

## O Neoprocessualismo e as Decisões Judiciais em Desfavor da Fazenda Pública

### *The Neoprocessualismo and Judicial Decisions to the Disadvantage of Public Finance*

**MARCELLA JULIANE VIEIRA HOLANDA**

Graduanda em Direito pela Universidade Potiguar, Estagiária da Vara da Fazenda Pública da Comarca de Mossoró – Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte, Técnica em Desenvolvimento de *Software* pelo Instituto Federal Tecnológico do Estado do Rio Grande do Norte.

Submissão: 29.07.2013

Decisão Editorial: 10.10.2013

**RESUMO:** O Direito Processual Civil reinventa-se em uma nova concepção conhecida como neoprocessualismo, ou formalismo valorativo, ante a necessidade de efetivação das decisões judiciais, utilizando-se do neoconstitucionalismo, valorizando os princípios tais quais regras. Some-se a preocupação atual que gravita em torno do excessivo número de demandas envolvendo a Administração Pública direta e indireta, a qual, segundo dados de pesquisa realizada pelo Conselho Nacional de Justiça, é responsável por cerca de 39,26% dos processos ajuizados entre janeiro e outubro de 2011. Assim, observamos os mecanismos existentes no Código de Processo Civil e na legislação extravagante capazes de garantir a eficácia das decisões judiciais quando o sucumbente é a Fazenda Pública e, ainda, quão atrelada ao princípio do devido processo legal substancial encontram-se nossos tribunais. Objetiva-se verificar a aplicabilidade das medidas coercitivas contra a Fazenda Pública conforme os princípios do devido processo legal substancial, supremacia do interesse público e separação dos poderes. Empregamos na metodologia a técnica exploratória, por meio de pesquisa bibliográfica e coleta de dados, utilizando-se método observacional, comparativo, histórico, experimental e estatístico. Constatou-se que a efetividade é observada quando jurisprudência e doutrina inovam a interpretação dos dispositivos processuais existentes, que se mostram ineficientes ante a legislação extravagante que cria exceções que termina por mitigá-los, postergando ao máximo a eficácia das decisões judiciais, apesar das medidas previstas no Código de Processo Civil. Consequentemente concluiu-se que o neoprocessualismo longe de trazer insegurança jurídica, trouxe para a dinâmica processual a efetividade que a sociedade espera das decisões judiciais quando a mesma procura amparo no judiciário.

**PALAVRAS-CHAVE:** Fazenda Pública; princípios; efetividade; decisões judiciais; medidas coercitivas.

**ABSTRACT:** The Civil Procedure Law reinvents itself in a new design known as neoprocessualismo or evaluative formalism, against the need for effective judicial decisions, using the neoconstitutionalism, valuing the principles which such rules. Added to that current concern revolves around the

excessive number of claims involving direct and indirect public administration, which, according to research conducted by the National Council of Justice, is responsible for about 39.26% of the cases filed between January and October 2011. Thus, we observe the mechanisms existing in the Code of Civil Procedure and legislation guaranteeing the effectiveness extravagant capable of judgments when sucumbente is the Treasury, and also how tied to the principle of substantive due process are our courts. The objective is to verify the applicability of coercive measures against Treasury according to the principles of due process substantial supremacy of public interest and separation of powers. Methodology employed in the exploratory technique, through a literature review and data collection method using observational, comparative, historical, experimental and statistical. It was found that effectiveness is observed when jurisprudence and doctrine innovate the interpretation of existing procedural devices, which show ineffective against the legislation creates exceptions fancy ending for mitigating them, postponing the maximum effectiveness of judgments despite the planned measures Code of Civil Procedure. Consequently it was concluded that the neoprocessualismo far from bringing legal uncertainty, brought to the procedural dynamic effectiveness that society expects of judgments when it seeks refuge in the judiciary.

KEYWORDS: State; principles; effectiveness; judgements; coercive measures.

SUMÁRIO: Introdução; 1 Conceção atual do instituto da Fazenda Pública; 1.1 O tratamento diferenciado conferido pelo Código de Processo Civil; 1.2 Evolução histórica dos principais institutos processuais inerente à Fazenda Pública; 1.3 O Poder Público em juízo; 2 Neoprocessualismo e as decisões proferidas contra a Fazenda Pública; 2.1 O devido processo legal substancial e afetividade das decisões proferidas contra a Fazenda Pública; 2.2 As limitações impostas pela legislação extravagante; 2.3 Tutelas de urgência contra o ente fazendário; Referências.

## INTRODUÇÃO

O estudo, a criação e a aplicação do direito processual civil se mostram obsoletos quando feitos em dissonância com o direito material a ser deduzido do ato postulatório, mostrando-se imprescindível que o aplicador do direito faça uma análise aprofundada entre as regras e princípios processuais e a tutela buscada, já que no sistema jurídico brasileiro é inegável a influência desta no surgimento daquelas, principalmente quando o interesse público está em jogo e representado pela Administração Pública.

Assim, atento à moderna tendência da necessidade de efetivação das decisões judiciais, é que o Direito Processual Civil reinventa-se em uma nova concepção conhecida como neoprocessualismo, também denominado formalismo valorativo, que se utiliza do neoconstitucionalismo, valorizando os princípios tais quais regras, enquadrando-os como normas, e tem como principal escopo, em síntese, garantir que o provimento jurisdicional corresponda ativamente ao bem jurídico afetado, possibilitando uma solução eficaz para o caso litigioso.

Some-se à tal corrente a preocupação atual inerente ao excessivo número de demandas envolvendo a Administração Pública direta e indireta, a qual, segundo dados de pesquisa realizada pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ),

é responsável por 39,26% dos processos que foram ajuizados entre janeiro e outubro de 2011 na Justiça Comum, Federal e Juizados Especiais (CNJ, 2012, p. 7) e a ineficácia de algumas decisões judiciais como decorrência natural do sistema de vantagens empregado para o traquejo das ações envolvendo o Poder Público.

A escolha do tema gravita em torno da tendência atual de imprescindibilidade das decisões judiciais para garantir que setores primários da Administração Pública tenham um correto funcionamento. Tal preocupação revela-se mais evidente quando colocamos o foco sobre a complexa personalidade jurídica do ente público e a impossibilidade fática de coagi-lo diretamente ao cumprimento das determinações judiciais.

Destarte, a metodologia a ser empregada na presente pesquisa consistiu na investigação do problema encartado, se deu por meio da técnica exploratória e de pesquisa bibliográfica, bem como por meio de coleta de dados, utilizando-se o método observacional, comparativo, histórico, experimental e estatístico.

Sob o aspecto da legislação, doutrina e, principalmente, jurisprudência é que se propõe a análise da aplicação do neoprocessualismo às decisões judiciais proferidas em desfavor dos entes públicos, de importância indiscutível, na medida em que se verificava cada vez mais um crescente número de demandas envolvendo o Poder Público.

## 1 CONCEPÇÃO ATUAL DO INSTITUTO DA FAZENDA PÚBLICA

O Estado visto como pessoa jurídica, capaz de adquirir direitos e contrair obrigações (Carvalho Filho, 2009, p. 1), é fruto de larga evolução doutrinária, promovendo o que é apontado por Dalmo de Abreu Dallari (2011, p. 59) como uma conciliação entre o político e o jurídico que somente ganhou contornos nítidos no século XIX com a elaboração de uma teoria por Savigny, guiada pela figura ficta do Estado:

Com Savigny – considerado o fundador da escola histórica – já aparece a ideia do Estado como pessoa jurídica. Em sua doutrina, porém a personalidade jurídica do Estado é concebida como ficção, admitindo-se que sujeitos de direito, na realidade, são apenas os indivíduos dotados de consciência e de vontade. No entanto, segundo Savigny, o reconhecimento da utilidade prática levou a atribuição de capacidade jurídica a certos agrupamentos de interesses coletivos. Assim, pois embora dotados de personalidade jurídica própria, que não se confunde com a de seus componentes, as pessoas jurídicas são sujeitos artificiais, criados pela lei. E entre as pessoas jurídicas se acha o Estado, cuja personalidade é também produto da mesma ficção. (Dallari, 2011, p. 124)

Entretanto, paulatinamente, tal concepção foi cedendo espaço para a teoria realista, que admite a personalidade jurídica do Estado como decorrente de normas jurídicas, mas não vislumbra a possibilidade de uma personalidade

meramente ficta, devendo o Estado assumir-se enquanto organismo existente por si só, dotado de moral e vontade próprias. Concepção esta que originou a teoria do órgão, formulada pelo alemão Otto Gierke, de fundamental importância para o Direito Administrativo moderno, e a partir da qual o Estado passou a ser visto com personalidade própria e de forma independente, dissociando-se de seus gestores e representantes, executando de forma concreta e imediata a lei com vista a atender os interesses da coletividade:

Assim, inicialmente utilizada para designar as atividades financeiras do Estado, atualmente a expressão “Fazenda Pública” refere-se mais ao tratamento processual do ente público do que ao Erário Público, assumindo uma feição mais ampla e voltada para o Direito Processual.

