

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA
FACULDADE DE DIREITO
CURSO DE DIREITO**

Ariel Brasiel de Almeida

Prerrogativas Processuais da Fazenda Pública e Proporcionalidade.

**Juiz de Fora
2014**

Ariel Brasiel de Almeida

Prerrogativas Processuais da Fazenda Pública e Proporcionalidade.

Monografia apresentada pelo acadêmico Ariel Brasiel de Almeida ao Curso de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora como requisito parcial para a obtenção do título de bacharel em Direito.

Orientadora: Profa. Dra. Luciana Gaspar Melquíades Duarte.

**Juiz de Fora
2014**

Ariel Brasiel de Almeida

Prerrogativas Processuais da Fazenda Pública e Proporcionalidade.

Monografia apresentada pelo acadêmico Ariel Brasiel de Almeida ao Curso de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora como requisito parcial para a obtenção do título de bacharel em Direito. Áreas de concentração: Direito Constitucional, Direito Administrativo e Direito Processual Civil.

Aprovada em 06 de janeiro de 2014.

BANCA EXAMINADORA

Profa. Dra. Luciana Gaspar Melquíades Duarte - Orientadora
Universidade Federal de Juiz de Fora

Prof. Dr. Frederico Augusto D'Avila Riani
Universidade Federal de Juiz de Fora

Profa. Dra. Elizabete Rosa de Mello
Universidade Federal de Juiz de Fora

RESUMO

O presente estudo dedica-se ao problema da constitucionalidade de diversas prerrogativas processuais que a Administração Pública goza ao figurar em juízo. Após a pesquisa qualitativa, conduzida sob a metodologia dedutiva e norteadas teoricamente pelo Pós-Positivismo nas vertentes de Hesse (1991), Alexy (2011) e Dworkin (2002), foi constatado que, para se garantir a máxima eficácia dos direitos fundamentais, o que é sinônimo de proteção do interesse público pelo conceito mais moderno e adequado, os prazos em quádruplo para contestar e em dobro para recorrer, a remessa necessária e a vedação à concessão de tutela antecipada e liminar contrária à Fazenda Pública devem ser considerados constitucionais abstratamente. Porém, ante a possibilidade de que, em algumas hipóteses eles possam acabar restringindo indevidamente direitos fundamentais, é essencial resguardar a aplicação da máxima da proporcionalidade no caso concreto. Portanto, na eventualidade de uma das normas se mostrar inadequada, desnecessária ou desarrazoada, ela será considerada inconstitucional no caso concreto e terá sua aplicação afastada em virtude da supremacia e da normatividade constitucional.

Palavras-chave: Prazos aumentados. Remessa necessária. Tutela antecipada. Interesse público. Proporcionalidade.

ABSTRACT

The present study is dedicated to the problem of constitutionality of many procedural prerogatives of public administration has to appear in court. After the qualitative research, conducted under the deductive methodology and guided theoretically by postpositivism in strands of Hesse (1991), Alexy (2011) and Dworkin (2002), it was found that, in order to ensure maximum effectiveness of fundamental rights, which is synonymous with protecting the public interest by the more modern concept and appropriate the deadlines in quadruple to contest and double for appeal, the necessary remittance and the prohibition to grant early custody and injunction against the Exchequer should be considered constitutional abstractly. However, faced with the possibility that, in some cases they may end up unduly restricting fundamental rights, it is essential to safeguard the application of maximum proportionality in the case. Therefore, in the event that one of the norms show inappropriate, unnecessary or unreasonable, it is considered unconstitutional in the case and will have its application rejected by virtue of the supremacy and constitutional regulations.

Keywords: Increased deadlines. Necessary remittance. Early tutelage. Public interest. Proportionality.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	07
2	TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	09
3	INTERESSE PÚBLICO.....	12
4	PROPOSTA DE SOLUÇÃO: CONTROLE CONCRETO DE CONSTITUCIONALIDADE.....	14
4.1	As prerrogativas processuais da Administração Pública.....	15
4.1.1	Prazos aumentados.....	15
4.1.2	Remessa necessária.....	16
4.1.3	Vedação à tutela antecipada e liminares contra a Fazenda Pública.....	17
4.2	Aplicação do postulado da proporcionalidade no caso concreto.....	19
5	CONCLUSÃO.....	25
6	REFERÊNCIAS	27

1 INTRODUÇÃO

A Administração Pública goza de diversas prerrogativas processuais ao figurar em juízo. De maneira geral, atualmente, todas elas, inclusive as objeto de estudo – o prazo em dobro para recorrer e em quádruplo para contestar, artigo 188 da Lei nº 5.869 (BRASIL, 1973), a remessa necessária, artigo 475, I da Lei nº 5.869 (BRASIL, 1973) e vedação à tutela antecipada, artigo 1º da Lei nº 9.494 (BRASIL, 1997) têm sido consideradas constitucionais em juízo. Já no campo doutrinário, a constitucionalidade de tais dispositivos é controvertida, análise feita muitas vezes com enfoque no princípio da isonomia.

Entre os argumentos normalmente levantados como favoráveis à constitucionalidade estão o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, o possível aumento dos gastos com os órgãos de representação pública caso tais prerrogativas não fossem aplicadas e o fato de que alguns institutos utilizados por advogados particulares não ser aplicáveis aos órgãos de representação Fazenda Pública. Entre os argumentos contrários normalmente suscitados estão o consequente aumento da duração do processo e a suposta violação à paridade de armas.

Dessa forma, tendo em vista a divergência doutrinária citada, o presente trabalho visa analisar a constitucionalidade das prerrogativas processuais da Fazenda Pública elencadas a partir da aferição do peso dos direitos envolvidos em cada caso. Para tanto, serão utilizadas as técnicas de pesquisa bibliográfica, jurisprudencial, legislativa e análise de conteúdo. A pesquisa terá feição multidisciplinar, tendo em vista que a presente monografia envolve elementos tanto do Direito Constitucional, quanto do Direito Processual Civil e do Direito Administrativo, e terá por referencial a Teoria dos Princípios nos moldes trabalhados por Alexy (2011) e Dworkin (2002).

A hipótese suscitada é a de que tais prerrogativas são abstratamente constitucionais, remanescendo, porém, uma necessidade do controle de sua proporcionalidade diante de cada caso concreto. Os interesses conflitantes em dada hipótese podem acarretar na inconstitucionalidade incidental, como, por exemplo, ocorre diante da colisão do direito à vida de quem necessita de uma vaga no hospital com urgência em face da vedação à tutela antecipada contra a Fazenda Pública.

A fim de se confirmar ou refutar as hipóteses levantadas, no capítulo 2 será realizado um estudo sobre a Teoria dos Princípios imanente à Teoria de Direitos Fundamentais de Alexy (2011) e a Teoria de Direito como Integridade de Dworkin (2002).

