

## O PROCEDIMENTO PREPARATÓRIO E AS MEDIDAS CAUTELARES NA AÇÃO CIVIL PÚBLICA

### PROCEDURE PREPARATION AND PREVENTIVE MEASURES IN PUBLIC CIVIL ACTION

Paulo José Freire Teotônio\*

Silvio Henrique Freire Teotônio\*\*

#### RESUMO

O presente trabalho procura abordar a possibilidade de adoção de medidas cautelares e antecipação de tutela, visando resguardar as providências que serão futuramente tomadas na ação civil pública, com o desiderato de garantir a execução de futuro provimento jurisdicional favorável à sociedade, notadamente nas ações propostas pelo Ministério Público ou entes autorizados, procurando discutir as formas como a garantia pode ser efetivada, trazendo a lume a mais moderna e sensível jurisprudência, com lastro na reiteradas decisões de tribunais superiores, não deixando à margem da discussão as questões procedimentais e de vinculação a Lei de Improbidade, concluindo pelas mais diversas formas de garantir a lisura, legalidade, continuidade da administração pública, tendo como parâmetros os princípios constitucionais e os fundamentos do Estado Democrático de Direito, sem prejuízo da invocação dos preceitos da Lei Material e da Lei Adjetiva.

Palavras-chave: Ação civil pública. Procedimento cautelar. Princípios constitucionais correlatos.

#### ABSTRACT

This paper seeks to address the possibility of precautionary measures and preliminary injunction, seeking to safeguard the steps which will be taken in future civil action, with the desideratum to ensure the implementation of future jurisdictional provision favorable to society, especially the actions proposed by prosecutor or authorized entities, seeking to discuss ways in which security can be effected by bringing the most modern and sensible heat jurisprudence, backed the repeated decisions of higher courts, not leaving aside the discussion of procedural issues and linking the Law of Impropriety, concluding the most diverse ways to ensure the fairness, legality, continuity of government, having as parameters the constitutional principles and foundations of the democratic rule of law, without prejudice to the invocation of the precepts of Material Law and adjectival law.

---

\* Promotor de Justiça-SP, mestre em Direito pela UNAERP, Professor de Direito penal da UNAERP.

\*\* Advogado especializado em Administração Pública, bacharel em Direito pela UNAERP, pós-graduado pela FMU-SP, procurador municipal.

Keywords: Public civil action. Injunction. Related constitutional principles.

## 1 INTRODUÇÃO

Rechaçando as ideias daqueles que intencionam espancar o direito fundamental do cidadão à informação, à liberdade de imprensa, à publicidade dos processos, à transparência da Administração Pública e à eficiente outorga de Justiça, sentimo-nos obrigados a tecer as seguintes considerações sobre o trabalho do Ministério Público nas ações civis públicas.

Por primeiro, importa citar os paradigmas para estabelecimento de uma sociedade democrática, traduzidos por Resolução da ONU sobre a Prevenção do Crime e Justiça Penal, que proclama como princípio orientador da função do Ministério Público que os Estados devem assegurar aos integrantes do Ministério Público "[...] condições para desempenhar seus cargos sem serem objeto de intimidação, obstrução, ingerência imprópria, nem serem sujeitos, injustificadamente, à responsabilidade civil, penal ou outra".

Tal Resolução da ONU proclama, ainda, a liberdade de expressão dos membros do Ministério Público. A oposição, sem qualquer conhecimento de causa ou prévia informação jurídica, que guia a lógica que inspira determinadas notícias e arroubos antidemocráticos, advém das mesmas ideais, pessoas e experiências extraídas da "Lei da Mordaza" ou de condutas que visam assegurar a impunidade daqueles que constantemente se valem do desfalque ao patrimônio público.

O argumento de que se vale o opositor da ação ministerial não convence, sendo inspirado em falsa premissa e do desconhecimento do Direito. Com efeito, o adágio jurídico diz que "é melhor absolver dez culpados do que condenar um inocente", deve ser transportado para as páginas dos jornais, com a visão de que o procedimento judicial não se presta apenas a finalidade exclusiva de condenar, sendo elementar o fato de que, para o processo, basta um mínimo de indícios, ao contrário da declaração final de culpa, a ser realizada ao final pelo Estado – Juiz, em que se exige certeza absoluta. Do jeito que as notícias são divulgadas, no íntimo do cidadão que as lê e desconhece o Direito, o simples ingresso do processo equivale à decisão condenatória, sem chance de defesa para o acusado, o que é absolutamente falso.

Devemos olhar COM REPROVAÇÃO não para as pessoas que labutam em prol do povo, cumprindo o mister legal que lhe é atribuído, cuja incumbência é obrigatória, mas para aquelas cuja riqueza vaza pelos poros, para os detentores do poder que dele usam para quitar dívidas e fazer fortuna, para os prevaricadores, que se prostram inertes diante de

situação de descalabro e improbidade, para aqueles que são financiados com o nosso suado dinheirinho dos impostos, que deveriam estar voltados para a saúde, educação, segurança, etc.

Quem labuta com os olhos voltados para as pessoas mais humildes, que sempre são postas no paredão da notícia, enquanto os verdadeiros criminosos, que desfalcam o patrimônio público, são enaltecidos pelos folhetins, jamais deve aceitar que lhe tente impor uma mordaza, principalmente quando derivada de ordem daqueles sob investigação e de suas assessorias de imprensa, que se ocultam em pseudônimos, covardia da qual não socorrem os homens de bem, mas apenas os pseudojornalistas.