Neste sentido é o ensinamento de Leonardo Carneiro da Cunha:

O uso frequente do termo Fazenda Pública fez com que se passasse a adotá-lo num sentido mais lato, traduzindo a atuação do Estado em juízo; em Direito Processual, a expressão *Fazenda Pública* contém o significado de *Estado em juízo*. Daí por que quando se alude à *Fazenda Pública em juízo*, a expressão apresenta-se como sinônimo de *Estado em juízo* ou de *ente público em juízo*, ou ainda, da *pessoa jurídica de direito público em juízo*. (Cunha, 2012)

Assim, seja para designar os próprios entes federativos da Administração Pública direta (União, Estados, Municípios e Distrito Federal) ou indireta (Autarquias e Fundações, com exceção das Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista que possuem personalidade jurídica de direito privado), o termo “Fazenda Pública” pode ser empregado, não ficando mais atrelado tão somente a movimentos financeiros do ente público, mas também, e principalmente, à sua atividade processual.

Tratamento semelhante deve ser conferido às agências reguladoras e executivas, já que estas nada mais são do que Autarquias e Fundações que passam a celebrar contratos de gestão com a Administração Pública direta, enquanto aquelas são originariamente criadas por lei com personalidade jurídica própria e com o escopo de normatizar determinados setores estatais (Cunha, 2012).

A evolução conceitual do termo “Fazenda Pública” possibilitou a delimitação do campo de atuação do ente público, garantindo a contemplação de normas específicas com o mote de assegurar uma prestação jurisdicional alinhada com o interesse público intrínseco ao Estado, conhecidas como “privilégios processuais”, já que são direcionadas apenas a tais entes, tal qual iremos abordar no item a seguir.

### 1.1 O TRATAMENTO DIFERENCIADO CONFERIDO PELO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Inicialmente, é de fundamental importância observarmos a força normativa do art. 5º, *caput*, da Constituição Federal, ao tratar do princípio da isonomia

quando alude expressamente à igualdade de tratamentos que deve ser dispensada ao iguais e diferenciada aos desiguais, ressaltando, inquestionavelmente, a peculiaridade com que devem ser tratados os sujeitos a depender do caso concreto.

Nessa esteira, quando o assunto é Fazenda Pública em juízo, a ponderação dos princípios ensina que o princípio da supremacia do interesse público deve se sobrepor aos interesses individuais, contemplando, pois, os interesses metaindividuais, identificados com a ideia de bem comum.

Para Leonardo Carneiro da Cunha, sendo a Fazenda Pública a guardiã preferencial do interesse público, deve pautar seus atos com a finalidade maior do “bem comum”, provendo a harmonia social e mitigando os conflitos de interesses, *in verbis*:

[...] Não que a Fazenda Pública seja titular de interesse público, mas se apresenta como ente destinado a preservá-lo. Diferentemente das pessoas jurídicas de direito privado, a Fazenda Pública não consiste num mero aglomerado de pessoas, com personalidade jurídica própria; é algo a mais que isso, tendo a difícil incumbência de bem administrar a coisa pública. Daí ter se tornado jargão próprio a afirmativa de que o Estado são todos e não um ente destacado com vida própria. (Cunha, 2012)

Assim é que, sendo a Fazenda Pública defensora de direitos coletivos, para doutrinadores como Maria Sylvia Zanella di Pietro, a “Administração Pública possui prerrogativas ou privilégios, desconhecidos na esfera do direito privado”, usufruindo de “determinados privilégios como a imunidade tributária, prazos dilatados em juízo, juízo privativo, processo especial de execução, presunção de veracidade de seus atos” (Di Pietro, 2002, p. 64 e 65), os quais têm por objetivo garantir que a atividade administrativa seja desenvolvida em observância dos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

Daí porque, à primeira vista, os privilégios processuais assegurados à Fazenda Pública em dispositivos do Código de Processo Civil (art. 188, CPC, por exemplo), bem como na legislação extravagante (Lei nº 9.494/1997, por exemplo), não malferem o princípio da isonomia processual, já que visam justamente assegurar um tratamento desigual face à desigualdade dos litigantes.

Ademais, o sistema processual vigente, aparentemente, busca um alinhamento com o fato de que a jurisdição brasileira é una e precisa regular tanto o direito privado quanto o público, atentando para as permissibilidades daquele e o protecionismo deste.

Esta é a conclusão apontada por Eduardo Talamini:

O direito processual “civil” brasileiro versa também sobre as causas de direito público. Nesse ponto, é contrastante, em face dos ordenamentos europeus con-

tinenciais, o marcante traço publicista do processo “civil” brasileiro. Não vigora entre nós sistema de jurisdição bipartida (“dúplice”), em que o “processo civil” é campo de solução das controvérsias eminentemente privadas, reservando-se as causas de direito público precipuamente ao “contencioso administrativo”. A jurisdição “civil” brasileira é assim qualificada em contraposição à jurisdição “criminal” – e abrange toda e qualquer causa alheia à persecução penal, seja de direito público, seja de direito privado. (Talamini, 2008)

Assim, o tratamento diferenciado, apontado muitas vezes como verdadeiros privilégios, encontra respaldo em justificativas que vão muito além da regra procedimental e da mera proteção legal, trata-se de autêntica aplicação de princípios consagrados constitucionalmente de forma explícita e implícita, como os princípios da isonomia, da supremacia do interesse público sobre o privado e do devido processo legal, sendo imprescindível analisar a evolução histórica dos principais institutos como forma de verificarmos o alinhamento destes com as ideias principiológicas inerentes ao neoprocessualismo e ao neoconstitucionalismo.

## 1.2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DOS PRINCIPAIS INSTITUTOS PROCESSUAIS INERENTE À FAZENDA PÚBLICA

Muitos institutos utilizados na defesa do interesse público remontam ao Direito medieval, como, por exemplo, o reexame necessário, e são apontados por alguns autores como privilégios odiosos e que têm, na verdade, o condão de atrasar a prestação jurisdicional.

Neste sentido, preleciona Cassio Scarpinella Bueno:

Assim, os prazos diferenciados (CPC, art. 188), o reexame necessário (CPC, art. 475), a prévia oitiva do representante judicial da pessoa de direito público antes da concessão da liminar em reintegração de posse (CPC, art. 928, parágrafo único) e assim por diante. Poderíamos, em suma, discutir proveitosamente se as *prerrogativas* que usualmente são reconhecidas à Fazenda Pública em juízo são ou não constitucionais ou se são, apenas e tão somente, odiosos *privilégios* a serem declarados como tais, pela doutrina e pela jurisprudência. (Bueno, 2001)

O reexame necessário, também conhecido por recurso de ofício, foi originariamente previsto nas Ordenações Afonsinas e tinha por objetivo corrigir os exageros do processo inquisitório, permaneceu nas Ordenações Manuelinas, prevendo, inclusive, graves sanções aos Magistrados que não o interpusesse de ofício, já que funcionava como verdadeiro recurso e manteve-se, apesar de atenuado, disciplinado nas Ordenações Manuelinas (Cunha, 2012, p. 201).

A concepção de tal instituto, previsto no art. 475 do CPC, estendeu-se a outros dispositivos, como a lei que trata do mandado de segurança cujo art. 12, parágrafo único, da hoje revogada Lei nº 1.533/1951 previa expressamente que a sentença concedente da segurança buscada estaria sujeita ao duplo grau de

jurisdição, dispositivo semelhante pode ser observado na nova Lei do Mandado de Segurança, a Lei nº 12.016, em seu art. 14, § 1º.