No capítulo 3, será abordada a noção de interesse público defendida por Justen Filho (2012) e a conseqüente invalidade da noção de supremacia de interesse público sobre o privado. Já no capítulo 4, serão analisadas as prerrogativas objeto de estudo e a necessidade do controle concreto de constitucionalidade, a ser aferida com a ajuda dos preceitos teóricos trabalhados nos dois capítulos anteriores. Finalmente, na conclusão, serão apresentados os resultados do presente trabalho e as novas perspectivas de pesquisa que ele suscita.

2 TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Como já comentado, ante a complexidade do tema, as ideias desenvolvidas por Alexy (2011) serão necessárias para o presente trabalho. Sua teoria sobre os direitos fundamentais está intimamente ligada ao poder normativo da Constituição defendido por Hesse (1991). Para o autor, a Constituição é, ao mesmo tempo, uma decorrência da realidade histórica e dos fatores reais de poder, como também é um elemento que dá forma e modifica a realidade de acordo com o seu conteúdo e sua práxis – portanto, não apenas tem aspecto político-social, mas também um conteúdo jurídico, e, portanto, vinculante.

Alexy (2011) identificou que as normas jurídicas podem ter natureza tanto de princípios, quanto de regras, e, em sua obra, aborda a forma como diferenciá-las. Outra importante contribuição legada pelo autor foi a formulação do modelo para solucionar colisões entre os princípios, o chamado princípio da proporcionalidade.

Preocupado com a previsibilidade e a igualdade, garantias centrais do Estado de Direito, Alexy (2011) criou uma teoria, de vertente pós-positivista, na qual visa resguardar o poder normativo da Constituição e garantir que a aplicação dos direitos fundamentais seja consistente, não meramente pessoal e casuística. Para tanto, criou a chamada teoria da argumentação jurídica.

Regras e princípios são espécies de normas por dizerem respeito ao dever ser. As regras são mais objetivas e têm grau de generalidade relativamente baixo, enquanto os princípios têm grau de generalidade relativamente alto e maior grau de abstração. Também se diferenciam porque princípios são mandamentos de otimização, enquanto as regras seguem o modelo de aplicação do tudo ou nada. Assim, os princípios devem ser realizados na maior medida possível, de acordo com as circunstâncias fáticas e jurídicas, tendo em vista a concomitante necessidade de realização de outros princípios. Anote-se, ainda, que eles também geram direitos ao indivíduo. Dessa forma, não restam dúvidas de que um princípio constitucional pode afastar a incidência de uma norma infraconstitucional, devendo ser aplicado o princípio da proporcionalidade para resolver a colisão caso a norma infraconstitucional tenha fundamento em algum outro princípio constitucional.

O princípio da proporcionalidade destina-se a esclarecer qual o princípio prepondera em cada caso. Ele contempla três momentos de análise, concebidos como máxima da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito, ou ponderação. A máxima da adequação serve à identificação de quais condutas são aptas a concretizar

determinado princípio. A da necessidade destina-se a identificar em qual extensão determinada conduta, que concretiza o princípio inicialmente considerado, prejudica ou concretiza em menor medida o princípio conflitante. Finalmente, a da proporcionalidade em sentido estrito ou ponderação identifica o peso relativo dos princípios conflitantes no caso para determinar qual conduta deve ser adotada dentro das medidas adequadas e necessárias. Identificada a conduta que melhor atende aos princípios envolvidos, atendidas as condições estabelecidas, surge a norma jurídica adstrita às condições do caso, com natureza de regra. Portanto, cumpre esclarecer que a expressão máxima – e não princípio¹ - da proporcionalidade seja tecnicamente mais adequada, já que ela consiste em uma regra de aplicação inafastável diante do conflito entre outros princípios. De fato, não se pode tomar medida inadequada, desnecessária e desproporcional sob pena de violar o direito do administrado.

Com base na máxima da proporcionalidade, é possível analisar se determinada norma instituidora de uma prerrogativa processual não merece ser aplicada no caso concreto, ou mesmo compor o ordenamento, caso o interesse público assegurado por ela tenha peso relativamente menor que a lesão à celeridade ou mesmo à paridade de armas, princípios também constitucionalmente assegurados aos administrados.

Dworkin (2002) também desenvolveu uma Teoria dos Princípios chamada de Teoria da Integridade - que se aproxima da teoria dos princípios de Alexy (2011) - visando garantir previsibilidade, igualdade e racionalidade na tomada de decisões. Em sua obra, também se vislumbra a qualificação das normas como princípios ou regras e a necessidade de garantir previsibilidade e igualdade no processo de aplicação do Direito, sendo certo que a adoção de uma teoria da argumentação jurídica focada na integridade do Direito, teoria abordada a seguir, garantem a análise criteriosa das prerrogativas processuais da Fazenda Pública.

Para tanto, Dworkin (2002) parte do pressuposto de que existe um dever judicial de seguir os princípios jurídicos, não em decorrência por uma moralidade pública defendida por Hart, mas pela já abordada força normativa da Constituição. A norma jurídica a regular o caso concreto deve ser anterior a ele, de maneira que o aplicador do Direito deve realizar uma verdadeira tarefa hercúlea, construindo uma teia jurídica concisa e coesa que justifique as decisões anteriores, as presentes e as futuras.

Para essa construção jurídica, é necessário não só analisar as normas jurídicas vigentes, como também as práticas sociais que envolvem o caso e a jurisprudência, sempre

¹ Estes não tem valor absoluto e apresentam peso relativo em relação a outros princípios envolvidos no caso concreto, o que não se verifica com a proporcionalidade.

pautado pelos conceitos de justiça, equidade e devido processo legal. As decisões judiciais possuem força gravitacional, que decorrem da necessidade de se tratar do mesmo modo casos semelhantes. Na análise das decisões judiciais, diferenciam-se os argumentos de política dos argumentos de princípio, já que a aludida força gravitacional é atribuída apenas aos argumentos de princípio, não aos de política. Os argumentos de política são aqueles que estabelecem um objetivo a ser alcançado, que envolvem políticas públicas; portanto, ficam restritos a sua força de promulgação, ou seja, a sua capacidade de se incorporarem ao Direito. A vinculação aos precedentes não impede a transformação do Direito, mas exige maior argumentação para se afastar dele. Dessa forma, é criado um esquema de princípios abstratos e concretos capaz de justificar coerentemente os precedentes e as próprias disposições constitucionais e legislativas e, ao se deparar com o caso concreto, a sua decisão deve ser de acordo com a teoria criada.

Sua conclusão é de que muito embora seja possível que a teia inconsútil de cada intérprete do Direito possa variar levemente, de acordo com cada um, só haverá uma decisão possível e correta, mesmo para os casos difíceis, sendo que eles apenas exigem maior esforço argumentativo para sua decisão.

Conclui-se, portanto, ser necessária a aplicação do princípio da proporcionalidade e a adoção de uma teoria da argumentação jurídica focada na integridade do Direito para uma análise criteriosa das prerrogativas processuais da Fazenda Pública.

