

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

LEONARDO GOMES PEREIRA

DIREITOS FUNDAMENTAIS PROCESSUAIS E A FAZENDA PÚBLICA EM JUÍZO

Porto Alegre

2015

LEONARDO GOMES PEREIRA

DIREITOS FUNDAMENTAIS PROCESSUAIS E A FAZENDA PÚBLICA EM JUÍZO

Monografia apresentada como requisito parcial para a obtenção do título de Especialista em Processo Civil, pelo Curso de Especialização em Processo Civil da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, sob orientação do Professor Doutor Daniel Francisco Mitidiero.

Porto Alegre

2015

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	4
2 A ATUAÇÃO DA FAZENDA PÚBLICA EM JUÍZO	6
3 O DEVIDO PROCESSO LEGAL NA EXECUÇÃO FISCAL	9
4 O PRINCÍPIO DA INSTRUMENTALIDADE E O DIREITO FUNDAMENTAL À TUTELA ADEQUADA E EFETIVA DOS CRÉDITOS DA FAZENDA PÚBLICA.....	12
5 O DIREITO FUNDAMENTAL À IGUALDADE E À PARIDADE DE ARMAS	14
6 A COLABORAÇÃO NO PROCESSO	17
7 RESTRIÇÕES QUANTO À CONCESSÃO DAS TUTELAS DE URGÊNCIA CONTRA A FAZENDA PÚBLICA – AS CAUTELARES E AS ANTECIPAÇÕES DE TUTELA	22
8 O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL BRASILEIRO	26
9 CONCLUSÃO	27
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	29

1 INTRODUÇÃO

A atividade fazendária é imprescindível ao Estado na realização de suas tarefas de consecução do bem comum e de proporcionar condições à vida em sociedade. O Código de Processo Civil disciplina as demandas individuais que envolvem particulares. São poucos os dispositivos relacionados com as pessoas jurídicas de direito público. Com efeito, dentre as normas inseridas no sistema processual, despontam aquelas que conferem prerrogativas para a Fazenda Pública em juízo. As normas que regem a atividade processual da Fazenda Pública vêm passando a ter disciplina mais acentuada em leis extravagantes.

Ainda assim, o Código de Processo Civil traz uma gama de prerrogativas para a atuação fazendária em juízo, como prazos estendidos e reexame necessário. Quanto à concessão de tutela antecipada contra a Fazenda Pública, há diversas restrições estabelecidas em lei. Ainda, quando busca seus créditos em juízo, havendo uma certidão de dívida ativa, a Fazenda Pública dispõe de procedimento diferenciado do regime executivo comum, qual seja, o procedimento da Execução Fiscal, instituído pela Lei n. 6.830/80.

O presente trabalho tem a finalidade de analisar os direitos fundamentais processuais em evidência quando da presença do Estado como parte em juízo, especialmente no que toca à instrumentalidade, à efetividade e à colaboração processuais.

Não é lícito ao cidadão esquivar-se de suas obrigações legais, especialmente as fiscais. Menos aceitável ainda será o Poder Público agir com abuso e violar direitos fundamentais. Afinal, se o Estado cobra seus créditos para efetivar os direitos da coletividade, não faz sentido que viole direitos a pretexto de arrecadar quando executa uma certidão de dívida ativa, por exemplo. Até porque a função de arrecadar não é um fim em si mesmo, mas, em última análise, visa resguardar e efetivar os direitos dos administrados. Quando o Estado tem seus prazos processuais estendidos por lei, direito à suspensão da segurança ou vedação de tutela antecipada em seu desfavor, da mesma forma o Estado não pode abusar dessas prerrogativas. Do contrário, as prerrogativas se tornam privilégios sem razão.

As prerrogativas fazendárias tem lastro no princípio da supremacia do interesse público. Segundo Maria Sylvia Zanella di Pietro, esse princípio, também chamado de princípio da finalidade pública, está presente tanto no momento da

elaboração da lei como no momento da sua execução em concreto pela Administração Pública. Ele inspira o legislador e vincula a autoridade administrativa em toda a sua atuação¹. Segundo di Pietro, no que diz respeito à sua influência na elaboração da lei, uma das distinções que se costuma fazer entre o direito privado e o direito público (e que vem desde o Direito Romano) leva em conta o interesse que se tem em vista proteger; o direito privado contém normas de interesse individual e, o direito público, normas de interesse público.

É necessário analisar qual o nível de aptidão que têm as prerrogativas fazendárias para desequilibrar a relação entre Fazenda e cidadão, de tal forma a violar direitos fundamentais processuais. Nesse contexto de tensão entre a atividade fazendária e os direitos fundamentais é que está o foco da presente investigação.

A problemática que se lança, assim, é sobre até que medida essas prerrogativas são legitimadas em nome do interesse público e em quais situações podem ser consideradas desproporcionais e violadoras dos direitos fundamentais processuais.

¹ PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 22ª ed. São Paulo: Atlas, 2009.p. 64-65.

2 A ATUAÇÃO DA FAZENDA PÚBLICA EM JUÍZO

Cada fase do desenvolvimento social justifica as alterações das políticas estatais de determinada comunidade ao longo do tempo. Na atividade fazendária não foi diferente. Desde que era colônia, o Brasil já possuía mecanismos próprios para a execução de crédito fiscais, os quais, com o desenvolvimento da sociedade e do Estado foram se aprimorando. Leon Frejda Szvlarowsky faz uma retrospectiva histórica sobre o procedimento da cobrança dos créditos fazendários no Brasil:

Nas Ordenações, todos os créditos fiscais eram abrangidos, prestigiando a ação executiva na sua cobrança. [...] O Alvará de 16/12/1774 ordenava proceder executivamente contra os devedores na conformidade dos Regimentos da Fazenda e da Lei do Reino, devendo o juiz mandar passar mandados executivos pelas dívidas que liquidamente constassem dos Livros da Alfândega e, depois de feita a penhora, cabia-lhe remeter os autos aos Superintendente-Geral para proceder de forma sumária, verbalmente e de plano mas tão somente aqueles meios que necessário fossem para o descobrimento da verdade e defesa das partes, dando apelação e agravo para o Juízo dos Feitos da Fazenda. A penhora fazia-se administrativamente pela própria administração ativa (a que fiscaliza, autua e impõe penalidades) e somente depois, na fase recursal, a competência passava para o Juízo.²

A supremacia do interesse público sempre deu legitimidade às especiais formas de proteção reservadas ao crédito tributário no Brasil e em diversos ordenamentos jurídicos. Carlos M. Giuliani Fonrouge analisa a especial proteção que se dá ao crédito tributário:

La naturaleza especial de la obligación tributaria y su importancia en la actividad del Estado, explican que todas las legislaciones se preocupen por asegurar su adecuado cumplimiento. Con tal propósito, no sólo establecen normas destinadas a facilitar la recaudación mediante procedimientos compulsivos o por disposiciones de orden administrativo, sino también atribuyendo al crédito del Estado una posición preeminente con relación a otros tipos de obligaciones y cuyo conjunto constituye los privilegios fiscales, así llamados por estar destinados a tutelar créditos de índole tributaria o fiscal.³

Importantes reflexos da posição de supremacia do Estado frente ao contribuinte, as normas que preveem garantias, privilégios e preferências do crédito

² SZVLAROWSKY, Leon Frejda. **Execução Fiscal**. In Direito Tributário Atual n.º 17. São Paulo: Dialética, 2003. p. 227-230.

