº 328458*. Relator: Desembargador Federal Sergio Schwaitzer. Rio de Janeiro, 02 de setembro de 2003. DJU de 18 de setembro de 2003.

_____. *Apelação no Mandado de Segurança nº 66329/RJ*. Relator: Desembargador Federal Marcelo Pereira. Rio de Janeiro, 21 de outubro de 2008. DJU de 28 de outubro de 2008.

BRASIL. Turma Nacional de Uniformização de Interpretação de Lei Federal. *Pedido de Uniformização nº 50190790520134047200*. Relator: Juiz Federal Boaventura João Andrade. Brasília, 11 de dezembro de 2014.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. *Apelação Cível nº 328458*. Relator: Desembargador Federal Sergio Schwaitzer. Rio de Janeiro, 02 de setembro de 2003. DJU de 18 de setembro de 2003.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de Direito Processual Civil: tutela antecipada, tutela cautelar, procedimentos cautelares específicos*. São Paulo: Saraiva, 2011.

BUENO, Vera Cristina Caspari Monteiro Scarpinella. *As leis de procedimento administrativo. Uma leitura operacional do princípio constitucional da eficiência*. Revista de Direito Constitucional e Internacional, vol. 39, abr. 2002.

CALAMANDREI, Piero. Traduzida por Carla Roberta AndreasiBassi. *Introdução ao estudo sistemático dos procedimentos cautelares*. Campinas: Servanda, 2000.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil, vol. I*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

CARNEIRO, Athos Gusmão. *Tutela de urgência. Medidas antecipatórias e cautelares. Esboço de reformulação legislativa*. Doutrinas Essenciais de Processo Civil, vol. 5, out. 2011.

CARNELUTTI, Francesco. Traduzida por Hiltomar Martins Oliveira. *Como se faz um processo*. Belo Horizonte: Líder Cultura Jurídica, 2004.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

_____. *Processo administrativo federal: comentários à lei nº 9.784, de 29.1.1999*. São Paulo: Atlas, 2013.

CAVALCANTE, Mantovanni Colares. *As tutelas de eficácia no Direito Processual Civil*. Revista de Ciências Jurídicas e Sociais da Unipar, vol. 11, jul./dez. 2008.

CAVALCANTI, Lucas Maciel Anderson. *Tutela antecipada com base na evidência*. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigosautor.asp?id=205>>. Acesso em: 13 de abril de 2015.

CAVALCANTI, Themístocles Brandão. *Direito e processo disciplinar*. Rio de Janeiro: Serviço de Publicações Fundação Getúlio Vargas, ca. 1984.

CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. São Paulo: Atlas, 2010.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Malheiros, 2009.

CINTRA JÚNIOR, Dyrceu Aguiar Dias. *O devido processo legal e a defesa efetiva*. Doutrinas Essenciais de Processo Penal, vol. 1, jun. 2012.

COUTO, Reinaldo. *Curso de Direito Administrativo segundo a jurisprudência do STJ e do STF*. São Paulo: Atlas, 2011.

_____. *Curso prático de processo administrativo disciplinar e sindicância*. São Paulo: Atlas, 2012.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Prática do processo administrativo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

DEZAN, Sandro Lucio. *Ilícito administrativo disciplinar: da atipicidade ao devido processo legal substantivo*. Curitiba: Juruá Editora, 2009.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil I: introdução ao Direito Processual Civil e processo de conhecimento*. Salvador: Editora JusPodivm, 2012.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. *Nova era do processo civil*. São Paulo: Malheiros, 2007.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zenella. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2004.

DONIZETTI, Elpídio. *Curso didático de Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

EÇA, Vitor Salino de Moura; MAGALHÃES, Aline Carneiro. *Concretização do direito fundamental de acesso à justiça na seara laboral através da tutela da evidência*. Disponível em: <<http://vlex.com/vid/direito-acesso-justia-seara-tutela-509201738>>. Acesso em: 13 de abril de 2015.

FAGUNDES, Miguel Seabra. Atualização de Gustavo Binenbojm. *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

FERRAJOLI, Luigi. Traduzida por Alexandre Araujo de Souza, Alexandre Salim, Alfredo Copetti Neto, AnfréKaram Trindade, Hermes Zaneti Júnior e Leonardo Menin. *A democracia através dos direitos: o constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

FERREIRA, D'Andrea. *O controle da Administração Pública pelo Judiciário (direito aplicado)*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

FRANÇA, Vladimir da Rocha. *Eficiência administrativa na Constituição Federal*. Revista de Direito Constitucional e Internacional, vol. 35, abr. 2001.

FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. (Org.). *Responsabilidade civil do Estado*. São Paulo: Malheiros, 2006.

FRIEDE, Roy Reis. *Aspectos fundamentais das medidas liminares em mandado de segurança, ação cautelar, ação civil pública e ação popular*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1993.

GIL, Antonio Carlos. *Como elaborar projetos de pesquisa*. São Paulo: Atlas, 2009.

GOMES, Marcelli Penedo Delgado; MENDONÇA, Samuel. *A tendência de “constitucionalização” do processo civil moderno e a salvaguarda da efetividade processual*. Disponível em: http://ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9690&revista_caderno=21>. Acesso em: 07 de julho de 2014.

GRECO, Leonardo. *Garantias fundamentais do processo: o processo justo*. Revista Jurídica, vol. 305, mar. 2003.

HENNING, Fernando Alberto Corrêa. *Ação concreta: relendo Wach e Chiovenda*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2000.

HENTZ, Luiz Antonio Soares. *Direito Administrativo e Judiciário*. São Paulo: LEUD, 1998.

KERN, Douglas Rysdyk. *A tutela da evidência no Código de Processo Civil vigente e no Projeto do novo CPC*. Disponível em:

<<http://www.conteudojuridico.com.br/monografia-tcc-tese,a-tutela-da-evidencia-no-codigo-de-processo-civil-vigente-e-no-projeto-do-novo-cpc,44248.html>>. Acesso em: 13 de abril de 2015.

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. *Metodologia do trabalho científico: procedimentos básicos, pesquisa bibliográfica, projeto e relatório, publicações e trabalhos científicos*. São Paulo: Atlas, 2007.

LAMY, Eduardo de Avelar. *A distinção entre medidas urgentes e tutela de urgência: consequências para o escopo de sistematização*. Doutrinas Essenciais de Processo Civil, vol. 5, out. 2011.

LEITE, Jorge Salomão (Org.). *Dos princípios constitucionais: considerações em torno das normas principiológicas da Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2003.

LIMA, Marcellus Polastri et al (Org.). *Temas atuais de Direito: estudos em homenagem aos 80 anos do curso de Direito da Universidade Federal do Espírito Santo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

MACIEL, Adhemar Ferreira. *O devido processo legal e a Constituição Brasileira de 1988*. Doutrinas Essenciais de Processo Civil, vol. 1, out. 2011.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2009.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2005.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Princípios gerais de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1969.

MELO, Gustavo de Medeiros. *O princípio da fungibilidade no sistema de tutelas de urgência: um departamento do Processo Civil ainda carente de tratamento adequado*. Doutrinas Essenciais de Processo Civil, vol. 5, out. 2011.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2004.

MORAES, Germana de Oliveira. *Considerações sobre a reforma administrativa: Emenda Constitucional 19, de 04.06.1998*. Revista Tributária e de Finanças Públicas, vol. 34, set. 2000.

MORAIS, Maria Lúcia Baptista. *As tutelas de urgência e as de evidência: especificidades e efeitos*. Revista da Advocacia-Geral da União, vol.10, jul./set. 2011.

MOREIRA, EgonBockmann. *Processo administrativo: princípios constitucionais e a Lei nº 9.784/99*. São Paulo: Malheiros, 2010.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de direito processual: oitava série*. São Paulo: Saraiva, 2004.

MOTTA, Fabrício; FERRAZ, Luciano de Araújo; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Servidores públicos na Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 2011.

NERY JÚNIOR, Nelson. *Do processo cautelar*. Doutrinas Essenciais de Processo Civil, vol. 5, out. 2011.

_____. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

NINA, Aldo Della (Org.). *Dicionário enciclopédico da sabedoria*. São Paulo: Editora das Américas, ca. 1955.2 vol.

_____. *Dicionário enciclopédico da sabedoria*. São Paulo: Editora das Américas, ca. 1955. 3 vol.

NOGUEIRA, Luiz Fernando Valladão. *O projeto do novo CPC e a tutela de evidência*. Disponível em: <<http://valladao.com.br/?publicacoes=o-projeto-do-novo-cpc-e-a-tutela-de-evidencia>>. Acesso em: 13 de abril de 2015.