Em que pese à supremacia do interesse público sobre o privado, parte da doutrina condena o instituto do reexame necessário, já que a sentença que reconhece a ilegalidade e/ou abusividade do Estado somente produz efeitos após a confirmação pelo órgão de segundo grau de jurisdição, retardando ainda mais a prestação jurisdicional, conforme lição do mestre Cassio Scarpinella Bueno:

Pior do que a frustração do exercício da tutela de urgência, no entanto, é a proibição da execução provisória contra a Fazenda Pública ou a vedação de seu início antes do trânsito em julgado. Desde os tempos da Lei nº 2.410/1955 e da vedação do desembaraço aduaneiro de bens nas condições por ela tratadas, passando pelo art. 5º, parágrafo único, e o art. 7º da Lei nº 4.348/1964, que tratam da concessão de vantagens pecuniárias em mandado de segurança (regime aplicável para as cautelares e tutelas antecipadas contra o Poder Público), passando, mais recentemente, pelo que é o art. 2º-B da Lei nº 9.494/1997 (aí incluído pelo que hoje é a Medida Provisória nº 2.180), a execução provisória contra o Poder Público é vedada pura e simplesmente. Se há suspeitas de que uma liminar não poderia pretender ser eficaz contra as pessoas de direito público porque fundada, por definição, em cognição bastante tênue, quiçá insuficiente para afastar a *presunção de legitimidade típica dos atos de direito público*, o que dizer de uma sentença, de uma decisão final que é o resultado da prestação jurisdicional definitiva? O que dizer da manifestação de um Tribunal que, por hipótese, confirma sentença concessiva de mandado de segurança mercê do reexame necessário? (Bueno, 2001)

Ultrapassado o reexame necessário e transitada em julgado a sentença, inicia-se a fase de execução. Esta, em se tratando de obrigações de fazer e não fazer, segue o rito previsto nos arts. 461 e seguintes do CPC, descortinando um procedimento sincrético; no entanto, se envolver obrigações de pagar, seguirá o rito do art. 730, devendo o ente público ser citado para opor embargos.

O procedimento diferenciado baseia-se, principalmente, na necessidade de tratamento peculiar imprescindível à proteção do interesse coletivo, não cabendo se falar em expropriação de bens, mas sim na submissão do particular ao regime de precatórios previsto no art. 100 da Carta Magna (Didier Jr., 2011).

As discussões que envolvem a sistemática de precatórios adotada pela Constituição Brasileira extravasam a matéria do presente trabalho, razão pela qual iremos nos ater aos institutos que permeiam o caminho até a expedição do precatório, bem como as decisões judiciais que não envolvem essencialmente obrigações de natureza pecuniária.

Outro instituto que merece especial atenção, marcada pelo procedimento sumário de cognição e pela precariedade da prestação jurisdicional, é a tutela antecipada prevista no art. 273 do CPC cujo objetivo principal é produzir re-

sultados imediatos equivalentes à tutela definitiva, permitindo a pronta fruição do bem buscado (Didier Jr., 2011).

Ocorre que a disciplina das tutelas de urgência contra o Poder Público vem sofrendo recorrentes modificações pela legislação extravagante, a Lei nº 8.437/1992 proíbe, por exemplo, em ações cautelares contra o Poder Público tudo o que não é permitido em sede de mandado de segurança, logo em seguida, a Medida Provisória nº 1570/1997 tratou de ampliar tais restrições ao instituto previsto no art. 273, CPC, em flagrante preterição ao que foi denominado pela doutrina como o mais importante mecanismo de *efetivação e concretização* do inciso XXXV do art. 5º da Constituição Federal.

Existe tutela de urgência ou efetiva quando é o Poder Público que está em juízo? A resposta, do ponto de vista infraconstitucional e do exame de todas estas leis e Medidas Provisórias, cujo rol não é exaustivo, é, indubitavelmente, nem sempre. Nunca, para fins de pagamento de funcionários públicos, para desembaraço aduaneiro, para compensação de créditos tributários e previdenciários. (Bueno, 2001)

Nesta linha de dicção, depreende-se claramente do art. 1º da Lei nº 9.494/1997 o claro intuito regulamentador, na medida em que cuidou de ampliar as restrições previstas originariamente para ação de mandado de segurança a pedidos de antecipação de tutela, tal qual o disposto no art. 7º da Lei nº 12.106/2009, *in verbis*:

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

[...]

§ 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.

§ 5º As vedações relacionadas com a concessão de liminares previstas neste artigo se estendem à tutela antecipada a que se referem os arts. 273 e 461 da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil.

Assim, apesar do CPC não cuidar de nenhuma regra diferenciada quando se trata de tutelas de urgência contra a Fazenda Pública, o Poder Legislativo, por meio de legislação extravagante, tratou de disciplinar a matéria.

A crítica estaria direcionada, justamente, às alterações legislativas promovidas quase que providencialmente para tornar inócua a prestação jurisdicional, já que, sendo a União detentora, constitucionalmente, da competência legislativa de matérias relacionadas ao direito processual (art. 22, I, Constituição Federal), a elaboração de normas restritivas parece, algumas vezes, transbordar a proteção característica do princípio da supremacia do interesse público.

Acrescente-se a tal “tentação” a jurisprudência firmada dos tribunais superiores no sentido de que normas de direito processual civil, por não apresentarem potencial prejuízo material às partes, devem ter aplicabilidade imediata, em que pese a peculiaridade das relações deduzidas ou a postergação, quiçá, inocuidade, da prestação jurisdicional efetiva.

Neste sentido, observe-se o seguinte aresto do eg. Supremo Tribunal Federal:

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO – PROCESSUAL CIVIL – EXECUÇÃO FISCAL – PENHORA *ON-LINE* – 1. Inexistência de contrariedade ao art. 93, inciso IX, da Constituição da República. 2. *Aplicação imediata de norma processual*. Precedentes. 3. Argumentação do recurso extraordinário deficiente. Incidência da Súmula nº 284 do Supremo Tribunal Federal. 4. Reexame de fatos e provas. Incidência da Súmula nº 279 do Supremo Tribunal. 5. Agravo regimental ao qual se nega provimento. (STF, AI 781430-AgRg, 1ª Turma, Relª Min. Cármen Lúcia, Julgado em 22.05.2012, acórdão eletrônico, DJe-111, Divulg. 06.06.2012, Public. 08.06.2012)

Assim, a complexidade da máquina pública, atrelada à evolução das limitações legislativas, cria um cenário nebuloso para os demandantes, sendo necessário mais do que direitos fundamentais em litígio para garantir uma prestação efetiva, a Fazenda Pública em juízo tem proporções que podem afetar tanto o particular que litiga contra como toda a coletividade dependente das políticas públicas.

### 1.3 O PODER PÚBLICO EM JUÍZO

O Poder Público em juízo não consiste apenas na utilização de prazos processuais diferenciados (art. 188, CPC) ou na eficácia das sentenças condicionadas ao reexame necessário (art. 475, CPC), a análise vai muito além do que se conhece, passa por uma avaliação, algumas vezes, mais política do que técnica, abrindo-se sob o princípio da supremacia do interesse público.

A citação do ente fazendário se dá, nos termos do art. 222, alínea c, por oficial de justiça na pessoa do Procurador da Fazenda, não sendo aplicável a teoria da aparência, comumente aplicada a pessoas jurídicas, e sendo nula a citação efetivada em agente público que não detenha capacidade para representar a Fazenda Pública em juízo (Cunha, 2012).

Ultrapassado o prazo para apresentar defesa, caso o ente público permaneça inerte, apenas um dos efeitos da revelia se lhe aplicam, qual seja, o efeito processual, devendo o ente receber o processo no Estado em que se encontra, podendo intervir no feito em qualquer tempo. Entretanto, no que se refere ao efeito material ou na presunção de veracidade dos fatos alegados pela parte autora, tal ilação não se opera, insto porque o direito ostentado pela Fazenda Pública tem característica indisponível, cabendo ao Magistrado, mesmo na hi-

pótese de revelia, proceder com a instrução processual, esta é a regra que se extrai do art. 320 do CPC:

Art. 320. A revelia não induz, contudo, o efeito mencionado no artigo antecedente:

[...]