³ GIULIANI, Carlos M. Fonrouge. **Derecho Financiero**. Vol. I. Buenos Aires: Depalma, 1962. p.519.

tributário dão mais força e complementam o resguardo do interesse público em juízo. James Marins contextualiza bem a situação em sede processual:

É nesse quadrante de Direito Processual Tributário, sequer integralmente dimensionado, que residirão contrastadas as prerrogativas do Estado hauridas do interesse público para dar guarida a seu escopo arrecadatório em face das garantias do contribuinte – materiais e processuais – igualmente escudadas no Direito Público, nas garantias individuais assecuratórias da realização da justiça tributária em sua acepção jurídica.⁴

As garantias, privilégios e preferências do crédito tributário, aliadas ao procedimento executivo fiscal, porque buscam tornar efetiva a arrecadação, visam, em última análise, à proteção dos direitos da coletividade e, portanto, dos próprios contribuintes.

Prazo em quádruplo para contestar, em dobro para recorrer, intimação pessoal dos Advogados da União, Procuradores da Fazenda Nacional, Procuradores Federais e os do Banco Central e um procedimento de execução fiscal são os principais exemplos de prerrogativas processuais que visam resguardar interesse público quando o Estado está em juízo.

Constantemente, doutrina e jurisprudência têm se deparado com situações de colisões entre algumas prerrogativas e os direitos fundamentais processuais. Eduardo Sabbag chega a analisar de forma um tanto negativa a posição que a Fazenda Pública detém diante do contribuinte em se tratando de tais prerrogativas quando se trata de crédito tributário em execução fiscal:

É mister notar, desde logo, que desponta nítido desequilíbrio entre o contribuinte e o Fisco, quanto às garantias e os privilégios do crédito tributário estendidos apenas a este último, desvirtuando o correto balanceamento e a equidade de forças entre as partes, e tendo como resultado o agigantamento do Estado diante do particular.

[...]

De um modo geral, todos os bens e rendas do contribuinte ficam expostos e são alcançados para a forçosa liquidação do crédito tributário, salvo certos bens e rendas que a lei direta e exclusivamente acobertou sob o manto da absoluta impenhorabilidade. Logo, o patrimônio do particular mostra-se quase integralmente à mercê da sanha arrecadatória do Estado tributante.⁵

⁴ MARINS, James. **Direito Processual Tributário Brasileiro (Administrativo e Judicial)**. 7ª ed. São Paulo: Dialética, 2014.

⁵ SABBAG, Eduardo. **Manual de Direito Tributário**. 5ª ed. Saraiva: São Paulo, 2013. p. 967.

De fato, não é de se estranhar que vozes como a de Sabbag se estarreçam diante de determinados casos com alto grau de desequilíbrio entre Estado e contribuinte. Nas relações estabelecidas concretamente entre os contribuintes e a Fazenda Pública, surgem diversos confrontos entre a Execução Fiscal e os direitos fundamentais à propriedade, à honra e ao devido processo legal.

O procedimento de arrolamento fiscal, por exemplo, criado pela Lei n. 9.532/97, especialmente para o processo de execução fiscal federal, faz parte das prerrogativas processuais de que dispõe a Fazenda Pública, na medida em que permite que a autoridade fiscal realize um levantamento dos bens dos contribuintes e averbe o expediente nos órgãos de registros dos bens. O procedimento, ao incluir a averbação nos registros públicos, pode diminuir o valor de mercado dos bens, dificultando, na prática, sua alienação. De acordo com o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça⁶, o procedimento é legítimo, embora exista posição doutrinária⁷ que entenda violar o devido processo legal e o direito de propriedade. Segundo algumas vozes, o procedimento violaria o direito ao contraditório e à ampla defesa, por não prever defesa quanto ao expediente de arrolamento e, além disso, violaria o direito de propriedade, ao diminuir o valor de mercado dos bens gravados.

Apesar de, aparentemente, as prerrogativas processuais fazendárias mostrarem-se demasiadas, na maioria das vezes elas são legítimas e necessárias. Ora, a Fazenda Pública, que é representada em juízo por seus procuradores, não reúne as mesmas condições que um particular para defender seus interesses em juízo. Além de estar defendendo o interesse público, a Fazenda pública mantém uma burocracia inerente à sua atividade, tendo dificuldade de ter acesso aos fatos, elementos e dados da causa. O volume de trabalho que cerca os advogados públicos, impede, de igual modo, o desempenho de suas atividades nos prazos fixados pelos particulares. Demais disso, enquanto um advogado particular pode selecionar suas causas, recusando aquelas que não lhe convém, o advogado

⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Segunda Turma. Recurso Especial nº 757303 Agravante: Scandinavian Airlines System SAS. Agravado: Fazenda Nacional. Relator: Ministro Humberto Martins. Brasília, 19 abr 2012. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=215854_06&num_registro=201000762161&data=20120419&tipo=5&formato=HTML.

⁷ SILVA, Rogério Pires da. **Arrolamento Fiscal**: algumas reflexões sobre a Lei nº 9.532/97. Revista Dialética de Direito Tributário. nº 73. Out 2001. p. 116-125.

público não pode declinar de sua função, deixando de proceder a defesa da Fazenda Pública.⁸

3 O DEVIDO PROCESSO LEGAL NA EXECUÇÃO FISCAL

O sentido mais adequado dado a expressão devido processo legal é o de “processo justo”, que é o processo legal informado por direitos fundamentais processuais. Segundo Daniel Mitidiero⁹, devido processo legal é o resultado de uma aplicação proporcional, razoável e com concordância prática dos direitos fundamentais processuais em um dado caso concreto. O devido processo legal, portanto, abrange uma gama de direitos a serem observados, dentre os quais podemos enumerar os principais: tutela jurisdicional adequada e efetiva, condução do processo pelo juiz natural, igualdade e paridade de armas, contraditório, ampla defesa, provas, fundamentação, publicidade, segurança jurídica processual, assistência técnica, assistência jurídica integral e duração razoável.

Como sabemos, é necessária a observância ao devido processo legal, seja no âmbito administrativo ou judicial. James Marins, citando Carnelutti, considera o processo o ambiente em que se deve prestigiar direitos fundamentais como o contraditório, essencial para que se chegue a uma justiça tributária, no caso das execuções fiscais:

Do mesmo modo, além deste conjunto de deveres impostos aos contribuintes, se estabelecem também obrigações ao ente estatal às quais correspondem direitos invocáveis pelos particulares com o escopo de *“assicurare la giustizia nella applicazione delle leggi tributarie, cioè quella giustizia tributaria, Che è una sottospecie della giustizia amministrativa e si manifesta anzitutto in ciò Che si potrebbe chiamare l’assaggio preventivo del fondamento della pretese tributaria; appunto, quanto diminuisce il numero delle pretese infondate, tanto si affievolisce il pericolo della lite”*. São, Portanto, tais órgãos tributários mecanismos de realização da justiça tributária. Isto se realiza através da concreção de algumas garantias individuais ainda na fase de aplicação da norma tributária, como o contraditório

⁸ CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A Fazenda Pública em Juízo**. 12ª ed. São Paulo: Dialética, 2014. p.38.

⁹ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 2ª ed. Porto Alegre: Revista dos Tribunais, 2013. p. 712.

e a impugnação através de controle hierárquico (sindicato gerarchico).¹⁰

Todos sabemos das imensas dificuldades que os Fiscos federal, estaduais e municipais sofrem na recuperação dos seus créditos. O crédito fazendário, apesar de ter a seu favor garantias, privilégios, preferências e um especial procedimento executivo, sofre do mesmo mal que acomete o crédito em geral: a dificuldade em ser recuperado.