OLIVEIRAS, André Luiz Pereira de. *Tutela de urgência e efetividade no processo administrativo antitruste brasileiro*. Disponível em: <<http://www.google.com.br/url?url=http://www.esaf.fazenda.gov.br/premios/premios-1/premios/viii-premio-seae-de-monografias-edicao-2013/monografias-2008/1-lugar-tema-1-estudantes&rct=j&frm=1&q=&esrc=s&sa=U&ei=55e6U-eVOOuhSASi8YGwBA&ved=0CBQQFjAA&usq=AFQjCNFkHZWy5LQX8I4JBEjNDS6rLRUSTw>>. Acesso em: 07 de julho de 2014.

ORINONE NETO, Luiz. *Liminares no Processo Civil e legislação processual civil extravagante*. São Paulo: Método, 2002.

PAULINO FILHO, Ronaldo José de Sousa. *A tutela de evidência como instrumento de acesso a um justo processo*. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12650>. Acesso em: 13 de abril de 2015.

PEREIRA JÚNIOR, José Torres. *O direito à defesa na Constituição de 1988: o processo administrativo e os acusados em geral*. Rio de Janeiro: Renovar, 1991.

PEREZ, Miriam Azevedo Hernandez. *A eficácia do princípio da eficiência no Brasil como instrumento garantidos da igualdade material*. Revista dos Tribunais, vol. 865, nov. 2007.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de Direito*. São Paulo: Saraiva, 2003.

RODRIGUES, Daniel Gustavo de Oliveira Colnago. *Processo civil e Constituição: notas sobre a fundamentalidade das tutelas de urgência*. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/17554/processo-civil-e-constituicao-notas-sobre-a-fundamentalidade-das-tutelas-de-urgencia>>. Acesso em: 07 de julho de 2014.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Manual de Direito Processual Civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

RODRIGUES, Rodrigo Cordeiro de Souza. *Tutela antecipada: a efetividade na prestação jurisdicional*. João Pessoa: Gráfica e Editora Imprell, 2007.

SAMPAIO, José Adércio Leite. *A Constituição reinventada pela jurisdição constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

SANCHES, Marcelo Elias. *O conceito do princípio da eficiência*. Revista Tributária e de Finanças Públicas, vol. 55, mar. 2004.

SANTOS, Eduardo Rodrigues dos. *Processo e Constituição*. São Paulo: J. H. Mizuno, 2014.

SANTOS, Gilberto Clementino dos. *Resumo prático de procedimentos administrativos disciplinares: instrumentos de garantia da cidadania*. Curitiba: Juruá Editora, 2011.

SEVERINO, Antônio Joaquim. *Metodologia do trabalho científico*. São Paulo: Editora Cortez, 2008.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Curso de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. 2 vol.

SIMON, Lúcia Lara Araújo de Oliveira e Souza Wernersbach. *Prerrogativas da Fazenda Pública em juízo: uma análise atual de sua real necessidade*. Vitória, 2013.

SOUZA, Carlos Eduardo Silva e. *Medidas de urgência na tutela administrativa ambiental: o princípio da precaução como elemento propulsor*. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=7ffd85d93a3e4de5>>. Acesso em: 07 de julho de 2014.

SPADONI, Joaquim Felipe. *Fungibilidade das tutelas de urgência*. Doutrinas Essenciais de Processo Civil, vol. 5, out. 2011.

TAVARES, André Ramos (Org.). *Justiça constitucional: pressupostos teóricos e análises concretas*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *A garantia fundamental do devido processo legal e o exercício do poder de cautela no Direito Processual Civil*. Doutrinas Essenciais de Processo Civil, vol. 5, out. 2011.

_____. *Curso de Direito Processual Civil: teoria geral do Direito Processual Civil e processo de conhecimento*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

_____. *Processo cautelar*. São Paulo: Editora Universitária de Direito, 2010.

_____. *Tutela de segurança*. Doutrinas Essenciais de Processo Civil, vol. 5, out. 2011.

TUPINAMBÁ, Carolina. *Efetividade: conceito e evolução*. Disponível em: <<http://vlex.com/vid/efetividade-conceito-518891870>>. Acesso em: 13 de abril de 2015.

VASCONCELOS, Rita de Cássia Corrêa. *Fungibilidade na tutela de urgência (uma reflexão sobre o art. 273, § 7.º, do CPC)*. Doutrinas Essenciais de Processo Civil, vol. 5, out. 2011.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Introdução ao estudo do Direito*. São Paulo: Atlas, 2007.

VERDE, Filippo. *I provvedimenti di urgenza*. Pádova: Casa Editrice Dott. Antonio Milani (CEDAM), 2005.