Vale a pena ressaltar, ainda, que o princípio da proporcionalidade tem aplicação tanto no controle abstrato de constitucionalidade, quanto no controle concreto. Basicamente o primeiro é o controle realizado pelo Supremo Tribunal Federal enquanto corte constitucional, o pedido é o reconhecimento da constitucionalidade ou inconstitucionalidade da norma, sendo certo que há apenas normas jurídicas em conflito e o efeito da decisão é *erga omnes*. Já o controle concreto de constitucionalidade é realizado por qualquer grau de jurisdição, a inconstitucionalidade da norma é uma causa de pedir do processo e questão incidental, bem como existem partes litigantes e as condições específicas do caso são levadas em conta, tendo como resultado uma decisão *inter partes*.

3 INTERESSE PÚBLICO

A noção de interesse público que melhor se adequa à Teoria dos Princípios abordada no capítulo anterior é a proposta por Justen Filho (2012). As ideias defendidas pelo referido doutrinador são no sentido de que o princípio básico do Direito Administrativo é o da supremacia e indisponibilidade dos direitos fundamentais.

O autor visa superar o tradicional princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, tendo em vista que, ao propor uma superioridade absoluta do interesse público quando colidente com interesses privados, referida norma se comportaria como uma regra, que, porém, não tem substrato no sistema constitucional vigente, que salvaguarda direitos individuais com sobremaneira importância.

Ademais, sustenta o autor que não existe interesse público *a priori* identificado. Invocar a supremacia do interesse público sobre o privado sem a correta identificação do que é interesse público contribui para o aumento da discricionariedade dos gestores públicos; conseqüentemente, prejudica o controle dos atos governamentais e a concretização dos verdadeiros objetivos traçados pela Constituição.

Interesse público não é simplesmente o interesse do ente estatal, nem é o interesse do agente que pratica o ato. Também não se pode entendê-lo como o interesse da totalidade dos indivíduos, até pela dificuldade/impossibilidade de consenso absoluto. Não é meramente o interesse da maioria dos indivíduos, haja vista a democracia não se tratar de ditadura da maioria, e muito menos é o interesse de alguma minoria ou indivíduo arbitrariamente escolhido. Para definir o interesse como público, não resta alternativa além de encontrar um fator ético que o diferencie, de modo que a supremacia do interesse público perde a importância tradicionalmente atribuída.

Como já abordado no capítulo anterior, a Constituição apresenta força normativa, sendo certo que é necessária a concretização máxima dos direitos fundamentais, motivo pelo qual a conduta mais adequada, necessária e proporcional em face dos direitos envolvidos não é uma alternativa que pode ser escolhida, mas a conduta que deve ser tomada. Não se pode esquecer, ainda, que tais direitos são atribuídos ao Estado inclusive para aumentar seu grau de concretização. Portanto, é a indisponibilidade e a necessidade de otimização de determinado interesse que o torna público, sendo, pois, esta imposição ética de concretizar os direitos fundamentais, com enfoque na dignidade da pessoa humana, a característica do Direito Administrativo.

Partindo desta constatação, não é possível sustentar toda e qualquer prerrogativa processual para a Fazenda Pública com base no já superado princípio da supremacia do

interesse público sobre o privado; percebe-se a possibilidade de que uma prerrogativa processual abstratamente considerada como constitucional mostre-se, no caso concreto, inconstitucional em virtude da desproporcionalidade da restrição aos direitos fundamentais envolvidos. Disto decorre a necessidade de um controle concreto de constitucionalidade das prerrogativas processuais da Fazenda Pública, sendo o que se sustenta neste trabalho.

Finalmente, também é relevante deixar claro que, ao contrário da classificação clássica de interesse público feita por Mello (2010), a noção de Justen Filho (2012) não divide interesse público em primário e secundário, de forma que, enquanto sua teoria for seguida, não há que se falar em interesse público primário e secundário, mas apenas em interesse público ou interesse não público.

Mello (2010) divide interesse público em primário, o interesse do corpo social (exemplo: educação), e secundário, o interesse do próprio ente da administração de forma semelhante a qualquer pessoa jurídica (exemplo: obter receitas), e determina que os interesses secundários podem tanto estar de acordo com os interesses primários (exemplo: arrecadar por meio da tributação dentro dos limites legais), quando são vistos como instrumentais para atingirem os interesses públicos primários, portanto nesse caso devem ser legitimamente perseguidos, quanto podem ser contrários a ele (exemplo: arrecadar por meio da tributação abusiva), situação na qual devem ser rechaçados.

Justen Filho (2012) simplesmente não faz essa divisão. Ou o interesse é público, independentemente da conduta concretizar direitos fundamentais de forma imediata (exemplo: investir em educação) ou mediata (exemplo: tributar para obter recursos para investir em educação), de forma que deve ser perseguido, ou não é público (exemplo: tributar abusivamente), e por isso não deve ser buscado pelo Estado.

4 PROPOSTA DE SOLUÇÃO: CONTROLE CONCRETO DE CONSTITUCIONALIDADE

Inicialmente, cumpre esclarecer que as prerrogativas em análise, porque visam defender o interesse público, cujo conteúdo é justamente a garantia de direitos fundamentais, são abstratamente consideradas constitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, a despeito de implicarem a restrição de outros direitos.

O argumento mais recorrentemente adotado em sua defesa é no sentido de que elas não caracterizam violação ao princípio da isonomia por serem formas de combater a desigualdade material existente entre a atividade de advocacia privada e a Administração Pública e seus órgãos de representação.

Porém, será demonstrado que, se elas visam defender o interesse público, também são um meio de realização de direitos fundamentais, exigindo, assim, a ponderação entre aqueles direitos por elas abstratamente promovidos e os direitos fundamentais do indivíduo por elas restringidos no caso concreto.

Muitas vezes, os trabalhos acadêmicos que defendem a inconstitucionalidade das prerrogativas processuais da Fazenda Pública apresentam casos em que elas podem ser injustas. Valem-se do argumento de que, em tais hipóteses, mostram-se muito protetivas à Administração e causam desequilíbrio e prejuízo extremamente gravoso aos particulares. Desta forma, muitos sustentam que as prerrogativas processuais em estudo seriam inconstitucionais por poderem acarretar tais situações. A título de exemplo, tem-se a monografia de conclusão de curso de Carvalho (2010), que utiliza como argumento contrário à constitucionalidade dos prazos aumentados a situação limítrofe do uso de modelos de computador para a defesa da Fazenda Pública em causas repetitivas e preponderantemente de direito. O referido trabalho se vale de um exemplo em que o tempo e o esforço para a defesa da Administração são mínimos, mesmo sabendo que tal situação não é a preponderante e é a que mais se afasta da essência do defendido pelo instituto.

A inferência que se logrou, porém, com o presente estudo, é de que se faz necessária a aplicação do princípio da proporcionalidade, no caso concreto, de maneira a impedir que as prerrogativas processuais públicas impliquem em restrições indevidas aos direitos fundamentais dos indivíduos. Os prazos aumentados, a remessa necessária e a vedação da concessão da tutela antecipada contrária à Fazenda Pública não deverão ser aplicadas caso se mostrem inadequadas, desnecessárias ou desproporcionais em sentido estrito em hipóteses determinadas. Será defendido que o juiz, no caso concreto, deve identificar os elementos determinantes das prerrogativas: os direitos que visam proteger, qual sua exata

extensão, quais situações pretendeu-se regular e cotejá-los com os direitos do particular conflitantes.