A dívida ativa da Fazenda Pública é constituída por qualquer valor definido como de natureza tributária ou não tributária pela Lei Federal n. 4.320/1964. O valor devido à Fazenda Pública, de natureza tributária ou não tributária, deve ser inscrito na dívida ativa. Tal inscrição é feita por meio de um procedimento administrativo destinado a apurar a liquidez e a certeza do crédito. Assim, instaurado o procedimento administrativo, o devedor será notificado para pagar o valor devido ou apresentar suas razões de defesa. Não efetuado o pagamento, não apresentada defesa ou vindo esta a ser rejeitada, sobrevirá o ato administrativo de inscrição do valor na dívida ativa, que ensejará na emissão de uma certidão que atesta a certeza e liquidez do débito. Esta certidão, denominada certidão de dívida ativa, constitui o título executivo apto a legitimar a propositura da execução fiscal.

Por demanda do Conselho Nacional de Justiça, o IPEA – Instituto de Pesquisa Econômica e Aplicada¹¹ –, realizou pesquisa entre novembro de 2009 e fevereiro de 2011, divulgada em janeiro de 2012, revelando que, em regra, as execuções fiscais ou fracassam absolutamente ou recuperam integralmente o débito, e a taxa de êxito do executado, via embargos ou exceção de pré-executividade, chega a 22,5%.

Diante desses dados, percebe-se que as prerrogativas de que dispõe a Fazenda Pública nem sempre são suficientes para o sucesso da busca por seus créditos. Limitado por dificuldades financeiras de um lado e por sujeições procedimentais de outro, o Estado tenta otimizar ao máximo o exercício das garantias, privilégios e preferências do crédito e das prerrogativas processuais de que dispõe na busca do crédito junto ao patrimônio do devedor.

¹⁰MARINS, James. **Direito Processual Tributário Brasileiro (Administrativo e Judicial)**. 7ª ed. São Paulo: Dialética, 2014. p. 47-48.

¹¹BRASIL. Instituto de Pesquisa Econômica e Aplicada. Custo e tempo do processo de execução fiscal promovido pela Procuradoria Geral da Fazenda Nacional (PGFN). Comunicados do IPEA n. 127. Brasília, jan 2012. Disponível em: www.ipea.gov.br.

O Estado, que cobra dos administrados e adentra em seu patrimônio, tem sua legitimidade respaldada pelo cumprimento dos seus próprios deveres, entre os quais se encontra o respeito aos direitos fundamentais, notadamente o direito à propriedade, à honra e ao devido processo legal.

A possibilidade de oposição de embargos à execução (art. 16 da Lei n. 6.830/80) confere ao executado a chance de participar de um contraditório no âmbito da execução fiscal. Em que pese não se trate de uma defesa dentro do próprio processo e se constitua numa ação autônoma, funciona como meio de defesa e poderá resultar na improcedência da execução fiscal. É uma ação autônoma, mas funciona como se fosse uma defesa fora do processo, sendo, por isso, classificada pela doutrina como defesa heterotópica.

Nos embargos à execução, permitindo-se um contraditório, prestigia-se a cooperação processual e à bilateralidade das alegações. Ainda que não seja uma contestação, sua função acaba promovendo as condições para a formação de um devido processo legal.

Para a oposição de embargos, no entanto, diferente do que corre na execução por quantia certa contra devedor solvente, é necessário garantir o juízo (art. 16, §1º da Lei n. 6.830/80). Tal regra, apesar de colocar o executado em uma situação mais gravosa em relação ao procedimento de execução ordinário, é razoável pois visa a proteção do erário, ou seja, a proteção dos direitos da coletividade.

O ajuizamento da execução fiscal, segundo o art. 578 do CPC, será no foro do domicílio do réu ou se não o tiver, no de sua residência ou no do lugar onde for encontrado. O parágrafo único ainda prevê que a Fazenda Pública poderá escolher o foro de qualquer um dos devedores, quando houver mais de um, ou o foro de qualquer dos domicílios do réu; a ação poderá ainda ser proposta no foro do lugar em que se praticou o ato ou ocorreu o fato que deu origem à dívida, embora nele não mais resida o réu, ou, ainda, no foro da situação dos bens, quando a dívida deles se originar. O Novo Código de Processo Civil, em seu art. 46, §5º, repete a regra do atual código, ao dispor que “ A execução fiscal será proposta no foro de domicílio do réu, no de sua residência ou no do lugar onde for encontrado”. Tal regra de competência denota um equilíbrio entre o interesse público e a possibilidade de defesa do executado, consentâneo do devido processo legal.

4 O PRINCÍPIO DA INSTRUMENTALIDADE E O DIREITO FUNDAMENTAL À TUTELA ADEQUADA E EFETIVA DOS CRÉDITOS DA FAZENDA PÚBLICA

A questão da instrumentalidade está estreitamente vinculada com a da efetividade processual, tanto em termos de tempo quanto de conteúdo dos pronunciamentos judiciais, com vistas à justiça do caso concreto e respeito ao direito fundamental ao processo justo.

O Direito Processual é instrumental, prevalecendo a ideia de instrumentalidade do processo. Quer isto dizer que o Direito Processual deve adequar-se às peculiaridades de dado direito material. Daí se falar em tutelas diferenciadas, devendo haver um processo apto a garantir aquele direito específico, mediante regras processuais que lhe sejam apropriadas. Cunha aduz que:

O que se percebe, em verdade, é que a atividade legislativa vem sendo fincada pela aplicação do princípio da adequação do procedimento, que, segundo Fredie Didier Jr., nada mais é do que um subproduto do princípio da adequação da tutela jurisdicional. Por meio do aludido princípio, o legislador se vale, basicamente, de três critérios para adequar a tutela jurisdicional pelo procedimento:

- A) Leva em conta a natureza do direito material, cujas peculiaridades exigem a adoção de um procedimento que gere uma tutela jurisdicional mais efetiva (exemplo: ações possessórias, ação de alimentos, ação de busca e apreensão em alienação fiduciária);
- B) Considera a forma como se apresenta o direito material no processo (exemplos: mandado de segurança e ação monitória);
- C) Pressupõe a situação processual de urgência (exemplo: a tutela antecipada genérica do art. 273 do CPC).¹²

No caso da Fazenda Pública, há a submissão aos princípios e regras de direito público, sendo certo que, no direito público, vigoram o princípio da legalidade, a presunção de legitimidade dos atos administrativos, a autoexecutoriedade dos atos administrativos e a supremacia do interesse público sobre o privado.

Tais princípios e regras aplicam-se às relações jurídicas de direito material que envolvem a Fazenda Pública, não guardando pertinência com as relações das quais participem particulares. Logo, o processo que envolve a Fazenda Pública deve adequar-se a tais princípios e regras, devendo-se conferir-lhe um tratamento

¹² CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A Fazenda Pública em Juízo**. 12ª ed. São Paulo: Dialética, 2014. p.288-289..

diferenciado. É por isso que existem procedimentos específicos para demandas que envolvam a Fazenda Pública, tais como o mandado de segurança, a ação de desapropriação e a execução fiscal.

A tutela jurisdicional adequada é um dos elementos que compõem um processo justo. Dessa forma, o processo deve adequar-se às especificidades do direito material cuja tutela se pede em juízo.