As informações devem ser veiculadas com responsabilidade, já que depois de noticiadas é caminho sem volta. Contudo, é inegável o direito da população à informação, dever dos meios de comunicação e salutar para o Estado Democrático de Direito, posto que a liberdade de imprensa apregoa o dever informar a população dos desmandos dos poderes constituídos.

Nesse contexto, inegável dimensão assume a investigação de desmandos por parte do Ministério Público, instituição permanente e fundamental ao exercício da Justiça, que tem a incumbência constitucional de coibir os atos de improbidade administrativa, que vem sofrendo grande oposição (recebendo inúmeras críticas, muitas delas sem fundamento) pelo efetivo exercício desse mister, o qual, como não poderia deixar de ser, está a desagradar políticos de alto coturno e alguns empresários que se desviaram da rota da ética.

Para tal intento, por vezes, se socorre o Ministério Público da instauração de procedimentos preparatórios, denominados de protocolados ou inquéritos civis públicos, muitos dos quais, pela desestruturação das Promotorias e Procuradorias, pelo excesso de representações e notícias de imoralidade, pela existência de um sem número de outros procedimentos para análise, acabam por demorar anos, postergando a tomada de providências em prol da sociedade, o que só beneficiaria os infratores da lei.

De se indagar, assim, se dentre as atribuições ministeriais estaria à obrigação de previamente instaurar procedimento preparatório, independentemente das circunstâncias do caso concreto, sendo a demanda não derivada de prévio procedimento preparatório derivada de vício de origem, o que macularia todo o procedimento posterior da ação de improbidade administrativa.

## 2 DAS MEDIDAS PREPARATÓRIAS

As medidas preparatórias postas à disposição do “Parquet”, sem dúvida, são fortes ferramentas de produção de prova prefacial, posto que visam angariar elementos para apuração de possível improbidade, denotando o “fumus boni juris” para ingresso da demanda de ação civil pública, sendo procedimento administrativo que visa prevenir, acautelar, conservar, assegurar etc. a prova de uma violação de um direito do cidadão ou de uma obrigação do administrador público.

É um ato de precaução ou um ato de prevenção promovido pelo “Parquet”, em que o Ministério Público, aqui com atribuições para defesa da probidade administrativa, busca arregimentar subsídios e elementos para comprovação indiciária da prática de improbidade, da sua autoria e das circunstâncias em que foi praticado o ato, hipótese em que age amparado legalmente.

Tal medida é subsidiária, preparatória, posto que se destina a obtenção de elementos para cumprimento dos requisitos do art. 282, do CPC, bem como para demonstrar a “justa causa” para o ingresso da demanda.

Por seu caráter, assim, preparatório e subsidiário, por certo, haverá uma grande chance de se tornar obrigatório quando as circunstâncias do caso concreto assim o indicar, posto que poderá ser o único instrumento apto a escoreita coleta de elementos ou subsídios para propositura da ação principal de ação civil pública ou para intentar porventura alguma ação ou medida cautelar, também preparatória para a ação civil pública.

Nesse último caso, deve valer-se das normas do Código de Processo Civil:

Art. 806. Cabe à parte propor a ação, no prazo de 30 (trinta) dias, contados da data da efetivação da medida cautelar, quando esta for concedida em procedimento preparatório.

Art. 807. As medidas cautelares conservam a sua eficácia no prazo do artigo antecedente e na pendência do processo principal; mas podem, a qualquer tempo, ser revogadas ou modificadas.

Parágrafo único. Salvo decisão judicial em contrário, a medida cautelar conservará a eficácia durante o período de suspensão do processo.

Art. 808. Cessa a eficácia da medida cautelar:

I - se a parte não intentar a ação no prazo estabelecido no art. 806;

II - se não for executada dentro de 30 (trinta) dias;

III - se o juiz declarar extinto o processo principal, com ou sem julgamento do mérito.

Parágrafo único. Se por qualquer motivo cessar a medida, é defeso à parte repetir o pedido, salvo por novo fundamento.

Não se pode esquecer que a Medida Cautelar, pela sua própria natureza, está vinculada à decisão do processo principal e, por isso, tem caráter de provisoriedade, ou seja, só manterá seus efeitos se, ao final da demanda, o juiz acolher na sentença do processo principal o reconhecimento da legalidade e legitimidade do pedido que lhe deu origem e fundamentação.

#### Código de Processo Civil

Art. 796. O procedimento cautelar pode ser instaurado antes ou no curso do processo principal e deste é sempre dependente.

Art. 809. Os autos do procedimento cautelar serão apensados aos do processo principal.

## 2.1 CUMPRIMENTO DAS REQUISIÇÕES

As requisições realizadas pelo Ministério Público, quando da instauração ou regular trâmite do procedimento apuratório, são dotadas de uma força especial, posto que o seu desatendimento propositado importará na ocorrência de hipotética infração penal, estando, pois, as requisições constituídas pela obrigatoriedade de atendimento, sob pena de desobediência, nos termos do preceituado pelo art.8º da Lei n. 7.347/85.

#### Lei da Ação Civil Pública

Art. 8º Para instruir a inicial, o interessado poderá requerer às autoridades competentes as certidões e informações que julgar necessárias, a serem fornecidas no prazo de 15 (quinze) dias.