Para tanto, conforme preceitua a Teoria do Direito como Integridade que norteia o presente trabalho, deve-se analisar não só os motivos apontados pelo legislador, pela doutrina e pela jurisprudência - sobretudo do Supremo Tribunal Federal, tendo em vista sua função de uniformizador de jurisprudência – para a existência da prerrogativa e o peso conferido por eles aos valores por ela tutelados, comparando-os com o peso também por eles dispensados aos direitos dos indivíduos sacrificados no caso em exame. A partir de então, inicia-se a aferição da proporcionalidade de tais medidas na hipótese concreta.

4.1 As prerrogativas processuais da Administração Pública

4.1.1 Prazos aumentados

O artigo 188 da Lei nº 5.869 (BRASIL, 1973) determina que, quando a parte, num processo judicial, for a Fazenda Pública ou o Ministério Público, computar-se-á em quádruplo o prazo para contestar e em dobro o prazo para recorrer.

Inicialmente, cumpre reafirmar que tal prerrogativa é considerada constitucional pelo Supremo Tribunal Federal, como se vê claramente no acórdão do Recurso Extraordinário nº 181138-2-SP (BRASIL, 1995).

A justificativa imanente à sua criação é a de que os entes públicos atuam no processo em virtude do interesse público; portanto, é necessário garantir sua melhor e mais ampla defesa, evitando-se prejuízos indevidos ao Erário, o que seria custeado por toda sociedade. Este argumento, inclusive, milita em benefício de todas as prerrogativas processuais que serão analisadas.

Outro argumento usado para sua criação é a burocracia da Fazenda Pública, o que dificulta o acesso dos procuradores aos fatos, elementos e dados da causa e até mesmo o seu volume de trabalho, já que eles, diferentemente dos advogados particulares, não podem recusar causas, nem mesmo se valer do instituto da sub-rogação.

Em virtude de ser o primeiro contato do advogado público com o processo, o aumento do prazo para contestar é superior ao aumento do prazo para recorrer, sendo certo

que, muitas vezes, ele depende de subsídios da pessoa jurídica que representa, o que pode demorar.

A interpretação majoritária do artigo é no sentido de que “contestar” se refere às diversas formas de defesa, tanto à contestação propriamente dita, quanto à exceção e à reconvenção.

Deve-se ressaltar, ainda, que nem todos os atos processuais são abarcados pelos prazos aumentados, apenas apresentação de defesa e interposição de recurso. Não são abrangidos pela norma a apresentação de contrarrazões, o prazo de cinco dias para apresentação dos originais, caso utilizado algum meio de transmissão de dados estabelecido pelo artigo 2º da Lei nº 9.800 (BRASIL, 1999), apresentação do rol de testemunhas, etc. O aumento do prazo também não é aplicável quando há regra específica fixando prazo próprio, o que ocorre, por exemplo, no caso da ação popular regida pela Lei nº 4.717 (BRASIL, 1965).

O Projeto de Lei Federal nº 166 (BRASIL, 2010) prevê, em seu artigo 186, prazo em dobro para a Fazenda Pública, o Ministério Público e a Defensoria Pública para se manifestar nos autos. Se, por um lado, o prazo para contestar pode vir a ser reduzido quando comparado com o atual, por outro, a proposta é de que serão em dobro as manifestações em geral, não apenas contestar e recorrer.

4.1.2 Remessa necessária

O artigo 475, I da Lei nº 5.869 (BRASIL, 1973) determina que a sentença proferida contra a Administração Pública está sujeita ao duplo grau de jurisdição obrigatório, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal superior. Não está sujeita à remessa necessária a sentença de valor não superior a sessenta salários mínimos ou quando fundada em jurisprudência ou súmula do plenário do Supremo Tribunal Federal ou em súmula do tribunal superior competente.

Tal prerrogativa também é tida como constitucional pelo Supremo Tribunal Federal; inclusive, a Súmula nº 423 do Supremo Tribunal Federal (BRASIL, 1964) determina que não transita em julgado a sentença que omite o chamado recurso *ex officio*.

A denominação recurso *ex officio* não é a mais adequada, tendo em vista que o instituto em análise, conforme entendimento mais acertado, não tem natureza de recurso. Isso se confirma pela posição topográfica do instituto, que não está elencado no rol do artigo 496 e

está fora do “Título X- Dos Recursos” da Lei nº 5.869 (BRASIL, 1973). O juiz simplesmente remete os autos ao tribunal; carece de voluntariedade, interesse em recorrer, legitimidade, tempestividade e dialeticidade. O instituto consiste, pois, em condição de eficácia da sentença, tendo em vista que, apenas após a confirmação pelo tribunal, produzirá os efeitos pretendidos.

O fundamento básico apontado para a existência desse instituto é, também, a proteção do interesse público. A revisão obrigatória existe para evitar erros, suprimir lacunas e, é claro, garantir o reexame mesmo caso o procurador não interponha o recurso cabível no prazo, de forma a proteger o patrimônio público.

O Projeto de Lei Federal nº 166 (BRASIL, 2010), caso aprovado, na redação atual de seu artigo 478, § 2º, alterará o limite mínimo para aplicação da remessa necessária de sessenta para mil salários mínimos, tornando muito mais restrita sua aplicação. Observa-se, com isso, uma redução no peso abstratamente atribuído ao interesse público, tendo em vista que a proposta de alteração exige que a possível lesão ao erário seja maior para ensejar a aplicação desse instituto que conflita com os direitos do particular parte contrária do processo.

4.1.3 Vedação à tutela antecipada e liminares contra a Fazenda Pública

Diversas normas infraconstitucionais já foram editadas vedando a concessão de liminares contra a Fazenda Pública. Entre elas estão a Lei nº 2.770 (BRASIL, 1956), Lei nº 4.348 (BRASIL, 1964), Lei nº 5.021 (BRASIL, 66), Lei nº 8.076 (BRASIL, 1990), Lei nº 8.437 (BRASIL, 1992) e finalmente foi editada a Lei nº 9.494 (BRASIL, 1997).

A última lei surgiu em um período em que diversas demandas eram propostas em face da União visando receber o reajuste de 28,86%. Na época, surgiram a Lei nº 8.622 (BRASIL, 1993) e a Lei nº 8.627 (BRASIL, 1993), concedendo reajuste apenas às graduações superiores das Forças Armadas. Milhares de servidores civis, e mais recentemente servidores militares de patente mais baixa, alegando se tratar de revisão geral dos servidores públicos e, conseqüentemente, violação à não distinção de índices entre servidores públicos e militares, ajuizaram ações judiciais visando a obtenção do reajuste mais alto previsto nessas leis, 28,86%; inclusive, aduziam pedido de tutela antecipada. Os diversos pedidos de tutela antecipada eram concedidos, o que trouxe grave prejuízo ao equilíbrio orçamentário, já que uma verba pensada apenas para parte dos servidores foi estendida para um número muito

maior, e o Estado era compelido a pagar mesmo antes de eventual condenação transitar em julgado.