É o caso, por exemplo, da existência dos procedimentos especiais (prestação de contas, ações possessórias, etc.) e do procedimento executivo fiscal. Tais procedimentos têm por finalidade a tutela de direitos deveras específicos (por exemplo, tão somente a discussão da posse no caso das ações possessórias e tão somente a dívida ativa da Fazenda Pública no caso da execução fiscal) e, assim, possuem uma cognição parcial (cognição limitada).

A promoção de um procedimento específico para a insurgência por seus créditos se coaduna com os ditames de um processo justo. Isto porque o procedimento prestigia a tutela efetiva dos direitos decorrentes da relação entre o fisco e o executado, a bem do interesse público. A tutela do interesse público não seria alcançada caso somente fosse disponibilizado as partes um procedimento executivo como a execução por quantia certa contra devedor solvente, já que a dinâmica deste não é apta a tratar do específico direito oriundo da certidão de dívida ativa. Esse procedimento não seria capaz de proporcionar um processo justo, já que não haveria uma tutela adequada e efetiva a ensejar a concretização do direito material.

Nesse sentido, a execução fiscal prestigia a visão de que processo e procedimento não são fins em si mesmos, mas meios para se tutelar direitos. Visão essa já consolidada no atual estágio de desenvolvimento do direito processual e que pode ser assim sintetizada:

O direito à tutela jurisdicional é exercido mediante a propositura de ação. A ação é direito à tutela adequada e efetiva mediante processo justo. Importa antes de qualquer coisa o ângulo teológico do assunto. A rica literatura formada a respeito do conceito de ação na primeira metade do século XX, principalmente na Itália, portanto, com o advento da fundamentalização do direito de ação, ganha novo significado: o foco é deslocado do conceito para o resultado propiciado pelo seu exercício. Vale dizer: ação passa a ser teorizada como meio para prestação da tutela jurisdicional adequada e efetiva aos direitos. Trata-se de direção oriunda da consciência de que não basta declarar direitos, importando antes instituir meios

organizatórios de realização, procedimentos adequados e equitativos, sem os quais o direito perde qualquer significado em termos de efetiva atuabilidade.¹³

5 O DIREITO FUNDAMENTAL À IGUALDADE E À PARIDADE DE ARMAS

Trata-se de direito fundamental que, nada obstante não previsto expressamente na Constituição para o campo do processo, decorre naturalmente da ideia de Estado Constitucional e do direito fundamental à igualdade perante a ordem jurídica como um todo (art. 5º, caput, da CF).

Um processo que conte com a participação da Fazenda Pública como parte inevitavelmente será pano de fundo de prerrogativas processuais desta. Prazo em quádruplo para contestar, em dobro para recorrer e o Reexame Necessário são exemplos de institutos que, visando resguardar, em última análise, o interesse público, colocam aquele que litiga contra a Fazenda em uma situação processualmente menos vantajosa.

Marinoni afirma que a norma de direito fundamental, ao instituir valor, e deste modo influir sobre a vida social e política, regula o modo de ser das relações entre os particulares e o Estado, assim como as relações apenas entre os sujeitos privados. Afirma, ainda, que, quando se fala nas eficácias vertical e horizontal dos direitos fundamentais, deseja-se aludir à distinção entre a eficácia dos direitos fundamentais sobre o Poder Público e a eficácia dos direitos fundamentais nas relações sobre os particulares.

Existe eficácia vertical na vinculação do legislador, do administrador e do juiz. Há eficácia horizontal – também chamada de eficácia privada - nas relações entre particulares.

As diferenças de tratamento previstas em lei devem decorrer de razões justificáveis, devendo ter supedâneo na razoabilidade. No processo civil, o princípio da isonomia contém previsão no art. 125, I do CPC, que o traz como norma cogente, na medida em que atribui ao juiz o dever de assegurar às partes um tratamento isonômico. Em verdade, o que se exige do juiz é que confira às partes

¹³ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 2ª ed. Porto Alegre: Revista dos Tribunais, 2013. p. 712.

igualdade de oportunidades, para que, exercendo o contraditório, possam ter a chance de tentar participar de seu convencimento.

Além das prerrogativas processuais ordinariamente dispensadas à Fazenda Pública, esta possui um procedimento executivo específico para cobrança de seus créditos em juízo: a Execução Fiscal, regulada pela Lei 6.830/80. Algumas regras desse procedimento o diferem do procedimento executivo comum, constituindo verdadeiras prerrogativas da Fazenda Pública. É o caso da necessidade de garantir a execução para poder opor embargos (art. 16, § 1º).

Há quem questione a validade ou constitucionalidade dessas regras diferenciadas que são conferidas à Fazenda no processo. Não parece haver qualquer óbice à existência de tais prerrogativas, consoante se passa à análise dos conceitos de igualdade formal e igualdade material:

A igualdade no processo tem de ser analisada sob duas perspectivas distintas. Na primeira, importa ter presente a distinção entre igualdade perante a legislação (igualdade formal) e igualdade na legislação (igualdade material). Na segunda, é preciso ressaltar a diferença entre igualdade no processo e igualdade pelo processo-igualdade diante do resultado da aplicação da legislação no processo.

A igualdade na legislação pressupõe a inexistência de distinções arbitrárias no seu conteúdo. A distinção tem de ser feita de forma racional pelo legislador. É claro que a igualdade “ não consiste em um tratamento igual sem distinção de todos em todas as relações”, já que “senão aquilo que é igual deve ser tratado igualmente”. O problema da igualdade na legislação, portanto, está na utilização de critérios legítimos para distinção entre pessoas e situações no processo. É vedada, em outras palavras, a existência de “distinções arbitrárias”na legislação, isto é, realizadas sem finalidade legítima (“legitimate purpose”).¹⁴

A presença da Fazenda Pública em juízo traz consigo importantes premissas que regem o Direito Público. Decorre do princípio da prevalência do interesse coletivo frente ao individual e da indisponibilidade do interesse público a presunção de veracidade e legitimidade dos atos oriundos das autoridades administrativas.¹⁵

De fato, é pacífico o entendimento de que os atos administrativos gozam da presunção de legitimidade, de forma que não há de presumir legítima a pretensão do autor, na hipótese de ser revel a Fazenda Pública. Vale dizer que os atos

¹⁴ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 2ª ed. Porto Alegre: Revista dos Tribunais, 2013. p. 724

¹⁵ CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A Fazenda Pública em Juízo**. 12ª ed. São Paulo: Dialética, 2014. p.115.

administrativos gozam de presunção de legitimidade, de maneira que cabe ao autor, numa demanda proposta em face da Fazenda Pública, demonstrar, e comprovar, as alegações contidas em sua petição inicial. Não o fazendo, mediante a produção de qualquer prova, só restará a consequência da improcedência.

Embora se justifique o tratamento diferenciado dispensado à Fazenda Pública, até mesmo pela indisponibilidade do interesse público e pela presunção de legitimidade dos atos administrativos, importante sempre se ter em vista a gama de direitos fundamentais processuais que devem ser observados.

Na hipótese de colisão entre os direitos envolvidos, o vetor da razoabilidade deverá sempre pautar a escolha do caminho a ser trilhado, de forma que o direito do cidadão em juízo não reste violado. A eventual mitigação de um direito processual poderá se mostrar razoável na necessidade de se proteger o erário, mas de forma que não haja o total sacrifício de um direito fundamental processual.