II – se o litígio versar sobre direitos indisponíveis;

[...]

Feitas estas considerações, observa-se, ainda, que o trânsito em julgado das decisões judiciais é marco temporal fundamental para o início do cumprimento de algumas, principalmente quando envolve o pagamento de verbas de natureza pecuniária, apesar do farto sistema recursal brasileiro que admite outras três instâncias recursais, incluindo-se o STF, todas sem a necessidade de pagamento de custas e emolumentos processuais, conforme dicção dos arts. 24-A da Lei nº 9.028/1995 e 1º-A da Lei nº 9.494/1997.

Ocorre que, embora usufrua do benefício da isenção de custas, a Fazenda Pública submete-se às sanções previstas para recursos meramente protelatórios, como art. 557, § 2º, CPC, o que se mostra um contrassenso, já que tais sanções somente podem ser exigidas após o trânsito em julgado, evidenciando mais uma situação conflitante com o próprio sistema processual, já que o ato procrastinatório revela-se mais vantajoso do que prejudicial.

Como se sabe, toda e qualquer condenação de natureza pecuniária imposta à Fazenda Pública deve seguir a sistemática dos precatórios, só podendo as multas eventualmente impostas serem exigidas após o trânsito em julgado, com a devida expedição de precatório, daí porque a adoção de meios alternativos para assegurar a eficácia de medidas executivas é vista como uma solução necessária ao Poder Judiciário.

Neste sentido, preleciona Leonardo Carneiro da Cunha (2012, p. 168 e 169):

O que se questiona é se a Fazenda Pública deve submeter-se a essa exigência de, tendo sido condenada ao pagamento de multa de 10% (dez por cento) na reinteração de embargos de declaração protelatórios ou da multa prevista no § 2º do art. 557 do CPC, depositar o respectivo valor para que possa interpor o qualquer outro recurso.

[...]

Submetida a discussão à Corte Especial do STJ, restou assentado o entendimento segundo o qual não se deve exigir da Fazenda Pública, na interposição de agravo interno, que efetue previamente o depósito da multa prevista no § 2º do art. 557 do CPC.

O STF também enfrentou o assunto, entendendo que a Fazenda Pública não se submete a esse depósito prévio pra que seja admitido seu recurso em tais hipóteses.

O entendimento atual do STJ denota, como se percebe, que a Fazenda Pública não se submete ao depósito prévio da multa imposta no § 2º do art. 557 do CPC e, igualmente, daquela decorrente da reiteração de embargos declaratórios de que cuida o parágrafo único do art. 538 do mesmo diploma processual.

O entendimento adotado pelo STJ baseia-se na isenção pra fins de depósito inicial previsto no art. 1º-A da Lei nº 9.494/1997, já que as custas processuais teriam a mesma natureza das multas aplicadas em razão da litigância de má-fé, em que pese o disposto no art. 35 do CPC e que, por possuírem a mesma natureza, devem ser revertidas em favor da parte contrária.

Ademais, por ficar postergado o pagamento das custas para o final do processo, caso o ente público seja sucumbente, não precisa efetuar o pagamento pela interposição de recursos protelatórios ou litigância de má-fé para interpor qualquer outro recurso, já que toda e qualquer prestação de natureza pecuniária fica, necessariamente, submetida ao trânsito em julgado e à sistemática dos precatórios ou requisição de pequeno valor, o que termina por evidenciar um verdadeiro “privilégio” processual, na medida em que o particular, muitas vezes prejudicado com o excesso de recursos ou simples atos protelatórios, não tem qualquer alternativa punitiva contra a Fazenda Pública.

Nesta perspectiva, o neoprocessualismo, atento à inegável obsolescência de algumas determinações judiciais, promove um verdadeiro estudo do caso concreto com o objetivo de assegurar a efetividade das decisões judiciais apesar do sistema processual protetivo existente em torno da Fazenda Pública, tal qual iremos abordar a seguir.

## 2 NEOPROCESSUALISMO E AS DECISÕES PROFERIDAS CONTRA A FAZENDA PÚBLICA

O neoprocessualismo (ou formalismo valorativo) é visto como uma nova concepção do processo civil, de sorte que se utiliza do neoconstitucionalismo, valorizando os princípios tal qual regras, enquadrando-as como normas. Na precisa lição de Elpídio Donizette:

O estudo do processo foi influenciado por todo esse processo de valorização da Constituição, que passou a contemplar, em um primeiro momento a *tutela constitucional do processo*, que é o conjunto de princípios e garantias vindos da Constituição que versam sobre a tutela jurisdicional (princípio da inafastabilidade – art. 5º, XXXV, da CF/1988), o devido processo legal (art. 5º, LIV, da CF/1988), a exigência de motivação dos atos judiciais (art. 93, IX, da CF/1988); e a chamada *jurisdição constitucional das liberdades*, que compreende o arsenal de meios previstos no texto constitucional para dar efetividade aos direitos individuais e

coletivos, como o mandado de segurança, o *habeas corpus*, a ação civil pública, as ações de controle de constitucionalidade, etc.

Partindo desse contexto, fala-se hoje no surgimento do *neoprocessualismo*, cujos adeptos desenvolvem o estudo dos institutos processuais a partir das premissas do neoconstitucionalismo. (Donizette, 2010) (grifos acrescentados)

Com efeito, o processo civil relaciona-se com os direitos fundamentais de acordo com a concepção objetiva ou subjetiva. Se de acordo com a dimensão objetiva, o processo tem de observar as normas dos direitos fundamentais, já em sua dimensão subjetiva, temos a aplicação mais peculiar, na qual o processo deve ser adequado à tutela satisfatória dos direitos fundamentais.

Para muitos doutrinadores, o devido processo legal é o maior princípio norteador do novo processo civil (Didier Jr., 2011). Observa-se que, apesar de ser um conceito relativamente antigo, existente há pelo menos 800 anos, ainda é aberto e indeterminado, o texto *ipsi literis* é o mesmo há séculos, mas, enquanto norma, o “devido processo legal” vem se ajustando de acordo com o transcurso do tempo, em perfeita consonância com as tendências modernas do direito. Esta flexibilidade conceitual poderia ser a responsável pela permanência de tal princípio há tanto tempo nos mais diversos ordenamentos jurídicos.

O “devido processo legal” revela-se como a maior cláusula geral inerente ao processo civil, todos os princípios processuais foram ou são extraídos deste, de forma expressa ou implícita, sendo de aplicação tanto no âmbito privado quanto no coletivo/social imprescindível para alcançar a função primordial do processo, garantindo a tutela adequada do bem jurídico buscado.

O processo civil, enquanto adepto à aludida cláusula, não exige, para satisfação processual, apenas a instauração de mero procedimento ou sequência lógica de atos processuais, mas sim um processo no sentido mais completo possível, como relação jurídica animada pelo contraditório e pela ampla defesa, respeitando-se a isonomia entre as partes e as peculiaridades da contenda. Segundo preleciona Ada Pellegrine Grinover (1975, p. 19):

Impedir lesões de direitos individuais, sem o devido processo legal, significa adequação à natureza dialética do processo. Se o escopo da cláusula é a proteção de direitos individuais, somente assegurando o contraditório e a igualdade das partes poderá o juiz proferir imparcialmente sua decisão.

A Constituição Federal sobreleva os princípios à categoria das normas jurídicas, garantindo a estes aplicabilidade e eficiência típicas do neoconstitucionalismo. Assim é que o processo civil atual deve ser estudado de acordo com estas ideias teóricas e não apenas da ótica positivista, de tal forma que o que deve prevalecer é o estado constitucional de direito, a constituição em si mesma, redefinindo os institutos à luz das novas premissas constitucionais. Isso

fica claro a partir da leitura dos artigos que tratam dos princípios processuais na Carta Magna.