A Lei nº 9.494 (BRASIL, 1997) veda a concessão de medida liminar ou tutela antecipada que tenha por objeto a compensação de créditos tributários, a entrega de mercadorias e bens provenientes do exterior, a reclassificação ou equiparação de servidores públicos e a concessão de aumento ou a extensão de vantagens ou pagamento de qualquer natureza.

A referida lei está de acordo com as normas da Constituição, conforme decisão proferida na Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 4 (BRASIL, 1999), mas o entendimento adotado pelo Supremo Tribunal Federal é restritivo. A vedação não alcança a tutela antecipada com consequências financeiras indiretas, o que inclui reincorporação ou nomeação em concurso público. É necessário ressaltar, ainda, que a Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 4 (BRASIL, 1999) não se aplica às ações de natureza previdenciária, nos termos da Súmula nº 729 do Supremo Tribunal Federal. Obrigações de fazer, não fazer e entregar coisa não são afetadas, salvo no caso de bens e mercadorias provenientes do exterior.

A vedação da concessão de liminares e tutela antecipada contrária a Fazenda Pública, conforme Exposição de Motivos da Medida Provisória nº 1570 (BRASIL, 1997) que foi convertida na referida lei, surgiu para evitar o pagamento de vantagens pecuniárias indevidas, sem previsão orçamentária e de difícil ressarcimento. A situação é ainda mais grave em processos de caráter coletivo, por dificultar não só a execução, como também o controle dos pagamentos. Muitas decisões liminares ou antecipatórias, por não estar configurado de forma plena o contraditório e a ampla defesa, acarretam erros judiciais, o que causa danos às finanças públicas.

A doutrina e a jurisprudência também abordam outros argumentos em defesa da constitucionalidade da vedação da concessão de liminares e tutela antecipada contrária a Fazenda Pública. Alguns afirmam que a sistemática dos precatórios não é compatível com a ideia de urgência e reversibilidade das liminares e da tutela antecipada. Se fosse concedida uma tutela antecipada contrária à Fazenda Pública determinando o pagamento de determinado valor, caso o pagamento por meio de precatório fosse respeitado, a medida não seria capaz de remediar o “perigo da demora”. Caso fosse adotado procedimento mais célere, além de violar o artigo nº 100 da Constituição (BRASIL, 1988), também surgiria a contradição de que o valor concedido por tutela antecipada ou liminar em determinado dia, decisão com base em cognição não exauriente e que até mesmo pode ser reformada posteriormente, ser recebido

mais rapidamente que o mesmo valor decorrente de uma sentença transitada em julgado no mesmo dia. A tutela antecipada teria “mais força” que a sentença transitada em julgado.

Outro argumento relevante é a abrangência da concessão da tutela antecipada ser questão de política processual. Se, por um lado, sua concessão visa garantir a utilidade da decisão para a parte autora, por outro, por ocorrer antes da garantia plena do contraditório e da ampla defesa, pode gerar prejuízos e insegurança ao réu, mesmo nas relações entre particulares. Mesmo adotando-se a teoria de que a tutela antecipada deriva da inafastabilidade da tutela jurisdicional, uma garantia constitucional, percebe-se que ela conflita com a segurança jurídica da parte contrária e outras garantias constitucionais, de forma que pode ser restringida.

4.2 Aplicação do postulado da proporcionalidade no caso concreto

Os princípios constitucionais, conforme o marco teórico adotado, não servem apenas para orientar a criação de leis em abstrato, como também servem para regular o caso concreto.

Muito embora as prerrogativas estudadas mostrem-se constitucionais abstratamente consideradas, pode ocorrer que, pelas peculiaridades do caso concreto, elas se mostrem deveras restritivas de direitos fundamentais de elevado peso do particular e conseqüentemente inconstitucionais.

Para ilustrar a proposta sustentada com esta pesquisa, serão criados e analisados casos a serem utilizados como exemplo e modelo do controle concreto de constitucionalidade proposto.

Suponha-se que determinado indivíduo efetue a compra de um videogame de empresa no exterior. O referido bem teria sido enviado pelos Correios, mas ao adentrar o país, ele teria sido apreendido pela fiscalização após ser constatada irregularidade no pagamento do Imposto de Importação. O indivíduo ajuizaria demanda de natureza tributária cujo pedido principal seria a declaração da correção do pagamento já efetuado do Imposto de Importação e a conseqüente liberação do bem. Aduziria ainda, pedido de concessão da tutela antecipada para garantir a imediata entrega do videogame.

A entrega de mercadorias e bens provenientes do exterior é caso típico de verdadeira vedação da concessão da tutela antecipada contra a Fazenda Pública. Não é

necessário muito esforço argumentativo para negar a entrega, por força de antecipação de tutela, de videogames apreendidos de propriedade de uma pessoa física. Da mesma forma, poderia o magistrado aplicar as prerrogativas dos prazos aumentados e vedação da tutela antecipada, mas, desde já, pode-se afirmar que, muito embora constitucional, não seria o caso de aplicar o artigo 475, I, da Lei nº 5.869 (BRASIL, 1973) em face do reduzido valor da causa. Entretanto, será utilizado o método desenvolvido por Alexy (2011) para exame da pertinência da aplicação das demais prerrogativas processuais em exame.

Para aplicação do princípio da proporcionalidade, é necessário verificar se determinada conduta é adequada, necessária e proporcional em sentido estrito. No caso proposto, por um lado, podem ser suscitados o direito à propriedade e ao lazer, respectivamente previstos nos artigos 5º e 6º da Constituição (BRASIL, 1988), e, por outro, o financiamento do Estado. Indiretamente, garantir as receitas do Estado implica assegurar o interesse público, qual seja, garantir os direitos fundamentais à saúde, educação, segurança, entre outros. Especificamente quanto à remessa *ex officio*, também está em jogo a razoável duração do processo.

Inicialmente, é necessário aferir se a restrição à tutela antecipada é adequada. Como abordado na Exposição de Motivos da Medida Provisória nº 1.570 (BRASIL, 1997), muitas vezes, conceder a liminar pode acarretar prejuízo ao erário de difícil ressarcimento. Caso a liminar seja concedida, o autor pode simplesmente receber os videogames sem ter pago o imposto devido e, mesmo que o pedido seja julgado improcedente, ficar com os bens e nunca pagar o imposto no valor correto. Dessa forma, a vedação da tutela antecipada se mostra medida adequada para evitar prejuízos ao patrimônio público.

Os prazos aumentados também se mostram adequados, tendo em vista que evitam prejuízos ao erário ao garantir sua melhor e mais ampla defesa.