Campo fértil para análise do direito à igualdade no processo está no processo civil em que o Poder Público figura como parte. Ressalta aí a utilização - absolutamente indevida - pelo legislador do processo como estratégia de poder governamental. Embora se possa pensar em situações em que é possível justificar legitimamente a discriminação entre o Estado e o particular no processo, como, por exemplo, na previsão de prazos processuais diferenciados (art. 188 do CPC), dado o elevado volume de trabalho forense acometido à advocacia pública, a diferenciação normalmente realizada o é sem qualquer critério legítimo, sendo inconstitucional por ofensa à igualdade e à paridade de armas.¹⁶

Algumas criações do legislador no tocante à prerrogativas do Poder Público são vistas como violadoras ao princípio da paridade de armas. É o caso da suspensão da segurança. Segundo a doutrina de Daniel Mitidiero, a dispensa de depósito da ação rescisória e a suspensão da segurança são privilégios injustificados.

Dois exemplos de privilégios injustificados do Poder Público no processo: (i) dispensa de depósito para propositura de ação rescisória (art. 488, parágrafo único, do CPC, que, aliás, aproveita igualmente ao Ministério Público); e (ii) suspensão de segurança (arts. 15 da Lei 12.016/2009, 12, par. 1º, da Lei 7.347/1985, 16 da Lei 9.507/1997, 25 da Lei 8.038/1990 e 4º da Lei 8.437/1992). São exemplos de quebras

¹⁶ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 2ª ed. Porto Alegre: Revista dos Tribunais, 2013. p. 725

de igualdade sem qualquer critério legítimo de justificação. São flagrantemente inconstitucionais.

O legislador, ao prever a suspensão de segurança como instituto ligado tão somente à defesa do Poder Público em juízo, viola a igualdade e a paridade de armas no processo. O núcleo duro do direito à paridade de armas está em que ambas as partes têm de ter as mesmas oportunidades e dispor dos mesmos meios para obtenção da tutela jurisdicional. Ao prever a suspensão de segurança como meio de tutela exclusiva do Poder Público, o legislador supõe que apenas a ação do particular é capaz de promover grave lesão à ordem, à saúde, à segurança ou à economia. É perfeitamente possível, no entanto, que seja necessária suspensão de segurança a favor do particular para proteção da ordem, da saúde, da segurança e da economia. A previsão do instituto da suspensão de segurança tão somente a favor do Poder Público é inconstitucional.¹⁷

6 A COLABORAÇÃO NO PROCESSO

Quando o particular atua em juízo contra a Fazenda Pública, ele se vê duplamente submetido ao Poder Estatal. Primeiramente por se submeter ao Estado-juiz para a resolução do conflito *sub-judice*. Em segundo lugar porque o polo oposto no processo é a Fazenda Pública. Dessa forma, desponta no processo, além da necessidade de imparcialidade do juiz a necessidade do prestígio à colaboração processual.

O juiz será mais um agente estatal envolvido na lide – que já conta com a Fazenda Pública litigante –, e deverá tornar o processo um terreno afeito a concretização de direitos fundamentais processuais.

A colaboração estrutura-se a partir da previsão de regras que devem ser seguidas pelo juiz na condução do processo. O juiz tem os deveres de esclarecimento, de diálogo, de prevenção e de auxílio para com os litigantes. É assim que funciona a cooperação. Esses deveres consubstanciam as regras que estão sendo enunciadas quando se fala em colaboração no processo. A doutrina é tranquila a respeito do assunto.

O dever de esclarecimento constitui “o dever de o tribunal se esclarecer junto das partes quanto às dúvidas que tenham sobre as suas alegações, pedidos ou posições em juízo.” O de prevenção, o dever de órgão jurisdicional prevenir as partes do perigo de o êxito de seus pedidos “ser frustrado pelo uso inadequado do processo”. O de consulta, o dever de o órgão judicial consultar as partes antes de decidir sobre qualquer questão, possibilitando antes que essas o influenciem a respeito do rumo a ser dado à causa. O dever de auxílio, o “dever de auxiliar as partes na superação de eventuais

¹⁷ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 2ª ed. Porto Alegre: Revista dos Tribunais, 2013. p. 726

dificuldades que impeçam o exercício de direitos ou faculdades ou o cumprimento de ônus ou deveres processuais”.¹⁸

Com muitos debates produzidos em países como Alemanha e Portugal, o princípio da cooperação é voltado essencialmente à conduta do juiz no processo, afastando-se da imagem do juiz que funciona tão somente como um distante fiscal da observância das regras legais.

O objetivo do princípio é exigir do juiz uma participação mais efetiva, entrosando-se com as partes de forma que o resultado do processo seja o resultado dessa atuação conjunta de todos os sujeitos processuais. O juiz passa a ser um integrante do debate que se estabelece na demanda, prestigiando esse debate entre todos, com a ideia central de que, quanto mais cooperação houver entre os sujeitos processuais, a qualidade da prestação jurisdicional será melhor.

A doutrina divisa fundamentalmente três vertentes desse princípio da cooperação, entendidas como verdadeiros deveres do juiz na condução do processo:

- (i) dever de esclarecimento, consubstanciado na atividade do juiz de requerer às partes esclarecimentos sobre suas alegações e pedidos, o que naturalmente evita a decretação de nulidade e a equivocada interpretação do juiz a respeito de uma conduta assumida pela parte;
- (ii) dever de consultar, exigindo que o juiz sempre consulte as partes antes de proferir decisão, em tema já tratado quanto ao conhecimento de matérias e questões de ofício;
- (iii) dever de prevenir, apontando às partes eventuais deficiências e permitindo suas devidas correções, evitando-se assim a declaração de nulidade, dando-se ênfase ao processo como genuíno mecanismo técnico de proteção de direito material.¹⁹

O processo colaborativo envolve um equilíbrio na atuação das partes, visando, além de um justo processo, uma decisão justa. Esse processo colaborativo deve ser promovido, antes de tudo, pelo próprio juiz, a quem cabe conduzir o deslinde do feito com o máximo aspecto colaborativo. Os objetivos antagônicos do particular e da Fazenda Pública dificultam a colaboração entre as partes litigantes. Assim, a organização de um processo cooperativo, em que haja a colaboração entre os seus participantes refere-se à colaboração do juiz para com as partes.²⁰

¹⁸ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 2ª ed. Porto Alegre: Revista dos Tribunais, 2013. p. 711.

¹⁹ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. 6ª ed. São Paulo: Método, 2014. p. 98-99

²⁰ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 2ª ed. Porto Alegre: Revista dos Tribunais, 2013. p. 710.

O juiz do processo cooperativo é um juiz isonômico na condução do processo e assimétrico no quando da decisão das questões processuais e materiais da causa. Desempenha duplo papel, pois, ocupa dupla posição: paritário no diálogo, assimétrico na decisão. Visa-se alcançar, com isso, um “ponto de equilíbrio” na organização do formalismo processual, conformando-o como uma verdadeira “comunidade de trabalho” entre as pessoas do juízo. A cooperação converte-se em prioridade no processo.²¹

As funções de esclarecer as partes e consultá-las, derivadas do princípio da colaboração, tornam-se ainda mais necessário e úteis quando um particular litiga com a Fazenda Pública. A dupla submissão do particular ao poder estatal coloca em evidência esse importante papel atribuído ao juiz.

