

TESE 61

Proponente: Sabrina Nasser de Carvalho

Área: Cível e Tutela Coletiva

Súmula: Na Ação Civil Pública, quando estiverem presentes os requisitos que ensejam o pedido de tutela de urgência, *inaudita altera pars*, diante do risco de ineficácia da decisão futura, deve-se defender a inconstitucionalidade do artigo 2º da Lei 8.437/92, de forma difusa e em concreto, garantindo o controle da razoabilidade do dispositivo.

Assunto

A tese institucional ora apresentada versa sobre as tutelas jurisdicionais sumárias em sede de ação civil pública. O objetivo é questionar a constitucionalidade, *in concreto*, do artigo 2º da Lei 8.437/1992, que dispõe sobre restrições às tutelas sumárias pleiteadas em desfavor da Fazenda Pública, no bojo da ação civil pública.

Atribuições Institucionais

De acordo com o artigo 5º, inciso II, da Lei 7.347/85, a Defensoria Pública tem legitimidade para o ajuizamento de ação civil pública. A Lei complementar 988/06, em seu artigo 5º, reitera a previsão da legitimidade da Defensoria Pública para patrocinar o processo coletivo

Portanto, a ação civil pública trata-se de instrumento de trabalho constante do defensor público, que deve conhecer as técnicas inerentes ao processo coletivo, as quais diferem, em grande parte, do processo individual.

As tutelas de urgência são mecanismos de efetivação do direito veiculado no processo coletivo. As restrições às referidas tutelas nas demandas propostas contra a Fazenda Pública podem significar empecilho à efetividade do processo coletivo, apesar de legalmente institucionalizadas.

Desta forma, faz-se necessário o aparelhamento de tese institucional que defenda a inconstitucionalidade, em concreto, da limitação às medidas de urgência em face do Poder Público, quando há *periculum in mora* que não resiste à anterior diligência de oitiva do representante da pessoa de direito público.

Fundamentação Jurídica

A efetividade do processo depende fundamentalmente da existência de meios adequados a solucionar os problemas oriundos do plano material. Portanto, ainda que o direito processual seja concebido como sistema instrumental para a aplicação do direito substancial, a cientificidade dos mecanismos estatais de solução de controvérsias não pode ser tratada com somenos importância, e deve estabelecer um estreito diálogo com as premissas do direito material e da realidade social.

Neste contexto, as normas processuais apresentam-nos a técnica de antecipação dos efeitos da tutela, genericamente concebida no artigo 273 do Código de Processo Civil, que exigem determinados requisitos para que o juízo antecipe os efeitos da tutela requerida

A hipótese que nos interessa neste trabalho exige a presença dos seguintes requisitos: verossimilhança fundada em prova inequívoca e do fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação.

A técnica da antecipação dos efeitos da tutela é instrumento indispensável de efetivação da justiça. Sem o referido instrumento, o risco de dano anormal pode comprometer, substancialmente, a satisfação do direito subjetivo da parte.

Por outro lado, não se pode olvidar a importância do Princípio constitucional do contraditório, inerente à sistemática processual. A celeridade processual deve acompanhar a idéia de paridade de armas. Em outras palavras, durante todo o trâmite processual, devem ser franqueadas às partes as mesmas oportunidades de atuação no processo, com os mesmos instrumentos de ataque e defesa.

E por ser um princípio inerente à técnica processual, não pode ser afastada da antecipação da tutela. Portanto, a regra é que, antes da apreciação do pedido de tutela antecipada, o juiz deve ouvir o réu. Trata-se do reconhecimento do processo cooperativo, que tem como premissa estabelecer uma relação dialética entre as partes, com vistas a um processo democrático.

Caso o estabelecimento do contraditório enseje o esvaziamento da efetividade da tutela pleiteada, deve-se realizar a ponderação de princípios, *in casu*, entre o contraditório e a efetividade. Concluindo-se pela efetividade do provimento final, deve-se aplicar o contraditório diferido.

Desta forma, a concessão da providência *inaudita altera pars* é admissível em casos excepcionais. Consoante a doutrina de José Batista Lopes^[1], o critério a ser observado é o mesmo adotado no processo cautelar, devendo-se aplicar analogicamente, a regra do art. 804 do Código de Processo Civil, *in verbis*:

“É lícito ao juiz conceder liminarmente ou após justificação prévia a medida cautelar, sem ouvir o réu, quando verificar que este, sendo citado, poderá torná-la ineficaz, caso em que poderá determinar que o requerente preste caução real ou fidejussória de ressarcir os danos que o requerido possa a vir a sofrer.”