Já a máxima parcial da necessidade visa identificar se a medida é indispensável para se garantir o direito considerado, se existe meio menos gravoso para atingir o fim pretendido. No caso analisado, a menos que o autor esteja disposto a prestar contracautela, a depositar em juízo o valor considerado como devido pelo Fisco, não há outra medida apta a garantir o pagamento. O resultado obtido é que tal medida é necessária.

O mesmo pode-se afirmar em relação ao artigo 188 da Lei nº 5.869 (BRASIL, 1973). Sem os prazos aumentados, pode não ser possível aos advogados públicos atuar no caso com tempo suficiente para pedir e receber os subsídios necessários a esclarecer o caso e possibilitar uma defesa adequada.

Finalmente, parte-se para a análise da proporcionalidade em sentido estrito. A proteção das receitas do Estado é concretizada em tal medida a justificar a limitação ao direito de propriedade e lazer do indivíduo? Para tal análise, é necessário, em conformidade com a Teoria do Direito como Integridade, verificar o peso doutrinário e jurisprudencial atribuído aos princípios conflitantes. Procedendo a tal exame, percebe-se que a própria Constituição (BRASIL, 1988) limita o direito de propriedade para garantir o financiamento do aparato estatal definindo o sistema tributário. O direito de tributar do Estado não é ilimitado, é verdade, mas apenas com o julgamento do mérito, ao final da demanda, será possível aferir se ocorreu alguma irregularidade e violação ao direito do indivíduo, mas até lá, os atos são presumidos como válidos. Percebe-se, ainda, que o peso dado ao direito ao lazer pela compra de videogames, bem considerado como supérfluo, também é relativamente muito menor que do custeio da máquina pública e todos os demais direitos fundamentais indiretamente garantidos à coletividade. Dessa forma, pode-se concluir que a norma é proporcional e constitucional, devendo ser aplicada ao caso concreto e, assim, sustentar o indeferimento da liminar.

Tal análise é a mesma para os prazos aumentados, com única exceção na necessidade de exame da razoável duração do processo. Em atenção à aludida Teoria do Direito como Integridade, percebe-se que o peso dado pelo ordenamento ao princípio da celeridade é elevado; tanto é verdade que várias mudanças legislativas recentes têm por objetivo reduzir a duração do processo. Entretanto, a extensão na qual a razoável duração do processo é prejudicada não é representativa. Atualmente, é comum um processo demorar vários anos para transitar em julgado, mesmo sem que a Fazenda Pública seja parte. Uma notícia publicada no site do Superior Tribunal de Justiça² em 2012, tomando como base os estudos de Paulo Hoffman, aponta como sendo de 5 anos a duração média de um processo; já no site do Senado³, em recente notícia de 01 de outubro de 2013, há informação de que, segundo o Secretário de Reforma do Judiciário, Flávio Caetano, atualmente tramitam cerca de 90 milhões de processos no Judiciário com duração média de 10 anos para serem concluídos. Caso somados os prazos adicionais da Fazenda Pública de todas as manifestações ao longo do processo, o resultado será de alguns meses. Estima-se 45 dias pela contestação, 20 para embargos de declaração da sentença e de possíveis acórdãos no Tribunal Regional Federal ou

²Notícia fornecida no site http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=106427. Acesso em: 12 de dez. de 2013

³Notícia fornecida no site <http://www12.senado.gov.br/noticias/materias/2013/10/01/ministerio-da-justica-entrega-a-renan-calheiros-proposta-de-marco-legal-da-mediacao/tablet>. Acesso em: 12 de dez. de 2013

Tribunal de Justiça, Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal, e mais 45 da apelação, Recurso Especial e Recurso Extraordinário. Conclui-se, portanto, que muito embora a preocupação do legislador com a demora do processo seja grande, não é a exclusão dos prazos aumentados que resolverá o problema, de forma que a aplicação do artigo 188 da Lei nº 5.869 (BRASIL, 1973) é proporcional.

À guisa de um segundo exemplo, considere-se que determinado hospital particular compre de uma empresa no exterior um avançado e caro equipamento que é apto e necessário para o tratamento de determinado tipo de doença grave e fatal. O referido bem teria sido enviado para o Brasil, mas, ao adentrar o país, ele foi apreendido pela fiscalização após ser constatada irregularidade no pagamento do Imposto de Importação. O hospital ajuizou demanda de natureza tributária cujo pedido principal foi a declaração da correção do pagamento já efetuado do Imposto de Importação e a consequente liberação do bem. Aduziu, ainda, pedido de concessão da tutela antecipada para garantir a imediata entrega do equipamento médico.

Agora, para determinar ou denegar a entrega liminar do equipamento, é exigido maior ônus argumentativo do juiz, haja vista os direitos envolvidos. A concessão de liminar para garantir a entrega de mercadorias e bens provenientes do exterior é caso típico, não restando dúvidas de que é vedada pela lei, mas, pode, conforme será avaliado a seguir, mostrar-se inconstitucional.

Os direitos em conflito são a propriedade, vida e saúde, por um lado, e por outro o equilíbrio econômico financeiro, e consequentemente os outros direitos fundamentais cuja concretização é favorecida pelo interesse público do Estado. Para análise da adequação e da necessidade, novamente vai-se em busca dos motivos que determinaram a criação do artigo 1º da Lei nº 9.494 (BRASIL, 1997) e sua declaração de constitucionalidade abstratamente considerada. Com o mesmo raciocínio anterior, percebe-se que a vedação da concessão da liminar é medida adequada a garantir a arrecadação por parte do erário e os prazos aumentados para garantir a adequada defesa do Fisco.

Como, agora, a remessa necessária, ante o valor da causa, pode vir a ser aplicada na eventualidade da ação ser julgada procedente, ela deve ser analisada. A adequação da medida é configurada por evitar erros, suprimir lacunas e garantir o reexame, inclusive no caso de o procurador público não interpor o recurso cabível no prazo, de forma a proteger o erário. Ela deveria ser considerada inconstitucional, entretanto, se porventura, durante o processo, fosse constatado que o embaraço aduaneiro decorresse de um erro material reconhecido até mesmo pelo procurador do feito. A prerrogativa em questão não seria

adequada para proteger os interesses pretendidos. Uma vez identificado que houve erro material, foi adicionado um zero ao calcular o imposto, por exemplo, e esse erro foi descoberto pelo autor e reconhecido pelo juiz e pelo próprio réu, aplicar tal medida remetendo o processo para o tribunal seria indiferente quanto à correção de possíveis erros de julgamento, simplesmente novamente se reconheceria o erro material como causador da incorreção do valor cobrado, e até mesmo contrário à proteção do patrimônio público, os gastos seriam aumentados ao se enviar o processo para ser julgado novamente pelo tribunal. Nesse caso, a prerrogativa seria inconstitucional devido a sua inadequação.

Aplicando-se, então, a máxima da necessidade em relação aos prazos aumentados, da vedação da medida liminar e da remessa *ex officio* vale-se do mesmo raciocínio do caso anterior para se concluir pela necessidade da medida.