A propósito, por dever de esclarecimento temos de entender “o dever de o tribunal se esclarecer junto das partes quanto às dúvidas que tenha sobre as suas alegações, pedidos ou posições em juízo”. Por dever de prevenção, o dever de o órgão jurisdicional prevenir as partes do perigo de o êxito de seus pedidos “ser frustrado pelo uso inadequado do processo”. Por dever de consulta, o dever de o órgão judicial consultar as partes antes de decidir sobre qualquer questão, possibilitando antes que essas o influenciem a respeito do rumo a ser imprimido à causa. Por dever de auxílio, “o dever de auxiliar as partes na superação de eventuais dificuldades que impeçam o exercício de direitos ou faculdades ou o cumprimento de ônus ou deveres processuais”.²²

No Novo Código de Processo Civil, o dever de colaboração das partes vem expressamente previsto:

Art. 378. Ninguém se exime do dever de colaborar com o Poder Judiciário para o descobrimento da verdade.

Com o Novo Código, o princípio da colaboração, já amplamente praticado, vem expresso, evidenciando ainda mais a necessidade de colaboração das partes para com o descobrimento da verdade e, conseqüentemente, com a efetividade processual. Ligada a essa temática, uma grande dúvida sempre surge quando a Fazenda Pública está em juízo como ré: a possibilidade ou não de reconhecimento

²¹ MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no Processo Civil**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.p. 81

²² MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no Processo Civil**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.p. 85

do pedido do autor. Não se tem admitido que a Fazenda Pública reconheça a procedência do pedido. Sendo indisponível o direito tutelado pela Fazenda Pública, não parece ser possível haver o reconhecimento da procedência do pedido. A indisponibilidade, entretanto, comporta gradações. Em algumas situações, embora o bem jurídico seja indisponível, outros valores constitucionais podem justificar que, mediante lei, o Poder Público renuncie a determinadas consequências, decorrências ou derivações do bem indisponível. Dai ser possível, por exemplo, a autoridade fazendária, mediante lei, autorizar remissão ou anistia do crédito fiscal.²³

Uma das facetas do princípio da cooperação está em as partes agirem de boa-fé para com o processo e o direito colocado na lide, de forma a cooperar para a busca da verdade. Assim, admitir que não há direito ou que a parte contrária tem razão no sei pleito é consentâneo do princípio da cooperação.

Em razão do princípio da legalidade (CF, art. 37), a Administração Pública, uma vez constatando que não tem razão em determinado conflito, tem o dever de dar cumprimento ao direito da parte contrária. Se não há direito em favor do Poder Público, não se pode falar em interesse público, justamente porque atender ao interesse público é cumprir deveres e reconhecer e respeitar direitos do administrado. Para dar cumprimento ao direito da parte contrária, não é preciso que haja decisão judicial; é possível a própria administração pública, e atenção aos princípios da legalidade, da moralidade e da impessoalidade, desde que observado o devido processo administrativo, fazer cumprir o direito do particular.

Ainda que questão seja posta ao crivo do Poder Judiciário, cabe à Administração Pública, ao verificar que o particular tem razão, atender ao seu pleito e reconhecer a procedência do pedido. A circunstância de ter sido a questão judicializada não impede que haja o reconhecimento do direito, justamente por estar o Poder Público submetido ao princípio da legalidade.

Sustentar o contrário – sustentar que, uma vez instaurado o processo, o Estado não teria mais o dever de reconhecer que está errado – significaria imaginar que a litispendência imuniza a Administração de seu dever maior, de submeter-se à legalidade. Significaria supor que o processo, fenômeno eminentemente instrumental, teria o condão jurídico-material de mudar os parâmetros de legalidade, os critérios do correto agir público.

²³ CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A Fazenda Pública em Juízo**. 12ª ed. São Paulo: Dialética, 2014. p.111-112.

É por isso que, mesmo com um processo em curso, permanece a possibilidade de o ente público reconhecer sua falta de razão e por fim ao litígio. Mais do que possibilidade, a Administração tem o dever de agir assim.

É possível, então, haver o reconhecimento da procedência do pedido. Para isso, é necessário:

- a) Prévio processo administrativo, por meio do qual a Administração Pública averigüe e conclua objetivamente que não há razão na defesa a ser apresentada em juízo;
- b) haver prévia autorização da autoridade administrativa competente para o cumprimento da obrigação exigida pelo particular (não sendo um ato autônomo do advogado público);
- c) que o reconhecimento seja objeto de fiscalização pelos órgãos de controle, a exemplo do Poder Legislativo, do Tribunal de Contas, entre outros;
- d) respeitar a isonomia e a impessoalidade, de sorte que, havendo demandas repetitivas ou diversos casos em idêntica situação de conflito com a Administração Pública, o reconhecimento deve ocorrer em todos os casos, não sendo possível haver escolha ou seleção arbitrária de apenas alguns casos. Nessa hipótese, é cabível, até mesmo, um ato geral regulando as condições da autocomposição.

Atendidas essas diretrizes, é possível haver o reconhecimento da procedência do pedido.

Em vez do reconhecimento da procedência do pedido, têm-se celebrado transações, quando haja lei conferindo essa possibilidade ao Procurador-Geral ou ao Advogado-Geral da pessoa jurídica de direito público, o qual autoriza ao procurador daquele processo específico a celebrar a transação.²⁴

Nessa temática da colaboração no processo, o intérprete necessita de cautela e percepção sistemática do direito, de modo a promover a interpretação de todas as normas que envolvem o processo da maneira que melhor equalize as forças antagônicas envolvidas. E para uma melhor percepção, deveremos também nos voltar aos modos de interpretação ampliativo e restritivo e aos métodos de interpretação, especialmente o sistemático.

²⁴ CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A Fazenda Pública em Juízo**. 12ª ed. São Paulo: Dialética, 2014. p.111-112.

7 RESTRIÇÕES QUANTO À CONCESSÃO DAS TUTELAS DE URGÊNCIA CONTRA A FAZENDA PÚBLICA – AS CAUTELARES E AS ANTECIPAÇÕES DE TUTELA

O processo cautelar é um terceiro gênero de processo, estando ao lado dos processos de conhecimento e do de execução. Esse pensamento fortalecido pela doutrina italiana e capitaneado por Carnelutti, foi o que influenciou a doutrina brasileira. Visa acautelar e servir de apoio ou de resguardo a outro processo, sendo assente na doutrina que não haveria um julgamento de mérito na sentença que julga medida cautelar (exceto quanto for acolhida a prescrição ou a decadência), já que se trata de uma lide única com relação ao processo principal, e neste sim é que haverá o julgamento de mérito²⁵.

Tanto as cautelares quanto as antecipações de tutela, mesmo liminares, são possíveis quando se está litigando contra a Fazenda Pública. Isso porque a inafastabilidade da jurisdição prevista pela Constituição Federal traz em seu bojo a adequação e a efetividade processuais e ambos, muitas vezes, só são alcançados quando se admitem tais figuras.

No entanto, quando se está diante da Fazenda Pública em juízo enquanto ré, com as diversas prerrogativas que tem em juízo, em algumas situações a lei restringe a utilização daqueles institutos contra ela. É o caso, por exemplo, das ações que visam a concessão de vantagens pecuniárias aos servidores públicos.

O ordenamento jurídico brasileiro veda a concessão de liminar nas hipóteses do parágrafo 2º do art. 7º da Lei 12.016/2009, cujo teor é:

§ 2º Não será concedida medida liminar 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.