§ 1º O Ministério Público poderá instaurar, sob sua presidência, inquérito civil, ou requisitar, de qualquer organismo público ou particular, certidões, informações, exames ou perícias, no prazo que assinalar, o qual não poderá ser inferior a 10 (dez) dias úteis.

§ 2º Somente nos casos em que a lei impuser sigilo, poderá ser negada certidão ou informação, hipótese em que a ação poderá ser proposta desacompanhada daqueles documentos, cabendo ao juiz requisitá-los.

## 2.2 CARÁTER INSTRUMENTAL

A medida Preparatória, assim, tem como objeto a colheita de subsídios para que seja fundamentada a propositura de ação civil pública, o que equivale dizer que, ao contrário do que é costumeiramente ponderado, não tem o caráter da obrigatoriedade, posto que poderão ocorrer hipóteses em que a existência de prévio procedimento de inquérito policial, a

exibição de vasta documentação por parte do representante, o empréstimo de prova ou material colhido em outro procedimento, por certo, pelo princípio da razoabilidade, denotarão a dispensabilidade do procedimento preparatório, o qual, caso instaurado, contrariaria o bom senso e a lógica, posto que todos os elementos já estão disponíveis ao “Parquet” para propositura da demanda.

Deve ser levado em conta que, para propositura da demanda, há prévia necessidade de indicação dos elementos em que os fundamentos jurídicos do pedido e o próprio pedido se alicerçaram. Entrementes, estando eles evidenciados de plano, sem qualquer contestação, nada justifica o protelar do ingresso da ação civil pública, entendimento que vai de encontro ao primado do interesse público, que é o de coibir os atos ímprobos, da forma mais célere possível, dentro de um mínimo de garantias para o imputado e desde que o pedido esteja embasado em sólida prova documental ou indiciária da prática de improbidade.

Não se deve confundir, pois, análise de probabilidade, ou seja, de fumaça do bom direito, de viabilidade da imputação, com o direito ao contraditório e ao julgamento justo, após ampla defesa e podendo produzir a mais vasta e extensa prova possível em favor da inveracidade dos fatos articulados na exordial, posto que tal só deve e só pode ser realizada ao final da instrução, após o transcurso de todo o indispensável devido processo legal.

São situações processuais distintas, com requisitos e oportunidade também diferentes. Quando da impetração da ação, verifica-se apenas se presente os requisitos mínimos de viabilização de recebimento. Já o estabelecimento de um juízo de culpa, com o devido respeito, só é possível sob o argumento de inequívoca veracidade da imputação, o que, evidentemente, não se pode exigir quando da propositura da Ação Civil Pública, posto que a Instituição dotada de atribuição constitucional terá, ao longo da demanda, toda a prerrogativa e oportunidade de produção de prova a corroborar a veracidade dos termos em que se fundou a inicial.

### **3 O INQUÉRITO CIVIL NÃO É IMPRESCINDÍVEL: POSIÇÃO DOUTRINÁRIA**

Com tal paradigma, é evidente que a instauração de inquérito civil não pode ser tomada como exclusiva prerrogativa, mera faculdade, questão de foro íntimo do Promotor ou Procurador, posto não ser matéria submetida ao puro arbítrio do membro do Ministério Público.

Essa, aliás, a visão do ex-Procurador Geral de Justiça do Estado de São Paulo:

O inquérito civil não é em si uma função, e sim um instrumento, que legitima, implicitamente, o exercício da função investigatória. Note-se que quando prevê o inquérito civil, para, em seguida, tratar de valores essenciais para a sociedade, ligando aquele à proteção desses valores, a Constituição Federal deixa claro que o inquérito civil é um instrumento para aquele fim, mesmo porque quem quer os fins quer, explícita ou implicitamente, os meios. Então, claro está que a Carta Federal confere ao Ministério Público um *poder investigatório voltado para a apuração de lesões ou ameaças de lesões àqueles valores. Esse poder investigatório constitui função exclusiva do Ministério Público, pois a Constituição Federal ressalvou a legitimação concorrente apenas para a ação civil pública (art. 129, § 1º), não o fazendo relativamente ao inquérito civil. Além disso, a própria Lei 7.347/85, estabelece, como visto inicialmente, a exclusividade do inquérito civil para o Ministério Público, reafirmando a impossibilidade da competência concorrente para a função investigatória na matéria, por meio do inquérito civil. Como todo poder, é um poder-dever e assim não pode deixar de ser exercido. Todavia, como é óbvio, em nome e na defesa desses mesmos valores, esse poder não deve transformar-se em instrumento de devassa, porém em instrumento para a investigação e a apuração de elementos e fatos necessários para a promoção de ação pública, civil ou penal, para a proteção do patrimônio público e social e de interesses difusos e coletivos (BURLE FILHO apud MILARÉ, 1995, p. 321-322).*

O Ministério Público, com efeito, não tem autorização legislativa e nem estará embasado nos princípios de Direito para a propositura da ação civil pública de índole temerária, sem base fática ou jurídica.

No entanto, conforme assevera Celso de Mello apud Hely Lopes Meirelles (1989, p. 125):

O inquérito civil, em suma, configura um procedimento preparatório, destinado a viabilizar o exercício responsável da ação civil pública. Com ele, frustra-se a possibilidade, sempre eventual, de instauração de lides temerárias.