O momento chave para o caso é a análise da proporcionalidade do artigo 1º da Lei nº 9.494 (BRASIL, 1997). Enquanto, no caso anterior, o financiamento da máquina estatal tinha precedência sobre a propriedade e o lazer, agora estão envolvidos o direito à saúde e à vida. O referido equipamento médico é necessário para a proteção da vida de muitas pessoas. Ante a existência de diversas pessoas enfermas que dependem do tratamento, é certo que a demora na entrega dos aparelhos causará grave lesão, não ao direito do hospital autor da demanda, mas ao grupo de indivíduos por ele tratado. Ante a gravidade da lesão, a prerrogativa em análise somente será proporcional caso o peso relativo das finanças públicas seja superior e o nível de lesão pela desconsideração do referido artigo seja equivalente, conforme exige Dworkin (2002). Percebe-se que o peso relativo dado pelo legislador e pelo Judiciário ao direito à saúde e à vida é superior ao financiamento da máquina estatal. Têm-se entendido que, sem que seja garantido o direito à saúde, todos os outros direitos do sujeito ficam prejudicados. A saúde e a vida, basicamente, só não são concretizadas por impossibilidades fáticas. O informativo 582 do Supremo Tribunal Federal aborda, entre outros assuntos, o direito à saúde. Ao relacionar o referido direito com a necessidade de políticas públicas, concluiu-se que não é possível fazer prevalecer contra esse direito fundamental um interesse financeiro e secundário do Estado. Seguindo esse entendimento, em diversas oportunidades, o Poder Judiciário em geral concede medidas para garantir seu núcleo central, mesmo que isso acarrete gastos para o Estado, como, por exemplo, determinando a distribuição de medicamentos e a internação em leitos hospitalares. Essa também é a linha seguida majoritariamente pela doutrina. Na jurisprudência, dificilmente o direito à saúde é restringido e o direito à vida é visto até mesmo como indisponível. Mesmo em os casos envolvendo a transfusão de sangue das testemunhas de Jeová, em que a dignidade do

indivíduo estaria irremediavelmente ferida caso a medida necessária para salvar a vida seja compulsoriamente tomada, a disposição pelo indivíduo ao direito à vida é controvertida. A medida tem sido tomada em situações de emergência, quando o paciente não é considerado capaz para recusar o procedimento, e imposta quando a vida de menores está em jogo. Apenas nas hipóteses de recusa esclarecida a disposição do direito à vida tem sido aceita, mas nem mesmo este entendimento é unânime, conforme se percebe dos votos no Acórdão AC 70020868162 RS (RIO GRANDE DO SUL, 2007). No voto do relator do referido acórdão, considera-se que, mesmo havendo recusa esclarecida, se houver iminente perigo de vida, o médico e a instituição hospitalar têm o dever de realizar todo e qualquer procedimento técnico necessário para a manutenção da vida. Já o voto do revisor é no sentido de que a liberdade religiosa e a autonomia do indivíduo devem ser respeitadas. Nesta hipótese, corre-se o risco de segregação no âmbito de convivência e, principalmente, a própria noção pessoal de salvação seria violada; ainda assim, não existe consenso sobre a possibilidade de restrição do bem jurídico vida. Em casos extremos como o aborto de fetos anencefálicos, o Supremo Tribunal Federal entendeu pela possibilidade da interrupção da gravidez por considerar a vida do anencéfalo inviável, o que deixaria de justificar o elevado sofrimento da mãe, conforme decisão proferida na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54 (BRASIL, 2013). A referida análise ajuda a demonstrar a integridade do sistema e os pesos relativos atribuídos aos direitos em questão nos moldes abordados por Dworkin (2002), chegando-se à conclusão de que, de tão elevada sua importância, o direito à vida chega a ser indisponível. Assim, o direito à vida, enquanto direito social e individual indisponível, torna a vedação à concessão de liminares e tutela antecipada desproporcional e inconstitucional no caso concreto proposto. Nesse mesmo sentido, tem-se posicionado a doutrina, como se percebe de Silva (2010).

Finalmente, quanto à proporcionalidade dos prazos aumentados e a remessa necessária, uma vez declarada a inconstitucionalidade no caso concreto da vedação à concessão da tutela antecipada e a consequente entrega liminar do equipamento, a saúde e a vida não mais estão em perigo. Por consequência, a análise será a mesma do caso anterior, envolverá o direito à propriedade e as limitações ao direito de tributar.

5 CONCLUSÃO

O presente trabalho se propôs a estudar a constitucionalidade das prerrogativas processuais da Fazenda Pública dos prazos aumentados, da remessa necessária e da vedação da concessão de liminares e tutela antecipada contrária a ela. Inicialmente, partiu-se da hipótese da constitucionalidade em abstrato desses institutos em face do princípio da isonomia, mas com o curso da pesquisa, vislumbrou-se que, apesar de caracterizar o senso comum – este entendimento estava pacificado pelo Supremo Tribunal Federal – algumas ressalvas precisavam ser elaboradas.

No decorrer da investigação, foi constatado que a Constituição apresenta poder normativo e que, assim, os direitos fundamentais por ela garantidos têm aplicabilidade imediata, de forma que, para garanti-los, não basta uma análise em abstrato da constitucionalidade das normas; é necessário, também, que sua aferição seja feita na forma de controle concreto, levando-se em conta as peculiaridades de cada caso.

Outros aspectos relevantes identificados no transcurso da pesquisa foram a reconstrução da tradicional visão de interesse público, passando-se a entendê-lo como a garantia de direitos fundamentais, e a superação do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado pelo princípio da supremacia e indisponibilidade dos direitos fundamentais. O entendimento anterior - a supremacia do interesse público sobre o privado - era considerado forte o suficiente para ensejar as diversas prerrogativas da Administração Pública, de forma a fazer bastar uma análise em abstrato da constitucionalidade. Com o advento do Pós-Positivismo e a centralidade dos valores antropológicos por ele carreada, a noção de interesse público como mote da atuação administrativa estatal viu-se atrelada aos direitos fundamentais. Então, percebeu-se que a aplicação das prerrogativas processuais pode não ser a conduta que melhor os concretize em todas as hipóteses; identificou-se, portanto, que não aplicá-las no caso concreto pode ser a medida que melhor implemente, em determinada oportunidade, o interesse público, surgindo daí a necessidade de aferição de constitucionalidade não só em abstrato, mas também no caso concreto.

Dessa forma, percebeu-se a necessidade do controle concreto de constitucionalidade das referidas prerrogativas processuais e o objetivo do estudo passou a ser propor uma forma adequada para que seja efetuado.