Além de não ser possível a concessão de medida liminar, também não serão possíveis nesses casos, a execução provisória do julgado, segundo o parágrafo 3º, art. 14 da mencionada Lei:

²⁵ CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A Fazenda Pública em Juízo**. 12ª ed. São Paulo: Dialética, 2014. p.260-261

§ 3o A sentença que conceder o mandado de segurança pode ser executada provisoriamente, salvo nos casos em que for vedada a concessão da medida liminar.

Alguns doutrinadores entendem ser inconstitucionais essas restrições, por mitigarem a garantia da inafastabilidade da tutela jurisdicional. Porém, muitos entendem como constitucionais. Cunha, trazendo os argumentos dessa parte da doutrina, aduz que o dispositivo não estaria, rigorosamente, a vedar ou restringir a concessão de liminar: os casos ali previstos estariam, em verdade, a retratar hipóteses em que não se fariam presentes os requisitos para a concessão da liminar, ou porque esta seria irreversível, ou porque ausente a *periculum in mora*²⁶. Segundo Francisco Cavalcanti:

Inconstitucional seria a criação de limitações, restringindo o princípio da plenitude da tutela jurisdicional. Tal ocorreria, caso a restrição na concessão de liminares atingisse, inclusive aquelas representadas por medidas conservativas e assecuratórias, ensejando o perecimento do direito.

[...]

Essa lei não impediu a concessão de medidas acautelatórias no sentido de obstar, *exempli gratia*, a alienação forçada de bem apreendido ou a sua conservação na área de importação. Por outro lado, a restrição legal não implica proibição de liberação dos bens importados, em hipóteses nas quais a lide versa apenas sobre o valor de tributos e outras exações incidentes sobre a operação. Nessas hipóteses, a concessão de liminar é possível, desde que condicionada à contracautela, representada pelo depósito, em dinheiro, da quantia objeto da discussão, ou, excepcionalmente, mediante caução idônea, para resguardar a Fazenda Pública, na hipótese de não acolhimento da pretensão. Essa linha corresponde a um ponto de equilíbrio entre o interesse privado e o interesse da Administração Pública.

[...]

Trata-se de restrições que não violam o princípio da plenitude da tutela jurisdicional, porque visam, os procedimentos referidos, acréscimos, plus, a serem agregados à remuneração de servidores. Não há nelas *periculum in mora*, considerado que o servidor não tem prejuízo, no tocante à remuneração então percebida, e, por outro lado, considerando a condição de solvente da Fazenda pública, que faz desaparecer o risco de inexecutabilidade do julgado favorável. Não se pode também esquecer, que, face à natureza alimentar dos pagamentos de remuneração, a restituição na hipótese em improcedência não ocorreria ou, se tal ocorresse, seria de modo

²⁶ CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A Fazenda Pública em Juízo**. 12ª ed. São Paulo: Dialética, 2014. p.270-271.

parcelado, observados os limites legais (conforme a Lei 8.112/90, em caso de servidor público federal).²⁷

Os impedimentos supra citados, que seriam próprios para o mandado de segurança, aplicam-se, da mesma forma, à providências liminares concedidas em ações cautelares. Assim, é proibida, pela Lei nº 8.437/1992, a concessão de liminares em ações cautelares quando igualmente impedida na via do mandado de segurança. Assim é o teor do art. 1º da lei:

Art. 1º Não será cabível medida liminar contra atos do Poder Público, no procedimento cautelar ou em quaisquer outras ações de natureza cautelar ou preventiva, toda vez que providência semelhante não puder ser concedida em ações de mandado de segurança, em virtude de vedação legal.

A antecipação de tutela, por sua vez, surgiu para fazer frente a uma utilização inadequada das cautelares, que estavam sendo reiteradamente utilizadas para suprir as deficiências de um procedimento ordinário que já não dava conta das específicas situações de urgência. Em razão da necessidade de se pensar o processo na perspectiva do direito material, criou-se também a tutela antecipada específica, destinada ao cumprimento de obrigação de fazer, não fazer e de entregar coisa (CPC, arts. 461 e 461-A). Nesses casos, a tutela antecipada tem calço no parágrafo 3º do art. 461 do CPC, de maneira que, para sua concessão, se exige, apenas, a coexistência da relevância do argumento e do justificado receio de ineficácia do provimento final, requisitos, segundo alguns, equiparados aos *fumus boni iuris* e ao *periculum in mora*, a exemplo do que sucede com as medidas cautelares. O art. 461 do Código de Processo Civil serve, ainda, como esteio para a concessão da chamada tutela inibitória, cujo objetivo é inibir, vedar, proibir a prática de um ilícito.²⁸

Muito se discutiu sobre a possibilidade ou não da antecipação de tutela contra a Fazenda Pública, sendo que o maior empecilho que se levantava contra a possibilidade era a incompatibilidade da antecipação de tutela com a regra do reexame necessário (CPC, art. 475) e com a sistemática do precatório (CF, art. 100). Atualmente, o posicionamento é de que é cabível a antecipação de tutela em face da Fazenda Pública, conforme sintetizado por Cunha:

²⁷ CAVALCANTI, Francisco. **O novo regime jurídico do mandado de segurança**. São Paulo: MP, 2009. p. 114-116.

²⁸ CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A Fazenda Pública em Juízo**. 12ª ed. São Paulo: Dialética, 2014. p.292-293.

Haverá, isto sim, proibição de concessão da tutela antecipada contra a Fazenda Pública nas hipóteses elencadas na Lei nº 9494/97, de que é exemplo a concessão de aumento ou extensão de vantagem a servidor público. Nesse caso, não se admite a antecipação de tutela, em razão de vedação legal que toma como premissas regras financeiras e orçamentárias. Em se tratando, no entanto, de caso em que seja permitida a tutela antecipada contra a Fazenda pública, não há razão legal para submeter a correspondente decisão ao reexame necessário.

Ora, se é vedada a antecipação da tutela contra o Poder Público nos casos previstos nas Leis nº 9494/97 e 12016/2009, significa que, nas hipóteses não alcançadas pela vedação, resulta plenamente possível deferir a tutela antecipada em face da Fazenda Pública. Cabível, portanto, com as ressalvas das hipóteses previstas nos referidos diplomas legais, a tutela antecipada contra a Fazenda Pública.²⁹

Uma outra questão diz respeito à possibilidade ou não de antecipação de tutela no caso do parágrafo 6º do artigo 273, ou seja, quando um ou mais dos pedidos cumulados, ou parcela deles, mostrar-se incontroverso. Como a incontrovérsia pode resultar da inércia do réu em não contestar ou não se insurgir contra determinado pedido ou parte dele, indaga-se se é possível a antecipação, fundada naquele dispositivo. A bem da verdade, a Fazenda Pública não se sujeita aos efeitos da revelia (CPC, art. 330, II), nem se submete ao ônus da impugnação especificada dos fatos (CPC, art. 302, I), de sorte que, incontroversa alguma parte da demanda, o autor, ainda assim, deverá provar os fatos correlatos.³⁰

A constatação da incontrovérsia não permite, com efeito, a resolução parcial do mérito contra a Fazenda pública, com esteio no parágrafo 6º do art. 273 do CPC. Havendo a simples incontrovérsia, deverá o demandante, ainda assim, comprovar suas alegações, eis que a revelia não produz efeitos contra a Fazenda pública, a qual não está igualmente sujeita ao ônus da impugnação especificada dos fatos. É preciso que, além da incontrovérsia, a matéria de mérito seja unicamente de direito ou que os fatos alegados estejam, todos eles, suficientemente comprovados por documentos.³¹

Assim, estamos diante de uma situação de sopesamento entre o direito à tutela efetiva daquele que postula contra o Estado e o direito de que a dispõe a Fazenda Pública, com lastro no interesse público, de não estar sujeita ao ônus da impugnação especificada dos fatos nem aos efeitos da revelia. Não se trata de ceifar a possibilidade de antecipação

²⁹ CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A Fazenda Pública em Juízo**. 12ª ed. São Paulo: Dialética, 2014. p.294.