Assim, se os elementos e documentos constantes na representação (no caso, nas representações), forem aptos à imediata propositura da ação, até para salvaguarda de interesses valiosos ao Estado Democrático de Direito, pode (e deve) o membro do “Parquet” ingressar com a ação, vez que não se pode sustentar que a realização do inquérito civil seja condição indispensável para a propositura de toda e qualquer ação civil pública, assim como o inquérito policial não o é para a ação penal.

Trata-se de aplicação justa do princípio da razoabilidade, que exige a adoção do bom senso na interpretação da norma jurídica, posto que, nos casos citados, como é exemplo ao atentado do executivo ao parlamento, a instauração do inquérito civil, seria vantajosa para aqueles que simplesmente pretendessem postergar a análise judicial, sendo extremamente frustrante e ofensiva ao interesse da coletividade.

De se observar que, em se tratando de ação civil pública, os réus já contam com demasiado benefício legal, sendo-lhes propiciada defesa “pré-contraditória”, pelo prazo de

quinze (15) dias, antes do recebimento da inicial, com prazo de mais trinta (30) dias para apreciação do pedido liminar e do recebimento da exordial.

O procedimento, vale observar, é instrumental, preparatório. Destarte, quando não houver motivo justificado para sua instauração, por já se contar com todos os elementos indispensáveis para propositura da ação, é evidente que ele não se justifica, tanto pelo princípio da economia, como pelo princípio da instrumentalidade das formas, ante o atingimento do objetivo de eventual inquérito, tendo em vista o primado do interesse público sobre o particular.

Assim, quando houver informações precisas e seguras da provável (JUSTA CAUSA) ocorrência de determinado ato, conduta ou dano a interesses coletivos ou difusos, é de admitir-se a propositura direta e imediata da ação judicial, posto que o contrário seria um contra-senso, um prêmio, *in casu*, a imoralidade e ao *status quo*.

Só se pode exigir a instauração do inquérito civil, conforme apregoa a doutrina, no caso das informações existentes serem insuficientes para indicar a ocorrência de determinado dano ou de sua autoria.

É claro que repugna a consciência jurídica aceitar que alguém seja sujeito passivo de uma ação civil pública perfeitamente evitável, temerária, despropositada, sem qualquer razão jurídica.

Não é esta, todavia, a situação de exordial que vier acompanhada de inúmeros documentos, laudos, perícias, fotos, CD's etc., que geram conclusão **não só da plausibilidade da imputação, mas a certeza** da prática dos atos de improbidade e da situação de lastimável perigo ao bem público e ao primado da lei.

Por outro lado, não havendo qualquer utilidade em colher à versão do agente público cuja conduta é taxada de ímproba, caso chamado ao inquérito civil, diante de evidências sólidas e substanciosas, posto que, com certeza, negará os fatos ou tentará justificar de algum modo a sua conduta contrária ao ordenamento, ou seja, nada poderia acrescentar aos fatos já evidenciados, principalmente se estiver a ação civil pública cuidadosamente estruturada e rigorosamente fundamentada, visando assegurar a efetiva punição dos causadores de danos ao patrimônio da coletividade.

A garantia do devido processo legal deve ser interpretada em seu sentido. Tal não quer dizer, contudo, que deva ser estendida para assuntos e questões de índole não processual, até porque o legislador já instituiu benefício, a nosso ver de discutível constitucionalidade, pelo princípio da isonomia, que garante aos réus de ação civil pública a oferta de defesa pré-

processual (§ 7º do art. 17, da Lei 8.429/92), visando o resguardo do patrimônio moral das pessoas, uma vez que, após defesa, poderia o Magistrado rejeitar a inicial.

Aliás, se a ação foi acolhida, demonstrada esta, aos olhos do Poder Judiciário, a plausibilidade das imputações, não se havendo falar na inexistência de motivo ou propósito. A plausibilidade dos fundamentos do pedido, ademais, não se equivale ao julgamento final de responsabilidade do agente.

#### 4 POSIÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA

Nesse sentido, verifique-se o teor da jurisprudência abaixo colacionada:

ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. **PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR**. NULIDADES. OFENSA AO DEVIDO **PROCESSO** LEGAL. INOCORRÊNCIA. INEXISTÊNCIA DE SINDICÂNCIA. PROCEDIMENTO PREPARATÓRIO DISPENSÁVEL. REEXAME DE **PROVAS** PRODUZIDAS. **IMPOSSIBILIDADE** DE ANÁLISE PELO PODER JUDICIÁRIO DO MÉRITO ADMINISTRATIVO. AUSÊNCIA DE **PROVA** PRÉ-CONSTITUÍDA. NÃO COMPROVAÇÃO DE PREJUÍZO. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. REQUERIMENTO NOS TERMOS LEGAIS. "WRIT" IMPETRADO COMO FORMA DE INSATISFAÇÃO COM O CONCLUSIVO DESFECHO DO **PROCESSO DISCIPLINAR**. ORDEM DENEGADA. I - A sindicância constitui mero procedimento preparatório do **processo** administrativo **disciplinar**, sendo, portanto, dispensável quando já existam elementos suficientes a justificar a instauração do **processo**, como ocorreu in casu. II - Consoante prevê o art. 156, § 1º da Lei nº 8.112/90, "O presidente da comissão poderá denegar pedidos considerados impertinentes, meramente protelatórios, ou de nenhum interesse para o esclarecimento dos fatos.". III - Em relação ao controle jurisdicional do **processo** administrativo, a atuação do Poder Judiciário circunscreve-se ao campo da regularidade do procedimento, bem como à legalidade do ato demissionário, sendo-lhe defesa qualquer incursão no mérito administrativo a fim de aferir o grau de conveniência e oportunidade IV - A ação mandamental não se confunde com **processos** cujos ritos são ordinários, onde é possível a produção de todas as **provas** possíveis à elucidação da controvérsia. Seu rito é distinto. As **provas** têm que ser pré-constituídas, de modo a evidenciar a latente ofensa ao direito líquido e certo invocado pelo impetrante. Afinal, nesta via não se trabalha com dúvidas, presunções ou ilações. Os fatos têm que ser precisos e incontroversos. A discussão deve orbitar somente no campo da aplicação do direito ao caso concreto. V - Aplicável o princípio do "pas de nullité sans grief", tendo em vista que eventual nulidade do **processo** administrativo exige a respectiva comprovação do prejuízo, o que não ocorreu no presente caso. VI - Sendo a interceptação telefônica requerida nos exatos termos da Lei nº 9.296/96, uma vez que o impetrante também responde a **processo** criminal, não há que se falar em nulidade do **processo** administrativo **disciplinar**. VII - Evidenciado o respeito aos princípios do devido **processo** legal, do contraditório e da ampla defesa, não há que se falar em nulidades do **processo** administrativo **disciplinar**, principalmente quando o "writ" é impetrado como forma derradeira de insatisfação com o conclusivo desfecho do **processo** administrativo **disciplinar**. VIII - Ordem denegada. MS 9212 / DF; MANDADO DE SEGURANÇA- 2003/0142195-4.

ADMINISTRATIVO. PROCESSO ADMINISTRATIVO. MAGISTRADO. SINDICÂNCIA. DISPENSÁVEL. CORREIÇÃO. PUBLICIDADE. PRAZOS.

DESCUMPRIMENTO. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. MANDADO DE SEGURANÇA. DILAÇÃO PROBATÓRIA. I - Dispensável, in casu, a sindicância pois já contava a autoridade coatora com elementos concretos suficientes para embasar a instauração de um processo administrativo. II - A correição geral que forneceu elementos para instauração do processo administrativo tem sua publicidade determinada por imperativo legal. III - O descumprimento de alguns prazos durante o processo administrativo - não mais que alguns dias - não trouxe qualquer prejuízo para a defesa. IV - Analisar o argumento de que não se cometera qualquer falta que ensejasse a punição aplicada, ou que o procedimento administrativo fora instaurado com fins unicamente políticos, demandaria dilação probatória incompatível com a via eleita. Recurso desprovido. **0421 RMS 1 / BA** ; RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA- 1998/0091616-4

## **5 DA POSSIBILIDADE DAS MEDIDAS CAUTELARES ANTES DA CITAÇÃO: COLISÃO DE DIREITOS OU INTERESSES**

Em determinados casos concretos, o Julgador poderá deparar-se com o conflito entre regras e colisões entre princípios. Existindo conflito entre regras, a solução passa pela chamada cláusula de exceção, que poderá declarar inválida uma das regras conflitantes, passando pelos critérios cronológico ou hierárquico.

Quando duas regras estão em confronto, uma delas deve ser excluída do sistema. Nas colisões entre princípios, de outro lado, há a necessidade de correta interpretação e valoração, sem que isso signifique qualquer exclusão.

Nos casos de colisão entre princípios, deve-se alcançar um raciocínio envolvendo a precedência condicionada – dando mais relevância de um princípio sobre outro.

Para superação da colisão entre princípios, deve-se utilizar uma argumentação jurídica plena e justa.

Por tal razão, necessário perquirir até que ponto uma liberdade ou prerrogativa pode prevalecer sobre um outro direito individual ou um interesse coletivo, sendo imperiosa a valoração entre os princípios e a aplicação da lei de colisão, concluindo-se pelo princípio de maior peso.

Assim, deve o intérprete fazer uma ponderação valorativa.

Por essa razão, comumente se indaga se as medidas liminares constituem violação aos princípios constitucionais do processo, principalmente em relação ao réu que, antes mesmo de ser citado para apresentar defesa, é instado a adotar determinada conduta.

### **5.1 POSIÇÃO DOUTRINÁRIA**

As liminares, antes da citação do réu, não violam os princípios da ampla defesa e contraditório, principalmente pela consideração dos principais objetivos da tutela inibitória, apesar do tema sempre ter causado enorme discussão doutrinária e jurisprudencial.

Parte da doutrina e jurisprudência tem caminhado para a posição de somente admitir a concessão da tutela de urgência *inaudita altera parte* em casos absolutamente excepcionais, como os ligados à vida, à integridade física, à saúde, bem como a garantia da instrução.

O caminho traçado, contudo, importa nas seguintes indagações:

- a) Quais os princípios envolvidos no problema?
- b) Quais serão os maiores prejuízos: o do agente público afastado ou o da coletividade, que, em regra, aguarda a adoção dos princípios constitucionais pelos administradores públicos?
- c) Existe possibilidade de correta apuração dos fatos e posterior ressarcimento dos danos eventualmente causados ao erário mantendo-se os requeridos nos cargos e deixando livres os seus bens?
- d) O erário público, com a manutenção do *status quo* não pode ser vítima de constantes achaques com a continuidade da administração e os agentes imputados de ímprobos?
- e) Tal continuidade, enfim, por si só, não poderá implicar em sérios obstáculos a qualquer apuração, seja nos presentes autos ou em todos os outros em andamento?