A reconstituição basilar do constitucionalismo por meio de interpretações sistemáticas da norma e dos princípios norteadores suplantou seus ideais no Direito Processual Civil que, longe de ser um fim em si mesmo, passou a ser utilizado como verdadeiro instrumento para consecução de objetivos maiores, assegurando que direitos e garantias fundamentais fossem contemplados de forma célere e alinhados com as necessidades cotidianas da evolução social.

A norma constitucional não tem existência autônoma em face da realidade. A sua essência reside na sua vigência, ou seja, a situação por ela regulada pretende ser concretizada na realidade. Essa pretensão de eficácia

não pode ser separada das condições históricas de sua realização que estão de diferentes formas, numa relação de interdependência, criando regras próprias que não podem ser desconsideradas. Devem ser contempladas aqui as condições naturais técnicas, econômicas e sociais. A pretensão de eficácia da norma jurídica somente será realizada se levar em conta estas condições. (Hesse, 1991)

A proclamação de normas eminentemente programáticas e de constituições precipuamente sociais e democráticas revelou uma evolução que vai além do direito constitucional ou processual civil, promoveu uma revolução social na qual o Estado deixa de ser liberalista e alheio às relações e necessidades sociais para se tornar verdadeiro coadjuvante da efetivação dos direitos e garantias fundamentais.

## **2.1 O DEVIDO PROCESSO LEGAL SUBSTANCIAL E AFETIVIDADE DAS DECISÕES PROFERIDAS CONTRA A FAZENDA PÚBLICA**

Para que se possa delimitar a relação entre processo civil e a tutela dos interesses públicos em consonância com os direitos fundamentais, é preciso ressaltar que estes últimos têm dupla dimensão, uma subjetiva, na qual são aplicados em seu sentido estrito, enquanto direitos em si mesmos e uma dimensão objetiva consistente na visão normativa dos direitos fundamentais, de tal sorte que impõem a sua observância para todo o sistema jurídico brasileiro, sendo, pois, normas que geram direitos (Didier Jr., 2011).

Para Nelson Nery Junior (2001, p. 35), do ponto de vista genérico, tudo que disser respeito à vida, liberdade e propriedade encontra-se sob o manto do *due process of law*, quando fala, por exemplo, em liberdade, a vislumbra em seu sentido amplo (liberdade de religião, imprensa, etc.), da mesma forma com relação aos outros bens da vida.

Neste sentido, adotando-se o paradigma maior de que os bens jurídicos protegidos pela Carta Magna devem ser tutelados da forma mais ampla possível, a presença do ente público em uma relação processual revela a complexidade

do tratamento a ser dispensado, na medida em que impõe um tratamento alinhado com os bens maiores protegidos pela Constituição e as peculiaridades da Administração Pública, expondo uma realidade que, por vezes, não condiz à segurança jurídica buscada.

O instrumento processual, no âmbito do devido processo legal, é o meio de formação normativa (ato administrativo, processo administrativo, processo jurisdicional, a confecção de uma sentença, etc.), seja na esfera legislativa, executiva ou judiciária, atendendo, pois, a toda e qualquer atuação do Estado, desde o mais comum ao mais esdrúxulo.

Há que se considerar ainda o devido processo legal negocial atinente à regulação das relações entre cidadãos, assumindo, neste aspecto, os direitos fundamentais uma eficácia chamada pelos neoconstitucionalistas de horizontal, ao passo que a eficácia vertical pode ser observada no relacionamento entre o Estado e os cidadãos.

A lei deve ser compreendida à luz dos direitos fundamentais, o que significa que o juiz também controla a constitucionalidade das leis a partir daí, é evidente que esses direitos podem se sobrepôr à maioria parlamentar. Daí se falar em uma verdadeira luta pela interpretação dos direitos fundamentais e se advertir que o árbitro dessa luta não é o povo, do qual emana o poder, mas sim o juiz, perguntando-se se isso não colocaria em risco o princípio democrático.

Neste sentido, preceitua Luiz Guilherme Marinoni (2011, p. 90 e 91) *apud* Robert Alexy (2001, p. 37) acerca da relação entre direitos fundamentais, democracia e a atuação do Poder Judiciário:

Alexy lembra que existem três formas de contemplar a relação entre direitos fundamentais e democracia: uma ingênua, outra idealista e uma última realista. De acordo com a concepção ingênua, jamais existiria relação de conflito entre os direitos fundamentais e a democracia, pois seria inconcebível uma relação de tensão entre ‘duas coisas boas’, como se apenas pudesse haver disputa entre o bem e o mal. A segunda concepção, embora reconheça a possibilidade da existência de conflitos entre posições que, em princípio, são ‘boas’, parte da premissa de uma sociedade ideal, na qual a maioria parlamentar não teria qualquer interesse em defender posições capazes de violar os direitos fundamentais. Nessa perspectiva, os direitos fundamentais teria apenas um valor simbólico. Já a concepção realista, aceita por Alexy, admite que os direitos fundamentais podem ser democráticos e antidemocráticos. São democráticos porque asseguram o desenvolvimento da sociedade mediante a garantia dos direitos de liberdade e igualdade – com o que mantêm a estabilidade do procedimento democrático – e também porque garantem as condições para o funcionamento do processo democrático através da tutela da liberdade de expressão etc. Porém, ao mesmo tempo, são antidemocráticos, pois têm a função de verificar a adequação do processo democrático ou de negar as decisões da maioria parlamentar legitimada pelo povo. Nesse sentido, não é errado sustentar que um grupo político pode perder as eleições ou a votação no parlamento, mas vir a reverter esse resultado perante o juiz.

Como se sabe, os direitos fundamentais, enquanto direitos inerentes à existência do cidadão, devem ter sua aplicabilidade e eficácia obedecidas pelo processo, devendo, pois, ser conferida adequada tutela dos direitos fundamentais, assegurando-se ao caso concreto o direito fundamental mais satisfativo à necessidade da parte. Essa relação pode ser exemplificada pela criação do instituto do *habeas corpus* para tutelar de forma adequada o direito fundamental à liberdade. Assim, o bem da vida deve ser percebido em todas as dimensões, tal qual a necessidade das partes, para que possa o processo tutelá-lo da melhor forma possível, se o processo não resguardar os direitos ditos fundamentais de forma eficiente, não se pode conceber que o faça em relação aos demais.

Todas as garantias constitucionais que asseguram o direito processual compõem o devido processo legal formal ou procedimental, servindo, também, como forma de evitar arbitrariedades e abuso de poder no conteúdo das decisões, impedindo decisões irrazoáveis, desproporcionais ou absurdas.

O processo civil, na lição de Fredie Didier Jr. (2011, p. 39 e 40), para ser devido, tem de ser efetivo, tempestivo, adequado e leal. Sendo a efetividade ligada, principalmente, à concretização dos direitos assegurados, já que, se a lei atribui direitos, não basta a previsão legal, é preciso que haja a efetivação destes direitos. Isso pode ser verificado a partir do momento em que se constata conflitos de direitos fundamentais em uma mesma relação jurídica, tal qual a relação existente entre particular e ente público, na qual se deve aplicar a proporcionalidade e a razoabilidade ao caso concreto e aferir o sobressalente, de modo que não se ofenda, de modo substancial, o direito fundamental de uma parte em detrimento da outra, daí o caráter efetivo do devido processo legal, a efetividade é pautada na ponderação da aplicação do direito ao caso concreto.

A malferição ao princípio do devido processo legal de plano, bastando que se faça uma análise sucinta sobre o subprincípio da tempestividade, diretamente relacionado ao princípio maior da duração razoável do processo.

Os prazos processuais conferidos à Fazenda Pública demonstram com clareza que, na dinâmica da proporcionalidade e razoabilidade, o interesse público foi contemplado em detrimento do particular, já que a diferenciação é perceptível de plano, bastando que se atente para o prazo em quádruplo para contestar no procedimento ordinário, fixando, desde logo, o que pode ser considerado um prazo razoável quando se litiga contra um ente público e construindo um parâmetro diferenciado em matérias que envolvem direitos públicos.

As decisões proferidas em face do ente público devem, ainda, ser adequadas ao fim colimado e sintonizadas com a legislação pertinente, não se admitindo a aplicação de institutos privados na tutela de interesses públicos, já que estes, apesar de mitigados quando a Fazenda Pública é sucumbente, não podem ser totalmente desconsiderados, devendo haver um tratamento diferenciado de acordo com a situação posta em juízo.