No âmbito do processo coletivo, a antecipação dos efeitos da tutela também se encontra regulamentada, *ex vi* do artigo 12 da Lei de Ação Civil Pública, dispositivo este que versa sobre medidas liminares de natureza satisfativa. O artigo 4º da referida lei, em que pese mencionar expressamente a tutela cautelar, trata-se, na verdade, de tutela inibitória e, portanto, satisfativa.

Entretanto, a questão ganha determinada particularidade com a edição da Lei Federal 8.437/1992, que em seu artigo 2º prescreve:

“No mandado de segurança coletivo e na ação civil pública, a liminar será concedida, quando cabível, após a audiência do representante judicial da pessoa jurídica de direito público, que deverá se pronunciar no prazo de setenta e duas horas.”

De acordo com o referido diploma, haveria necessidade imperiosa de, antes de deliberar sobre a antecipação de tutela requerida, estabelecer o contraditório com o representante da Fazenda Pública, haja vista a possibilidade de suportar o ônus da providência jurisdicional sumária determinada. O dispositivo encontra-se na linha do parágrafo único do artigo 928 do Código de Processo Civil que impede a concessão de liminar possessória contra o Poder Público sem prévia oitiva dos seus representantes judiciais.

Como visto, a técnica processual estabelecida no Código de Processo Civil não tem previsão normativa obrigatória de oitiva da parte contrária antes da análise do pedido de antecipação da tutela. Ainda assim, a interpretação à luz de princípios constitucionais enseja a conclusão que, nos casos em que a eficácia e a efetividade da tutela sumária restar comprometida diante da observância da oitiva da parte contrária, o contraditório deverá ser afastado, sobrepondo-se, reiterando-se, a efetividade e a eficácia.

Desta forma, conclui-se que não é possível estabelecer, *a priori*, que em todos os casos em que há pedido de antecipação dos efeitos da tutela seja observado o Princípio do contraditório. A observância deste princípio não pode ser uma regra jurisdicional, mas sim compreendida como um princípio jurídico, sujeito, portanto, à ponderação no caso concreto e sem hierarquia no plano abstrato em relação aos demais princípios. De acordo com a sistemática principiológica, a ponderação deve ser feita caso a caso, e não de forma abstrata pelo legislador, como ocorreu no artigo 2º da Lei 8.437/1992.

O tratamento legislativo concebido na Lei 8.437/1992 franqueia uma sobreposição, em absoluto, ao princípio do contraditório.

Nesta linha de inteligência, é possível afirmar que o artigo 2º da Lei 8.437/1992 pode ser inconstitucional, no caso concreto, quando a diligência legislativa prescrita, qual seja, a audiência do representante judicial da pessoa jurídica de direito público, comprometa a eficácia da tutela sumária pretendida. Trata-se da aplicação do controle difuso e concreto de constitucionalidade.

Perfilha este entendimento Cassio Scarpinela Bueno:

“Mas, desde que em determinado caso concreto, a prévia oitiva do representante judicial da pessoa jurídica de direito público (ou quem lhe faça as vezes, acrescentamos, à luz do inciso LXIX do artigo 5º, da CF) no prazo de setenta e duas horas seja providência que acarrete a ineficácia do ato, não poderá o juiz sujeitar a concessão da medida ao regime desde artigo 2º à liminar requerida no bojo do mandado de segurança coletivo, ou, acrescentamos, à liminar requerida no bojo (Lei 7.347/85, art. 12) ou preparatoriamente (Lei 7.347/85, artigo 4º) à ação civil pública. Evidentemente que, para chegar a tal conclusão, já deverá o magistrado ter realizado juízo de delibação favorável à tese

do impetrante, concluindo pela militância em seu favor da conservação da "ordem pública" e pela premência do dano que se pretende evitar coma impetração coletiva."[2]

Também comunga deste entendimento Fredie Didier:

"Existindo risco iminente de perda da eficácia da decisão ou mutilação de seus efeitos, não pode subsistir a vedação por inconstitucional."[3]

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tem flexibilizado a observância da diligência prescrita no artigo 2º da Lei 8.437/92, entendendo não haver nulidade em caso de deferimento de liminar *inaudita altera pars*, quando estão presentes os requisitos para o acolhimento da liminar em ação civil pública. É o que se depreende dos seguintes julgados:

"PROCESSO CIVIL – RECURSO ESPECIAL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC – INEXISTÊNCIA – REEXAME DO CONTEXTO FÁTICO-PROBATÓRIO DOS AUTOS – SÚMULA 7/STJ – CONCESSÃO DE LIMINAR SEM A OITIVA DO PODER PÚBLICO – ART. 2º DA LEI 8.437/92 – AUSÊNCIA DE NULIDADE.

(...)