³⁰ CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A Fazenda Pública em Juízo**. 12ª ed. São Paulo: Dialética, 2014. p.297.

³¹ CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A Fazenda Pública em Juízo**. 12ª ed. São Paulo: Dialética, 2014. p.297.

de tutela contra a Fazenda Pública, mas de uma específica situação em que direitos desta devem ser prestigiados.

8 O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

Após anos de tramitação no Congresso Nacional, o Novo Código de Processo Civil Brasileiro, Lei n. 13.105/2015, foi sancionado pela Presidente da República em 16 de março de 2015 e publicado um dia depois no Diário Oficial da União. Com *vacatio legis* de um ano, o Novo Código entrará em vigor um ano após sua publicação.

A situação que se apresenta é especialíssima, já que um novo diploma legal substituirá o atual carro chefe do sistema processual civil brasileiro, o Código de Processo Civil. A novidade legislativa requer atenção e visão sistemática do direito processual brasileiro, e não é diferente no que diz respeito à atuação da Fazenda Pública em juízo.

O Novo Código de Processo Civil, em seu artigo 1.046, prevê que, ao entrar em vigor, suas disposições se aplicarão desde logo aos processos pendentes, ficando revogada a Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (atual CPC). Ou seja, expressamente o NCCPC previu a teoria do isolamento dos atos processuais. Gonçalves assim traz à tona a teoria:

A lei processual atinge os processos em curso. A dificuldade é que o processo é um conjunto de atos sucessivos que se prolongam de forma encadeada no tempo. Disso decorre que, quando a nova lei entra em vigor, encontra atos processuais já realizados, atos que estão por se realizar, e situações pendentes (como, por exemplo, prazos em curso).

A nova lei deve respeitar os atos processuais já realizados e consumados. O processo deve ser considerado um encadeamento de atos isolados: os que já foram realizados na vigência da lei antiga, persistem. Os que ainda deverão ser, respeitarão a lei nova.

Mas o problema será o dos atos que perduram no tempo.

Por exemplo: se, no curso de um prazo recursal, sobrevém lei nova que extingue o recurso, ou modifica o prazo, os litigantes que pretendiam recorrer ficarão prejudicados?

Parece-nos que não, porque a lei não pode prejudicar o direito adquirido processual. Desde o momento em que a decisão foi publicada, adveio para as partes o direito de interpor o recurso que, então, estava previsto no ordenamento. Se ele for extinto, ou seu prazo for reduzido, as partes não poderão ser prejudicadas. Se o prazo, porém, for ampliado, a lei nova será aplicável, pois ela não pode retroagir para prejudicar, mas apenas para favorecer os litigantes. Mas a ampliação só vale se a decisão não estiver preclusa.

Por exemplo: publicada uma sentença, corre o prazo de quinze dias para apelação. Se, depois da publicação, o prazo for reduzido para dez, as partes não podem ser prejudicadas. Se, dentro dos quinze dias, o prazo for elevado para vinte, todos se beneficiarão. Mas, se a lei nova só entrar em vigor no 16º dia do prazo, não será aplicada, porque a decisão terá se tornado preclusa. Se a decisão é proferida em audiência ou em sessão de órgão colegiado, as partes saem intimadas, e têm o direito processual adquirido de interpor o recurso, na forma vigente no momento da intimação.³²

Em suma, a lei processual atinge os processo em andamento, vigendo o princípio do isolamento dos atos processuais, de forma que a lei nova preserva os já realizados, e aplica-se àqueles que estão por se realizar. Por fim, a lei nova não pode retroagir para prejudicar direitos processuais adquiridos.

9 CONCLUSÃO

Em razão da tutela do interesse público, a Fazenda Pública possui uma nítidas diferenciações na sua condição enquanto parte em relação às demais pessoas naturais ou jurídicas de direito privado. Quando está em juízo, a Fazenda Pública defende o erário. Isso já seria o bastante para demonstrar que sua situação é bem diferenciada em relação aos particulares, merecendo, portanto, tratamento diverso daquele que lhes é conferido.

Exatamente por atuar no processo no resguardo do interesse público, é que é preciso conferir condições adequadas para esse relevante mister. As vantagens processuais conferidas à Fazenda Pública revestem-se em prerrogativas, e não privilégios, eis que contém fundamento razoável, atendendo efetivamente, ao princípio da igualdade, no sentido aristotélico, de tratar os iguais de forma igual e os desiguais de forma desigual.

Situações que, vistas de longe, poderiam parecer pura e simplesmente um ataque aos direitos fundamentais processuais, como as regras que restringem as concessões de liminares contra a Fazenda ou que conferem prazo em dobro para contestar, são, em verdade, a materialização da igualdade a partir do sopesamento de direitos. Não se trata ceifar os direitos daqueles que litigam contra a Fazenda Pública, mas sim de uma ponderação entre os direitos envolvidos. Nessa ponderação, o interesse público como visto, terá papel decisivo. Não ao ponto de

³² GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. **Direito Processual Civil Esquematizado**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p .58.

cercear a defesa e o acesso ao poder judiciário por parte do cidadão, mas de forma a tutelar de forma equilibrada os interesses do particular e os interesses da coletividade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK Lenio Luiz (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.
- CAVALCANTI, Francisco. **O Novo Regime Jurídico do Mandado de Segurança**. São Paulo: MP, 2009.
- CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A Fazenda Pública em Juízo**. 12ª ed. São Paulo: Dialética, 2014.
- DIDIER JUNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil – Execução**. Salvador: JusPodivm, 2012.
- DIFINI, Luiz Felipe Silveira. **Manual de Direito Tributário**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- FILHO, Manoel Antonio Teixeira Filho. **Curso de Direito Processual do Trabalho**. Vol. III. São Paulo: LTr, 2009.
- GIULIANI, Carlos M. Fanrouge. **Derecho Financiero**. Vol. I. Buenos Aires: Depalma, 1962.
- GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. **Direito Processual Civil Esquematizado**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- MACHADO, Celso Cordeiro. **Tratado de Direito Tributário Brasileiro**. Vol. VI. Rio de Janeiro: Forense, 1984.
- MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica Processual e Tutela dos Direitos**. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- MARINS, James. **Direito Processual Tributário Brasileiro (Administrativo e Judicial)**. 7ª ed. São Paulo: Dialética, 2014.
- MITIDIERO, Daniel. **Colaboração do Processo Civil**. 2º ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. 6ª ed. São Paulo: Método, 2014.
- PAULSEN, Leandro; ÁVILA, René Bergmann; SLIWKA, Ingrid Schroder. **Direito Processual Tributário: Processo Administrativo Fiscal e Execução Fiscal à luz da doutrina e da jurisprudência**. 8ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014.
- PORTANOVA, Rui. **Princípios do Processo Civil**. 8ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 2ª ed. Porto Alegre: Revista dos Tribunais, 2013.

SABBAG, Eduardo. **Manual de Direito Tributário**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

STRECK, Lênio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan. **Ciência política e teoria geral do Estado**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.