VIANA, Juvêncio Vasconcelos. *Do processo cautelar*. São Paulo: Dialética, 2014.

VIDON, Laura Oliveira. *Proposta de reformulação do Livro III do CPC: algumas reflexões*. Revista Eletrônica de Direito Processual, vol. 1, out./dez. 2007.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Anotações sobre o princípio do devido processo legal*. Doutrinas Essenciais de Processo Civil, vol. 1, out. 2011.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Medidas cautelares e medidas antecipatórias: técnicas diferentes, função constitucional semelhante*. Doutrinas Essenciais de Processo Civil, vol. 5, out, 2011.

ZUFELATO, Camilo. *Tutela da evidência e o Projeto de Novo CPC*. Disponível em: <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/tutela-da-evidencia-e-o-projeto-de-novo-cpc/9769>>. Acesso em: 13 de abril de 2015.

ANEXO

DADOS ESTATÍSTICOS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (PROCESSO AUTUADOS POR RAMO DO DIREITO ANTERIORES A 2014)

RAMO DO DIREITO	2011	2012	2013	2014
DIREITO ADMINISTRATIVO	18724	20627	21933	25609
DIREITO CIVIL	4607	9529	9094	8084
DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE	85	76	129	144
DIREITO DO CONSUMIDOR	6545	6828	5563	5127
DIREITO DO TRABALHO	2990	3284	2186	1642
DIREITO ELEITORAL	1	-	120	408
DIREITO ELEITORAL E PROCESSO ELEITORAL	219	235	240	52
DIREITO ELEITORAL E PROCESSO ELEITORAL DO STF	8	4	1	-
DIREITO INTERNACIONAL	36	18	47	67
DIREITO MARÍTIMO	1	6	4	2
DIREITO PENAL	2265	2591	3349	2973
DIREITO PENAL MILITAR	-	-	67	148
DIREITO PREVIDENCIÁRIO	4017	100012	9858	14020
DIREITO PROCESSUAL CIVIL E DO TRABALHO	8163	8191	7119	8372
DIREITO PROCESSUAL PENAL	5081	4863	5533	6428
DIREITO PROCESSUAL PENAL MILITAR	-	1	24	109
DIREITO TRIBUTÁRIO	6766	6204	6003	6207
PREVIDÊNCIA SOCIAL	1	-	-	-
PROCESSO TRABALHISTA	2	-	-	-
REGISTROS PÚBLICOS	13	17	23	32
SERVIDOR PÚBLICO	1	-	-	-
OUTROS	4104	997	792	569
TOTAL	63629	73483	72086	79993

RAMO DO DIREITO	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010
ADMINISTRATIVO	17219	22544	36040	28754	19046	16812	18917
CIVIL	35412	32928	56151	43698	7380	4557	4416
CONSTITUCIONAL	994	1694	3665	3803	0	0	0
PENAL	2952	4770	5574	5655	1553	7008	1803
TRABALHISTA	3930	4506	6730	8149	6410	14577	2909
TRIBUTÁRIO	9401	11382	18747	16842	15348	7598	7108
SEM CLASSIFICAÇÃO	-	-	-	-	-	7401	9301

OUTROS	908	1003	2172	1199	25534	5676	27002
TOTAL	70816	85207	129079	108100	73321	63629	71656

RAMO DO DIREITO	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003
ADMINISTRATIVO	6524	6624	6243	13080	8647	16769	22870
CIVIL	8683	7030	21713	60813	71743	55872	57128
CONSTITUCIONAL	8751	3949	3687	6740	2732	1783	1123
OUTROS	445	26645	17916	2213	1444	1603	1532
PENAL	2187	947	683	623	966	1102	2155
TRABALHISTA	3449	2534	2708	4433	4802	5996	6071
TRIBUTÁRIO	5617	4273	3086	5376	6060	9205	18382
TOTAL	35656	52002	56036	93278	96394	92330	109261

RAMO DO DIREITO	1990	1991	1992	1993	1994	1995	1996
ADMINISTRATIVO	18441	11565	1820	2683	3641	3591	3316
CIVIL	10	1692	3778	4512	3427	4264	5334
CONSTITUCIONAL	82	2955	13800	11547	13481	9473	8146
OUTROS	16	5	2	2	2	2	24
PENAL	4	464	1251	1461	1743	1987	1933
TRABALHISTA	1	330	712	1001	1638	3651	2498
TRIBUTÁRIO	9	1408	3175	2954	2732	2871	4351
TOTAL	18563	18410	24538	24160	26664	25839	25602