Neste sentido, confira-se o seguinte aresto do eg. Superior Tribunal de Justiça fixando o prazo prescricional para ajuizamento de ações indenizatórias contra a Fazenda Pública, em cinco anos, nos termos do Decreto nº 20.910/1932, afastando a aplicação do art. 205 do Código Civil:

ADMINISTRATIVO – AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL – RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO – AÇÃO INDENIZATÓRIA – PRAZO PRESCRICIONAL – ART. 1º DO DECRETO Nº 20.910/1932 – AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

1. A 1ª Seção, no julgamento do REsp 1.251.993/PR, de relatoria do Ministro Mauro Campbell Marques, submetido ao rito do art. 543-C do CPC, *firmou entendimento no sentido de que é de cinco anos o prazo prescricional para o ajuizamento de ação indenizatória contra a Fazenda Pública.*

2. Agravo regimental improvido. (STJ, AgRg-AREsp 30.241/RS, 1ª Turma, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, Julgado em 05.03.2013, DJe 11.03.2013) (grifos acrescidos)

Assim, o devido processo legal substancial deve buscar a aplicação do direito da forma mais prática e eficiente possível, concedendo às partes a tutela jurisdicional mais adequada ao bem da vida protegido, em que pese às dificuldades características do contencioso contra o ente público.

Com efeito, a efetividade das decisões proferidas contra a Fazenda revela-se um grande obstáculo à prestação jurisdicional, já que o ente estatal, devido às características já mencionadas, não pode ser compelido à obrigação imposta da mesma forma que um particular.

Ao que se percebe, o devido processo legal substancial alcança proporções e reflexos peculiares quando o direito público fica em evidência, as medidas se revelam inócuas quando não pensadas para a realidade específica da máquina pública, um simples bloqueio de contas públicas pode atingir toda uma coletividade, daí porque a efetivação de decisões judiciais se revela complexa, a necessidade individual e amparada em direitos fundamentais pode comprometer políticas públicas e o andamento da própria Administração Pública, razão pela qual o legislador cuidou de editar uma série de normas limitando a atuação do Poder Judiciário, sob o argumento de que o interesse coletivo deveria ser protegido em litígios de natureza eminentemente particulares.

## 2.2 AS LIMITAÇÕES IMPOSTAS PELA LEGISLAÇÃO EXTRAVAGANTE

A constituição que previu expressa e inicialmente o instituto do mandado de segurança foi de 1934, regulamentado pela Lei nº 191/1936, assegurando a defesa de direito líquido e certo ameaçados ou lesionados por autoridades públicas.

O mandado de segurança foi o primeiro grande instituto que sofreu limitações após sua instituição, assegurando que as autoridades públicas somente pudessem ser atacadas pela via estreita em casos excepcionais (Bueno, 2001).

Tão logo o mandado de segurança mostrou ser ação própria, adequada, potencializada e eficaz para combater abusos relativos à importação de bens advindos do exterior, foram editadas as Leis nº 2.410/1955 e nº 2.770/1956, que restringiam a concessão de liminares para fins de desembaraço aduaneiro ou, quando menos, que impunham, para a concessão daquela medida, a prestação de caução de 150% do valor do bem.

[...]

De destaque, outrossim, a Lei nº 8.076/1990, editada quando da apresentação do chamado Plano Collor à sociedade brasileira, pelo primeiro Presidente eleito diretamente pelo povo em quase três décadas. De acordo com o art. 1º deste diploma legal, ficava proibida a concessão de liminares em mandado de segurança contra qualquer ato do denominado “Plano Collor”. Tudo em nome da “governabilidade” do país. (Bueno, 2001)

O § 2º do art. 7º da Lei nº 12.1016/2009, a novel legislação regulamentadora do mandado de segurança, ressalva expressamente a negativa de segurança quando tiver 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 extensão de vantagens ou pagamentos de qualquer natureza.

Como se vê, as restrições impostas abrangem, principalmente, as causas de natureza previdenciária e a concessão de vantagens a servidores públicos, as quais terminam por somar um volume considerável das ações.

A efetividade das decisões judiciais contra a Fazenda Pública, do ponto de vista substancial, mostra-se prejudicado antes mesmo da atividade jurisdicional, não podendo as matérias previstas no art. 7º, § 2º, da Lei nº 12.016 serem concedidas.

Ora, como vislumbrar a correlação ideal entre a prestação jurisdicional e tutela buscada se algumas matérias não podem, expressamente, ser objeto de deliberação, ainda que haja ofensa a direito líquido e certo por autoridade pública? À primeira vista, as limitações impostas ao mandado de segurança parecem ofender a própria Constituição Federal quando cuida da inafastabilidade do Poder Judiciário, em que pese os graves riscos a serem suportados pelo interesse público.

Análise semelhante se impõe à concessão imediata de efeito suspensivo a reexame necessário (recurso voluntário) que trate de adição de verbas remuneratórias ou reclassificação funcional, norma prevista, inicialmente, no art. 7º da Lei nº 4.348/1994, ganhou nova roupagem com a Lei nº 12.016/2009, *in verbis*:

Art. 14. Da sentença, denegando ou concedendo o mandado, cabe apelação.

§ 1º *Concedida a segurança, a sentença estará sujeita obrigatoriamente ao duplo grau de jurisdição.*

[...]

§ 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.* (grifos acrescentados)

Depreende-se da leitura do art. 14 da Lei nº 12.016/2009 que a sentença concessiva da segurança buscada estará, necessariamente, sujeita ao duplo grau de jurisdição, podendo, contudo, ser executada provisoriamente, a menos que se trate de hipóteses de vedação de concessão de medida liminar, tal qual as previstas no art. 7º, § 2º, do mesmo diploma (Talamini, 2008).

Outra limitação relativa ao mandado de segurança, de sutil observância, é a contida no § 4º do art. 14, que dispõe acerca da possibilidade de pagamento de vencimentos e vantagens pecuniárias concedidas, por meio de sentença, a servidor público de quaisquer dos entes federativos, somente das prestações que se vencerem a contar da data do ajuizamento da inicial, situação que termina por obrigar o servidor que tenha prestações vencidas antes desta data a ingressar com ação ordinária buscando o pagamento de tais verbas, acionando o Poder Judiciário duas vezes para pretensões com a mesma causa de pedir.

A Lei nº 9.494/1997, ao disciplinar a antecipação de tutela contra a Fazenda Pública, previu, em seu art. 1º, a seguinte limitação:

Art. 1º Aplica-se à tutela antecipada prevista nos arts. 273 e 461 do Código de Processo Civil o disposto nos arts. 5º e seu parágrafo único e 7º da Lei nº 4.348, de 26 de junho de 1964, no art. 1º e seu § 4º da Lei nº 5.021, de 9 de junho de 1966, e nos arts. 1º, 3º e 4º da Lei nº 8.437, de 30 de junho de 1992.

Os arts. 5º, parágrafo único, e 7º da Lei nº 4.348, atualmente revogada pela Lei nº 12.106/2009, tratavam, respectivamente, da impossibilidade de liminares visando aumento ou extensão de vantagens, bem como reclassificação ou equiparação de servidores, do efeito suspensivo das decisões que tratam do aumento de vantagens e reclassificação de servidores.

Já a Lei nº 8.437, ao disciplinar a concessão de medidas cautelares contra o Poder Público, trouxe, em seu art. 1º, regra expressa no sentido da impossibilidade de concessão de medida liminar quando providência semelhante não puder ser concedida em mandados de segurança, cuidando o art. 3º de efeito suspensivo de sentenças concessivas de outorga, adição de vencimentos ou reclassificação funcional. Prevendo, ainda, regra sutil, mas de fundamental importância em seu art. 4º, que assegura a atribuição de efeito suspensivo da liminar pelo Presidente do Tribunal, ao qual cabe o conhecimento do respectivo recurso, com fundamento no manifesto interesse público ou de flagrante ilegitimidade, e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas.

A mesma lei prevê a polêmica limitação de concessão de medidas liminares, em juízo de primeiro grau, quando impugnado ato de autoridade sujeita, na via do mandado de segurança, à competência originária do Tribunal de Justiça.