Trata-se, pois, de evidente aplicação do princípio da razoabilidade para se chegar à conclusão quanto ao cabimento ou não da tutela antecipada requerida na exordial.

Pelo mesmo raciocínio, de concluir-se pelo cabimento das medidas, antes da oitiva da parte contrária, posto que, ao reverso do que tradicionalmente se argumenta, não estão afastadas as aplicações dos princípios da ampla defesa e contraditório, os quais poderão e deverão ser apresentados em oportunidade futura.

A decisão *initio litis* não viola, assim, os princípios do contraditório e ampla defesa, apenas ficando postergado o seu exercício para o momento processual oportuno, sendo uma questão de valoração, visando, inclusive, não menoscar o princípio da igualdade, que poderia ser ferido pela desrazoável conclusão de que o administrador taxado de ímprobo merece muito mais chances de defesa, até só para poder procrastinar o feito, do que o cidadão comum. O julgador, desta forma, deve verificar se os requisitos da probabilidade e da urgência estão presentes, hipótese em que deverá conceder a tutela de

urgência inibitória, até porque as tutelas antecipatórias são concedidas, via de regra, diante de cognição sumária, sendo, portanto, revogáveis a qualquer tempo.

Essa a visão de Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery (2002, p. 614) nota 11 – art. 273 do CPC:

**Liminar sem a ouvida do réu.** Quando a citação do réu puder tornar ineficaz a medida, ou, também, quando a urgência indicar a necessidade de concessão imediata da tutela, o juiz poderá fazê-lo *inaudita altera pars*, o que não constitui ofensa, mas sim *limitação imanente* do contraditório, que fica diferido para momento posterior do procedimento.

## 5.2 POSIÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA

A jurisprudência, com relação ao tema, apesar de recente, também tem destacado o cabimento das tutelas de urgência antes da oitiva da parte dos réus:

PROCESSUAL CIVIL – ADMINISTRATIVO – POSSIBILIDADE – ANTECIPAÇÃO DE TUTELA – SEM PRÉVIA AUDIÊNCIA DO RÉU – GRAU DE RECURSO – PRERROGATIVA DO PODER GERAL DO JUIZ – PRESENÇA DOS PRESSUPOSTOS DO ART. 273 DO CPC.

1. A lei não estabeleceu um momento preclusivo para a antecipação da tutela, podendo a mesma ser concedida a qualquer momento, mesmo em grau de recurso, bastando, para tanto, que seja necessária.
2. Antecipação parcial da tutela concedida, em razão da demonstração da prova inequívoca da verossimilhança da alegação, aliada ao receio de dano irreparável, que poderia ser causado à requerente, em ter os débitos em discussão inscritos em Dívida Ativa, bem como seu nome incluído no CADIN, passível, ainda de uma execução fiscal por parte da União Federal / Fazenda Nacional.
3. Inexiste violação ao princípio do contraditório e da ampla defesa, em conceder tutela antecipada, *inaudita altera pars*, diante da prerrogativa do poder geral do juiz de determinar as medidas provisórias que julgar adequadas.
4. Negado provimento ao agravo interno, Mantida inalterada a r. decisão agravada"(TRF 2ª. Região. Ac – Apelação Cível – 146894. Processo 9702283639 – RJ - 3ª Turma – Relator Juiz Francisco Pizzolante - Data da decisão 02/10/2002. DJU de 28.10.2002).

## 5.3 EXAME DOS FUNDAMENTOS

Assim, nada impede que o julgador, ao verificar presentes os requisitos positivos e afastado o perigo de irreversibilidade, deve adotar à concessão da medida emergencial. A tutela antecipada deve ser concedida, inexistindo qualquer juízo de discricionariedade ao julgador. Nesse sentido, vale mais uma vez citar Nery Júnior e Nery (2002, p. 614):

**Concessão da liminar.** Embora a expressão ‘poderá’, constante no CPC 273, *caput*, possa indicar faculdade e discricionariedade do juiz, na verdade constitui obrigação, sendo dever do magistrado conceder a tutela antecipatória, desde que preenchidos os pressupostos legais para tanto, não sendo lícito concedê-la ou negá-la pura e simplesmente.

No mesmo sentido, entende Puoli (2002, p. 155):

A contrário do que sugere a utilização do verbo poderá no caput do art. 273 do Código de Processo Civil, a decisão a respeito da concessão da tutela antecipada nada tem de discricionária, pois, como visto quando se tratou de forma genérica da questão dos conceitos indeterminados, o ato de preenchimento dos conceitos de prova inequívoca, verossimilhança, etc., não corresponde a ato integralmente livre do juiz, o qual deverá, à luz das circunstâncias do caso concreto, e dos elementos extraídos da doutrina e dos precedentes jurisprudenciais dizer o direito no caso concreto (lembrando-se que o direito não admite a indicação de duas soluções para o caso concreto, entre as quais o juiz poderia livremente escolher uma.