3. Em tese, não se aplica às hipóteses de concessão de liminar em ação de improbidade administrativa a regra de intimação prévia no prazo de 72 horas, prevista no art. 2º da Lei 8.437/92, porquanto, via de regra, a ação não se direciona de forma direta a impugnar ato administrativo da pessoa jurídica de direito público, mas atos praticados por agentes públicos. 4. Ademais, a jurisprudência do STJ tem mitigado, em hipóteses excepcionais, a regra que exige a oitiva prévia da pessoa jurídica de direito público nos casos em que presentes os requisitos legais para a concessão de medida liminar em ação civil pública (art. 2º da Lei 8.437/92). Precedentes do STJ.

5. Aplica-se o princípio da instrumentalidade das formas, inscrito nos arts. 249 e 250 do Código de Processo Civil, quando da nulidade do ato não resultar prejuízo para a defesa das partes. Precedentes. 6. Recurso especial conhecido em parte e, nessa parte, provido em parte."(REsp 1018614/PR, Min. Eliana Calmon, DJe de 06.08.2008).

Quando o objeto da tutela antecipada visa a assegurar o direito à saúde, e sendo esta medida de urgência, há também flexibilização da medida, conforme se depreendo do voto da Ministra Denise Arruda:

Por fim, não há falar em violação do art. 2º da Lei 8.437/92, pois o rigor do referido dispositivo deve ser mitigado em face da possibilidade de graves danos decorrentes da demora no cumprimento da liminar, especialmente quando se tratar da saúde de pessoa idosa que necessita de tratamento médico urgente. O Tribunal de origem também consignou no aresto recorrido (fl. 122):

"(...) o pedido para a antecipação dos efeitos da tutela, assim como nas ações cautelares (vinculadas aos pressupostos da relevância da fundamentação e do perigo na demora) tem exame célere e, dada a urgência natural da demanda que ora se examina, a prévia audiência do representante judicial da pessoa jurídica de direito público era de fato

prescindível, não sendo aplicável o art. 2º da Lei nº 8.437/92."

PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. LIMINAR EM AÇÃO CIVIL PÚBLICA. AUSÊNCIA DA

OITIVA DE PESSOA JURÍDICA DE DIREITO PÚBLICO. DIREITO A VIDA. DESNECESSIDADE. 1. A regra inscrita no art. 2º da Lei n. 8.437/1992 sofre abrandamento em situações nas quais a prévia intimação do ente público para se manifestar sobre a concessão da liminar pode acarretar dano irreparável à vida. 2. Tratando-se de hipótese na qual resta comprovada a necessidade do fornecimento de certo medicamento para garantir a sobrevivência da pessoa humana, deve ser dispensada a prévia oitiva da pessoa jurídica de direito público interessada, sob pena de negar-se o direito à vida.

3. Recurso especial não-provido.(RECURSO ESPECIAL Nº 746.255 – MG, rel. João Otávio de Noronha).

Portanto, é possível o controle concreto e difuso de constitucionalidade do artigo 2º da Lei 8.437/92, nos casos em que se faz necessária a medida de urgência (tutela cautelar ou tutela antecipada) *inaudita altera pars*, ou seja, sem a oitiva do representante judicial da pessoa jurídica de direito público, em setenta e duas horas.

Fundamentação Fática

A importância das medidas liminares, *inaudita altera pars*, ao processo coletivo é, portanto, inegável, mormente no que pertine à tutela inibitória, ou seja, quando a querela visa à tutela jurisdicional que impeça a prática de ato ilícito e a ocorrência do dano.

Consoante a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, as ações civis públicas que veiculam direito à saúde também, recorrentemente, podem exigir urgência que não se compatibiliza com a restrição à medida liminar determinada no artigo 2º da Lei 8.437/92.

A tutela de outros direitos constitucionais fundamentais (de liberdade ou social) também podem exigir celeridade imperiosa e não pode ficar a mercê de regra estática e desarrazoada que retire das tutelas jurisdicionais o valor da efetividade.

O defensor público, no caso concreto, deve analisar a razoabilidade de observância da oitiva imposta de forma abstrata pelo legislador. Estando presentes os requisitos necessários ao deferimento da medida de urgência, e, caso haja risco de ineficácia da decisão futura, há possibilidade de interposição de

agravo de instrumento, com pedido de efeito suspensivo, argüindo a inconstitucionalidade, *in concreto*, do artigo 2º da Lei 8.437/92.

[1] Tutela Antecipada, Ed. Revista dos Tribunais, 4 ed., São Paulo, 2009, p. 120.

[2]BUENO, Cassio Scarpinella. Liminar em mandado de segurança, p. 372.

[3] DIDIER, Fredie, Curso de Direito Processual Civil – Processo Coletivo, p. 312.