Desta forma, o juízo de primeiro grau, em casos de ações ordinárias, nem poderia cogitar de conceder medida liminar quando a autoridade responsável pelo ato devesse ser passível de impetração direta no Tribunal de Justiça ou outro órgão judiciário superior, situação que ensejaria a negativa de liminar em boa parte das ações ajuizadas, já que os governantes e demais autoridades públicas, por estarem hierarquicamente localizadas em posição superior, podem ser responsabilizados direta ou indiretamente pelas falhas da Administração Pública.

Como se vê, as limitações impostas às decisões judiciais contra a Fazenda Pública são verdadeiras mitigações aos princípios do devido processo legal substancial e da inafastabilidade do Poder Judiciário, informando que o jurisdicionado não terá qualquer prestação jurisdicional positiva por expressa vedação legal e assegurando que, em tais casos, a prestação somente será efetivada após o trânsito em julgado da sentença concessiva e, dependendo da natureza do provimento buscado, de forma imediata ou postergada, sendo certo que as decisões concessivas de antecipação de tutela possuem características e peculiaridades não adotáveis quando o ente público encontra-se no polo passivo, daí a necessidade de uma análise mais aprofundada de tal instituto.

### 2.3 TUTELAS DE URGÊNCIA CONTRA O ENTE FAZENDÁRIO

Porquanto seja o instituto da antecipação de tutela aplaudido por boa parte da doutrina como efetiva medida de efetivação do devido processo legal substancial (Bueno, 2001), a maioria das limitações impostas pela legislação extravagante às decisões judiciais proferidas contra o ente fazendário referem-se àquele instituto, assegurando que algumas matérias nem sequer sejam objeto de deliberação jurisdicional ou que, uma vez deferidas, somente possam ser aplicadas após o esgotamento das instâncias superiores.

Inicialmente, mostra-se produtivo traçarmos breves considerações acerca da distinção entre medida liminar e tutela de urgência, na precisa lição de Eduardo Talamini (2008):

Medida “liminar” é aquela que se concede exatamente no início do processo – antes mesmo da contestação do réu. Todavia, a providência jurisdicional urgente é algo que se pode adotar a qualquer tempo no curso de processo (e, mesmo, em qualquer grau de jurisdição). (Talamini, 2008)

Tal distinção é importante porque, conforme já mencionado no tópico anterior, algumas limitações referem-se às medidas liminares, enquanto outras dizem respeito diretamente a antecipações de tutela ou tutelas de urgência.

A primeira limitação à concessão de medida liminar que diga respeito a aumento ou extensão de vantagens, reclassificação ou equiparação funcional aplica-se tanto às liminares concedidas em mandado de segurança quanto às deferidas em ações cautelares e antecipações de tutela:

Art. 1º da Lei nº 8.437: 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.

Art. 7º, § 2º, da Lei nº 12.016: 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.

Art. 7º, § 5º, da Lei nº 12.106: As vedações relacionadas com a concessão de liminares previstas neste artigo se estendem à tutela antecipada a que se referem os arts. 273 e 461 da Lei nº 5.869, de 11 janeiro de 1973 – Código de Processo Civil.

Art. 1º da Lei nº 9.494: Aplica-se à tutela antecipada prevista nos arts. 273 e 461 do Código de Processo Civil o disposto nos arts. 5º e seu parágrafo único e 7º da Lei nº 4.348 (revogada pela lei nº 12.016), de 26 de junho de 1964, no art. 1º e seu § 4º da Lei nº 5.021, de 9 de junho de 1966, e nos arts. 1º, 3º e 4º da Lei nº 8.437, de 30 de junho de 1992.

Art. 2º-B da Lei nº 9.494: A sentença que tenha por objeto a liberação de recurso, inclusão em folha de pagamento, reclassificação, equiparação, concessão de aumento ou extensão de vantagens a servidores da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, inclusive de suas autarquias e fundações, somente poderá ser executada após seu trânsito em julgado.

Na prática, a distinção observada por alguns doutrinadores como Eduardo Talamini e Fredie Didier não encontra respaldo nos tribunais superiores que, à mercê da diferenciação aparentemente feita pelo legislador, aplica indistintamente as vedações legais tanto às medidas liminares quanto às antecipações de tutela.

Desta feita, sendo os princípios meio de otimização ou normas que impõem a realização de medidas na maior efetividade possível, dentro das possibilidades jurídicas existentes (Talamini, 2008), igual raciocínio deve ser aplicado quando se está diante da concessão de medidas de urgência contra o ente público, devendo o Magistrado valer-se da ponderação dos princípios no caso concreto apresentado, verificando qual deve sobressair: a supremacia do interesse público ou o devido processo legal substancial por meio de sua efetividade prática.

Tal raciocínio demanda, logicamente, a aplicação do princípio da proporcionalidade, afastando as vedações legais de acordo com a situação delineada. De acordo com Eduardo Talamini (2008):

Obviamente, não se nega que determinados bens gozam de uma preferência valorativa dentro do ordenamento, a qual muitas vezes pode ser constatada ainda em abstrato (v.g., a vida, a integridade física...). O problema se dá quando os bens se encontram num mesmo “escalão” ou são tão díspares que é impossível seu coitejo abstrato. Isso pode ocorrer mesmo em relação àqueles direitos fundamentais que gozam de especial preferência constatável em abstrato: basta que *in concreto* o mesmo valor fundamental esteja posto nos dois lados do conflito. Diante da impossibilidade de se chegar a um “denominador comum” para a conciliação de dois ou mais valores jurídicos conflitantes no caso concreto, verifica-se qual deve (ou quais devem) prevalecer; quais são os mais “urgentes e fundamentais” no caso concreto. Mas o gravame ao bem jurídico que não prevalece (ou aos bens que não prevalecem) não deve ir além do que requer o fim aprovado: a consecução do bem que prevalece. (Talamini, 2008)

Assim é que a jurisprudência já começa a afastar as vedações legais em observância a princípios maiores como o da dignidade da pessoa humana, abrangendo, inclusive, verbas imprescindíveis à sobrevivência do jurisdicionado, conforme entendimento do eg. STJ:

ADMINISTRATIVO – RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO – INDENIZAÇÃO – FAZENDA PÚBLICA – ANTECIPAÇÃO DE TUTELA – VEDAÇÃO DO ART. 1º DA LEI Nº 9.494/1997 – INAPLICABILIDADE – NATUREZA ALIMENTAR DO DÉBITO – PRETENSÃO DE REEXAME DE PROVAS – ENUNCIADO Nº 7 DA SÚMULA DESTA CORTE

1. A antecipação de tutela em desfavor da Fazenda Pública pode ser concedida, quando a situação não está inserida nas impeditivas hipóteses do art. 1º da Lei nº 9.494/1997. Precedentes.
2. É entendimento deste Tribunal que o referido artigo deve ser interpretado de forma restritiva, de modo a não existir vedação legal à concessão de antecipação dos efeitos da tutela contra a Fazenda Pública nas hipóteses em que envolvam o pagamento de verba de natureza alimentar, como ocorre no presente caso.
3. *O caráter alimentar da verba pressupõe que ela é necessária à sobrevivência do beneficiado; o fato de não ser a única forma de sobrevivência do necessitado não retira a natureza alimentar da verba. A antecipação de tutela foi concedida com fulcro nos elementos probatórios dos autos.*
4. Assim, para modificar tal entendimento, como requer o recorrente, seria imprescindível exceder os fundamentos colacionados no acórdão vergastado, o que demandaria incursão no contexto fático-probatório dos autos, defeso em sede de recurso especial, nos termos do Enunciado nº 7 da Súmula desta Corte de Justiça.
5. Este Tribunal tem admitido a concessão de medidas liminares de natureza satisfativa, excepcionalmente, face às peculiaridades do caso concreto.

Agravo regimental improvido.

(STJ, Agravo Regimental no Recurso Especial nº 726.697/PE, 2ª Turma, Rel. Ministro Humberto Martins, Julgado em 04.12.2008, DJe 18.12.2008) (grifos acrescentados)

Ultrapassada a impossibilidade de concessão de medida de urgência pela necessidade do caso concreto, inicia-se a fase seguinte, qual seja, o cumprimento pelo ente público.