Já Bedaque (2003) ensina que:

Não tem o juiz, portanto, mera faculdade de antecipar a tutela. Caso se verifiquem os pressupostos legais, é seu dever fazê-lo. Existe, é verdade, maior liberdade no exame desses requisitos, dada a imprecisão dos conceitos legais. Mas essa circunstância não torna discricionário o ato judicial.

Desta forma, não há como negar que as medidas liminares não violam, mas simplesmente adiam o exercício do contraditório, senão vejamos:

ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. REAJUSTE DE 11,98%. NÃO CABIMENTO. PRELIMINAR DE OFENSA AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA. REJEITADA.

1. A possibilidade de concessão de liminar, inaudita altera parte, não atenta contra as garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa. Preliminar rejeitada.
2. É partir o entendimento, das Primeira e Segunda Turmas deste Tribunal, de que, em hipóteses como a em causa, além de não se fazerem presentes os requisitos estabelecidos pelo art. 273 do Código de Processo Civil, obsta a antecipação da tutela a norma inscrita no art. 1º da Medida Provisória nº 1.570/97, convertida na Lei nº 9.494/97.
3. Agravo provido"(Tribunal Regional Federal da 1ª Região – Agravo de Instrumento 01000649650 – Processo 199701000649650/MG – 2ª Turma – Relator José Carlos Moreira Alves – DJ de 01.02.1999).

Em seu voto, corretamente registrou o relator que:

O instituto da tutela antecipada não atenta contra a garantia de acesso ao Poder Judiciário, nem contra o princípio do contraditório e da ampla defesa. Nos termos em que foi introduzida no Código de Processo Civil a tutela antecipada pode ser

pleiteada no processo de conhecimento e para sua concessão, no caso do inciso I do art. 273 do CPC, inclusive **inaudita altera parte**, devem estar presentes três requisitos indispensáveis: prova inequívoca, verossimilhança da alegação; e o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação. Esse último requisito, a me ver, é que determinará ou não a possibilidade e, conseqüentemente, a legitimidade da concessão **in limine** da medida.

O argumento de que a antecipação de tutela sem oitiva da parte contrária é inconstitucional, por ofensa ao princípio do contraditório, soa desarrazoada, porquanto, a admitir-se sua procedência, ter-se-ia de entender coactada, no próprio ordenamento jurídico, a possibilidade de existência de medida dessa natureza.

Em outra decisão, assim entendeu o Tribunal Regional Federal da 3ª. Região:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. FGTS. SAQUE. PRELIMINAR DE LEGITIMIDADE AD CAUSA E INFRINGÊNCIA AOS PRINCÍPIOS DO DEVIDO PROCESSO LEGAL, CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA. LEI 8036/90. PERDA DO OBJETO.

1. Preliminar de legitimidade `ad causam` rejeitada tendo em vista que a mesma deverá ser analisada nos autos da ação principal, não cabendo fazê-lo em recurso de agravo de instrumento.
2. Preliminar de infringência aos princípios do devido processo legal, contraditório e ampla defesa rejeitada pois é discricão do magistrado conceder a liminar inaudita altera pars, não constituindo desrespeito aos princípios citados.
3. O art. 20, inciso VIII da Lei 8036/90 autoriza o saque quando a conta vinculada do trabalhador no FGTS permanecer sem crédito de depósito por 03 anos ininterruptos.
4. A concessão ou não de medida liminar é ato que fica ao prudente arbítrio do magistrado, encontrando-se dentro de seu poder geral de cautela.
5. Preliminares rejeitadas. Agravo prejudicado pela manifesta perda do objeto" (Tribunal Regional Federal da 3ª Região – Agravo de Instrumento – Processo 94031062940 – Relator Roberto Haddad – DJ de 21.01.1997).

Já o Tribunal Regional Federal da 1ª Região tem o seguinte precedente:

ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA.

1. A antecipação, inaudita altera parte, dos efeitos da tutela não atenta contra os princípios constitucionais assecuratórios da ampla defesa e do contraditório, podendo ser deferida, sem a audiência da parte contrária, sempre que seja a providência para evitar a ocorrência de dano irreparável ou de difícil reparação.
2. É verossímil, no caso, a alegação de que a previsão editalícia sobre ser inadmissível recurso contra o resultado do exame psicotécnico não se compatibiliza com a garantia de contraditório e ampla defesa, podendo, ademais, advir aos ora agravados dano irreparável ou de difícil reparação se não lhes for assegurado prosseguir no concurso público, diante da inexorável e definitiva eliminação daí conseqüente.
3. Agravo de instrumento a que se nega provimento, prejudicado o agravo regimental. (TRF - PRIMEIRA REGIÃO - Classe: AG - AGRAVO DE INSTRUMENTO – 01000071430 - Processo: 199901000071430 UF: MT Órgão Julgador: SEGUNDA TURMA - Data da decisão: 25/04/2000 Documento: TRF100099478 - DJ DATA: 10/08/2000 PAGINA: 17 – Rel. Juiz JUIZ CARLOS MOREIRA ALVES).

ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. REAJUSTE DE 11,98%. NÃO CABIMENTO. PRELIMINAR DE OFENSA AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA REJEITADA.

1. A possibilidade de concessão liminar, inaudita altera parte, não atenta contra as garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa. Preliminar rejeitada.