A conclusão obtida foi a de que o juiz, no caso concreto, deve identificar os elementos determinantes das prerrogativas: os direitos que visam proteger, qual sua exata extensão, quais situações pretendeu-se regular e os direitos conflitantes do particular. Tais elementos devem ser extraídos da legislação, doutrina e jurisprudência, principalmente do

Supremo Tribunal Federal ante sua posição de guardião da Constituição e sua função de uniformizador de jurisprudência. A partir daí, devem ser aplicadas a Teoria dos Princípios e a Teoria do Direito como Integridade, com atenção especial à máxima da proporcionalidade. Para as situações típicas - casos que não trazem nenhum elemento determinante diferenciador, deve-se concluir pela constitucionalidade da aplicação dos referidos institutos. Entretanto, podem existir determinados fatores que tornem uma ou mais prerrogativas inadequadas, desnecessárias ou mesmo desarrazoadas, situações nas quais a inconstitucionalidade concreta das normas deve ser declarada e sua aplicação afastada. Ainda, o próprio dever de fundamentação das decisões é influenciado pelas peculiaridades vislumbradas, sendo que, em alguns casos, basta a aplicação dos dispositivos normativos, mas, em outros, a necessidade de argumentação é muito maior, principalmente para aferição do peso relativo dos direitos envolvidos na análise da proporcionalidade em sentido estrito.

Dessa forma, demonstrou-se que os prazos aumentados, a remessa necessária e a vedação da concessão de liminares e tutela antecipada contrária à Fazenda Pública são constitucionais em determinadas condições. Em algumas situações, porém, mostraram-se muito restritivos a direitos fundamentais envolvidos, que possuem maior peso que o configurado abstratamente pelo interesse público, momento no qual a aplicação da norma a um caso que normalmente abarcaria não será a melhor solução.

A conclusão alcançada é de que a aplicação do postulado da proporcionalidade no caso concreto conduz à decisão mais justa, o que é esperado e desejado pelos preceitos pós-positivistas que reaproximam o Direito da Moral. E, considerando a normatividade e a supremacia constitucional, ladeada pelo *status* constitucional dos direitos do particular envolvidos no caso em que a prerrogativa processual administrativa seja considerada desproporcional, poderá implicar a ausência de aplicação da lei vigente que a veicule.

6 REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*, de 05 de outubro de 1988. Brasília. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 09 de out. de 2013.

_____. *Lei n° 2.770*, de 04 de maio de 1956. Suprime a concessão de medidas liminares nas ações e procedimentos judiciais de qualquer natureza que visem a liberação de bens, mercadorias ou coisas de procedência estrangeira, e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, data 05 de maio de 1956. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L2770.htm>. Acesso em: 12 de dez. de 2013.

_____. *Lei n° 4.398*, de 26 de junho de 1964. Esclarece normas processuais relativas a mandado de segurança. Diário Oficial da União, Brasília, DF, data 27 de junho de 1964. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4348.htm>. Acesso em: 12 de dez. de 2013.

_____. *Lei n° 4.717*, de 29 de junho de 1965. Regula a ação popular. Diário Oficial da União, Brasília, DF, data 05 de julho de 1965. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4717.htm>. Acesso em: 12 de dez. de 2013.

_____. *Lei n° 5.021*, de 29 de junho de 1966. Dispõe sobre o pagamento de vencimentos e vantagens pecuniárias asseguradas, em sentença concessiva de mandado de segurança, a servidor público civil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, data 13 de junho de 1966. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5021.htm>. Acesso em: 12 de dez. de 2013.

_____. *Lei n° 5.869*, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, data 17 de janeiro de 1973. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869.htm>. Acesso em: 09 de out. de 2013.

_____. *Lei n° 8.076*, de 23 de agosto de 1990. Estabelece hipóteses nas quais fica suspensa a concessão de medidas liminares, e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, data 24 de agosto de 1990. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1989_1994/L8076.htm>. Acesso em: 12 de dez. de 2013.

_____. *Lei n° 8.437*, de 30 de junho de 1992.

Dispõe sobre a concessão de medidas cautelares contra atos do Poder Público e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, data 01 de julho de 1992. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8437.htm>. Acesso em: 12 de dez. de 2013.

_____. *Lei n° 8.622*, de 19 de janeiro de 1993.

Dispõe sobre a revisão geral da remuneração dos servidores públicos civis e militares do Poder Executivo Federal e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, data 20 de janeiro de 1993. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8622.htm>. Acesso em: 12 de dez. de 2013.

_____. *Lei nº 8.627*, de 19 de fevereiro de 1993. Especifica os critérios para reposicionamento de servidores públicos federais civis e militares e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, data 20 de fevereiro de 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8627.htm>. Acesso em: 12 de dez. de 2013.

_____. *Lei nº 9.494*, de 10 de setembro de 1997. Disciplina a aplicação da tutela antecipada contra a Fazenda Pública, altera a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, data 24 de dezembro de 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19494.htm>. Acesso em: 09 de out. de 2013.

_____. *Lei nº 9.800*, de 26 de maio de 1999. Permite às partes a utilização de sistema de transmissão de dados para a prática de atos processuais. Diário Oficial da União, Brasília, DF, data 27 de maio de 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9800.htm>. Acesso em: 12 de dez. de 2013.

_____. *Projeto de Lei Federal nº 166*, de 2010. Dispõe sobre a reforma do Código de Processo Civil. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=79547&tp=1>>. Acesso em: 12 de jan. de 2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 4*. Requerentes: Presidente da República, Mesa do Senado Federal e Mesa da Câmara dos Deputados. Relator: Ministro Sidney Sanches. Relator para acórdão: Ministro Celso de Melo. Brasília, DF, 21 de maio 1999. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=1689599>>. Acesso em: 12 de jan. de 2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54*. Requerente: Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde. Intimado: Presidente da República. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, 30 de abril de 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9800.htm>. Acesso em: 12 de jan. de 2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Informativo nº 582*. Brasília, DF, 22 de abril de 2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo582.htm>>. Acesso em: 12 de jan. de 2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 181138-2/SP*. Recorrente: União Federal. Recorrido: Elebra Telecon Ltda. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 12 de maio de 1995. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=1594988>>. Acesso em: 12 de jan. de 2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Súmula nº 423*. Brasília, DF, 01 de junho de 1964. Disponível em: <http://www.dji.com.br/normas_inferiores/regimento_interno_e_sumula_stf/stf_0423.htm>. Acesso em: 12 de jan. de 2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Súmula nº 729*. Brasília, DF, 26 de novembro de 2003. Disponível em: <http://www.dji.com.br/normas_inferiores/regimento_interno_e_sumula_stf/stf_0729.htm>. Acesso em: 12 de jan. de 2014.

CARVALHO, Miller Freire de. *Privilégios processuais da Fazenda Pública: uma afronta ao princípio constitucional da isonomia* [trabalho de conclusão de curso]. Juiz de Fora: Universidade Federal de Juiz de Fora, Curso de Bacharelado em Direito; 2010.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. 1 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 8 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Apelação Cível nº 70020868162/RS*. Apelante: Hospital Cristo Redentor S.A. Apelado: Deise Esteves Macedo. Relator: Desembargador Umberto Guaspari Sudbrack. Porto Alegre, RS, 22 de agosto de 2007. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc>>. Acesso em: 12 de dez. de 2013.

SILVA, Ricardo Augusto Dias da. *Direito fundamental a saúde: o dilema entre o mínimo existencial e a reserva do possível*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.