Uma vez concedida a antecipação de tutela, o ente fazendário pode interpor agravo de instrumento, já que se trata de decisão suscetível de causar à parte lesão grave e de difícil reparação (art. 522, CPC), ou ingressar com pedido de suspensão da liminar perante o presidente do Tribunal ao qual está vinculado o Magistrado que proferiu o *decisum*, nos termos do art. 4º da Lei nº 8.437, tratando-se, na verdade, de uma segunda possibilidade de atribuição de efeito suspensivo, já que ao agravo de instrumento também pode ser conferido este efeito, nos termos do art. 527, III, CPC. Ressalte-se que o pedido de suspensividade é assegurado apenas em favor da Fazenda Pública, podendo ser requerido pelo Ministério Público e pela pessoa jurídica de direito público interessada, em caso de manifesto interesse público ou de flagrante ilegitimidade, e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas.

Como se vê, além do agravo de instrumento com pedido de suspensividade, o legislador possibilitou a formulação de pedido de suspensão autônomo, direcionado ao presidente do Tribunal, cabendo até mesmo a cumulação dos dois institutos:

[...] há, hoje, para as pessoas jurídicas de direito público, o instituto do *novo* ou *segundo* pedido de suspensão, um verdadeiro atalho ou trampolim para acesso imediato, fácil e econômico aos Tribunais Superiores para corrigir e revogar decisões das Cortes Estaduais e Regionais, também criado pela que hoje é a Medida Provisória nº 2.180 e que está nos parágrafos do art. 4º da Lei nº 8.437/1992 e nos dois novos parágrafos do art. 4º da Lei nº 4.348/1964. Sem preocupações relativas ao destrancamento dos recursos *retidos*, sem preocupações como prequestionamento explícito, implícito, ficto ou numérico; sem problemas relativos à revalorização da prova. (Bueno, 2001)

Enfim, uma vez esgotadas as possibilidades de revogação ou suspensão da medida de urgência concedida ao particular, inicia-se o procedimento para cumprimento pela Fazenda Pública, o qual se refere comumente a obrigações de fazer, ainda que, por via oblíqua, envolva obrigações de natureza pecuniária, como ocorre com a concessão de aposentadoria a servidor público.

A peculiaridade da situação revela um tratamento mitigado das normas limitadoras, já que as consequências financeiras secundárias não estariam afrontando o art. 1º da Lei nº 9.494/1997, conforme a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

SERVIDOR PÚBLICO – Cargo. Concurso público. Candidato aprovado. Nomeação e posse. Antecipação de tutela contra a Fazenda Pública para estes fins. Admissibilidade. Pagamento consequente de vencimentos. Irrelevância. Efeito secundário da decisão. Inaplicabilidade do acórdão da ADC 4. Reclamação indeferida liminarmente. Agravo improvido. Precedentes. Não ofende a autoridade do acórdão proferido na ADC 4, a decisão que, a título de antecipação de tutela, assegura a candidato aprovado em concurso a nomeação e posse em cargo público. ADC 4. (STF, Agravo Regimental na Reclamação nº 5983/PI, Rel. Min. Cezar Peluzo, Data de Julgamento: 03.12.2008, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-025, Divulg. 05.02.2009, Public. 06.02.2009; Ement., v. 02347-02, p. 00224)

Em se tratando de antecipação de tutela com o escopo de obter obrigação de fazer, a Fazenda Pública não é exceção à regra do art. 461 do CPC, impondo-se, inclusive, as medidas de apoio previstas no § 4º do aludido artigo, como a fixação de multa diária e a responsabilização criminal.

A multa diária, segundo Leonardo Carneiro da Cunha, deveria ser aplicada diretamente na pessoa da autoridade pública responsável pelo cumprimento da obrigação, já que não seria cabível a prisão por desobediência, tendo em vista a previsão legal desta apenas em relação a particulares que deixam de dar cumprimento às decisões judiciais, não englobando as atividades exercidas pelos agentes públicos.

O Superior Tribunal de Justiça possui entendimento semelhante no sentido da impossibilidade de aplicação do crime de desobediência ao agente público, situação da qual trataremos com maior profundidade à frente.

Penal. Procedimento criminal. Instauração contra psicólogo contratado por prefeitura. Ordem judicial. Recusa. Desobediência. Atipicidade. Não configura o crime de desobediência o eventual descumprimento à ordem judicial quando esta é dirigida a quem não tem competência funcional para dar cumprimento às providências legais exigidas. Os funcionários contratados por Prefeituras Municipais, no exercício de funções pertinentes aos serviços de saúde pública, atuam como agentes públicos, e nessa qualidade não cometem o crime de desobediência, pois tal delito pressupõe a atuação criminosa do particular contra a Administração. Precedentes deste Tribunal. *Habeas corpus* concedido. (STJ, REsp 9189, Rel. Min. Vicente Leal, Data de Julgamento: 13.03.2000, 6ª T., Data de Publicação: DJ 03.04.2000, p. 168; RSTJ, v. 135, p. 619; RT, v. 781, p. 530)

Assim, com relação às obrigações de fazer e não fazer, à primeira vista, só restam duas possibilidades de efetivação pelo Magistrado quando ocorre o não cumprimento voluntário: a fixação de multa diária ou a conversão em pecúnia.

Desta forma, a fixação de multa diária como forma de garantir efetividade às decisões judiciais, nos termos do art. 461, § 4º, do CPC, parte da doutrina

tem admitido a possibilidade de fixação concomitante sobre o agente público responsável e o ente público (Cunha, 2012, p. 161), razão pela qual iremos analisar a primeira hipótese com maior aprofundamento.

## REFERÊNCIAS

- BUENO, Cassio Scarpinella. O poder público em juízo: uma proposta de sistematização. Disponível em: <[http://www.scarpinellabueno.com.br/Textos/Poder%20P%C3%ABlico%20em%20Ju%C3%ADzo%20\\_palestra-Jornadas\\_.pdf](http://www.scarpinellabueno.com.br/Textos/Poder%20P%C3%ABlico%20em%20Ju%C3%ADzo%20_palestra-Jornadas_.pdf)>. Acesso em: 20 fev. 2013.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 21. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A fazenda pública em juízo*. 10. ed. São Paulo: Dialética, 2012.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos da teoria geral do estado*. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*. 12 ed. Salvador: JusPodivm, v. 1, 2011.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2002.
- DONIZETTI, Elpídio. O processo como meio de efetivação dos direitos fundamentais. *Jus Navigandi*, Teresina, a. 15, n. 2564, 9 jul. 2010. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/16936>>. Acesso em: 24 maio 2011.
- GRINOVER, Ada Pellegrine. *Os princípios constitucionais e o código de processo civil*. São Paulo: José Bushatsky, 1975.
- HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: safE, 1991.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- STF. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 781430, 1ª Turma, Relª Min. Cármen Lúcia, Julgado em 22.05.2012, acórdão eletrônico, DJe-111, Divulg. 06.06.2012, Public. 08.06.2012.
- \_\_\_\_\_. Agravo Regimental na Reclamação nº 5983/PI, Tribunal Pleno, Rel. Min. Cezar Peluzo, Data de Julgamento: 03.12.2008, Data de Publicação: DJe-025, Divulg. 05.02.2009, Public. 06.02.2009; Ement., v. 02347-02, p. 00224.
- STJ. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 30.241/RS, 1ª Turma, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, Julgado em 05.03.2013, DJe 11.03.2013.
- \_\_\_\_\_. Agravo Regimental no Recurso Especial nº 726.697/PE, 2ª Turma, Rel. Min. Humberto Martins, Julgado em 04.12.2008, DJe 18.12.2008.
- \_\_\_\_\_. Recurso Especial nº 9189, 6ª Turma, Rel. Min. Vicente Leal, Data de Julgamento: 13.03.2000, Data de Publicação: DJ 03.04.2000, p. 168; RSTJ, v. 135, p. 619; RT, v. 781, p. 530.
- TALAMINI, Eduardo. *Tutela de urgência contra a Fazenda Pública*. Porto Alegre: TRF 4ª Região, 2008 (Caderno de Direito Processual Civil: módulo 7).