2. É partir o entendimento, das Primeira e Segunda Turmas deste Tribunal, de que, em hipótese como a em causa, além de não se fazerem presentes os requisitos estabelecidos pelo artigo 273 do Código de Processo Civil, obsta a antecipação da tutela a norma inscrita no art. 1º da Medida Provisória nº 1.570/97, convertida na Lei nº 9.494/97.

3. Agravo provido" (TRF - PRIMEIRA REGIÃO - Classe: AG - AGRAVO DE INSTRUMENTO – 01000649650 - Processo: 199701000649650 UF: MG Órgão Julgador: SEGUNDA TURMA - Data da decisão: 20/10/1998 Documento: TRF100071717 - DJ DATA: 01/02/1999 PAGINA: 623 – Rel. JUIZ CARLOS MOREIRA ALVES).

## 6 CONCLUSÃO

Não há, assim, qualquer violação ao contraditório na adoção de medida cautelar, havendo apenas o adiamento da discussão meritória para ocasião futura e oportuna, inclusive pelo fato de que a decisão *initio litis* é provisória e poderá ser alterada ou mesmo revogada após o exercício do contraditório. Se acaso fosse outro o entendimento, praticamente se iria retirar toda a eficácia da medida ou da tutela antecipada, transformando-a em verdadeira letra morta dentro do sistema processual.

São inúmeras as hipóteses de concessão de tutela de urgência, sem a oitiva da parte contrária, no nosso sistema processual, não se havendo falar, em qualquer delas, na violação do contraditório, pois a parte contrária, ao tomar conhecimento da medida, possui meios prontos e eficazes para alterá-la.

Tanto a doutrina quanto a jurisprudência, desta forma, caminham no sentido de indicar que as medidas liminares, sem a audiência da parte contrária, não configuram qualquer violação ao princípio do contraditório.

Aliás, entre a tutela inibitória e a ressarcitória, deve-se dar preferência à primeira, justamente pelo fato de que possui como móvel evitar a ocorrência do ato ilícito, como foi o caso do requerido nos presentes autos.

A efetividade da tutela jurisdicional, caso não concedida medida liminar visando obstar a continuidade dos atos ilegais e imorais da administração, estaria seriamente comprometida, quando não excluída, o que acarretaria na perda da credibilidade da Justiça, no crédulo a impunidade e no sentimento de frustração da coletividade.

Em face de todo o exposto, havendo colisão de princípios nos casos de liminares sem a audiência da parte contrária, as regras de colisão devem ser aplicadas, prevalecendo,

sob esse aspecto, a possibilidade de concessão de liminar *inaudita altera pars*, sem que se possa falar em violação a ampla defesa, ao contraditório e muito menos ao devido processo legal (princípio mater).

No importante papel de dirimir litígios, propiciando a pacificação social, deve o Poder Judiciário observar os princípios processuais constitucionais, dentre os quais o devido processo legal, sob pena de eivar a prestação jurisdicional de nulidade insanável, sendo certo, ademais, que, estando presentes os requisitos legais, não há juízo discricionário ao interprete quanto à concessão das medidas liminares, que obrigatoriamente devem ser concedidas *initio litis*, não configurando, conforme exposto, qualquer violação aos princípios do contraditório, ampla defesa ou devido processo legal, apenas adiando o exercício do contraditório.

Como tem propugnado a doutrina, o acesso à justiça e a efetividade do processo passam, necessariamente, pela correta aplicação das medidas judiciais *inaudita altera pars*, assegurando-se, em momento oportuno, o exercício do contraditório pelos réus.

## REFERÊNCIAS

CAETANO, Marcelo. **Princípios fundamentais do direito administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 1977.

CHILA FREYESLEBEN, Márcio Luis. A improbidade administrativa: comentários à Lei 8.429 de 1992. **Revista Jurídica do Ministério Público – JUS 94**, Belo Horizonte, AMMP, n. 17, 1994.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada**: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização). 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BURLE FILHO, José Emmanuel. Principais aspectos do inquérito civil, como função institucional do Ministério Público. In: MILARÉ, Édís (Coord.) **Ação Civil Pública**. São Paulo: RT, 1995.

DELGADO, José Augusto. Reflexões sobre o ordenamento jurídico-administrativo. **Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados**, v. 19, n. 135, p. 83-100, abr. 1995.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de direito administrativo**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

GASPARINI, Diógenes. **Direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 1989.

GORDILLO, Augustín. **Introducción al derecho administrativo**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1966.

HAURIOU, Maurice. **Précis de droit administratif et doitr public**. 8. ed. Paris: Recueil Sirey, 1914.

MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. **A intervenção do Ministério Público**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 1989.

MASCARENHAS, Paulo. **Improbidade administrativa e crime de responsabilidade de prefeito**. Leme: LED, 1999.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 32. ed. São Paulo Malheiros, 2006.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de segurança, ação civil pública, mandado de injunção, “Habeas Data”**. 13. ed. São Paulo: RT, 1989.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de segurança e ação popular**. 9. ed. São Paulo: RT, 1983.

MELLO, Celso A. Bandeira. **Curso de direito administrativo**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. **Código de processo civil e legislação processual extravagante em vigor**. São Paulo: RT, 1996.

NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. **Curso de direito administrativo**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

PAZZAGLINI, Marino et al. **Improbidade administrativa, aspectos jurídicos da defesa do patrimônio público**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1998.

PUOLI, José Carlos Baptista. **Os poderes do juiz e as reformas do processo civil**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.