

# Boletim Científico

Escola Superior do Ministério Público da União

# Seção V

Temas Atuais

# Poder Público em juízo e efetividade da prestação jurisdicional

Renan Paes Felix\*

**Sumário:** Introdução. 1 Poder Público em juízo. 1.1 As prerrogativas da Fazenda Pública. 1.2 A Fazenda Pública e o interesse público. 1.3 As restrições da Lei n. 9.494/1997. 1.4 A sistemática constitucional dos precatórios. 2 A efetividade da prestação jurisdicional. 2.1 Princípio da isonomia. 2.2 A tutela antecipada e a busca pela efetividade do processo. 2.3 Direitos fundamentais dos litigantes. 2.3.1 Princípio da inafastabilidade. 2.3.2 Devido processo legal. 2.3.3 Tempestividade da tutela jurisdicional. 2.3.4 Dignidade da pessoa humana. 3 A ponderação de interesses. 3.1 A proporcionalidade e os interesses constitucionalmente protegidos. 3.2 A interpretação constitucional e a ponderação. 3.3 Colisão entre a efetividade do processo e as prerrogativas da Fazenda Pública. 4 Considerações finais.

## Introdução

O presente trabalho científico, imergindo em temas de processo civil e direito constitucional, possui como escopo a análise do embate existente entre as prerrogativas processuais do Poder Público – quando figura como parte em juízo – e os direitos que apontam para a eficácia na prestação jurisdicional do Estado.

---

\* Renan Paes Felix é servidor do Ministério Público Federal, professor de Direito Constitucional do Curso Preparatório para Concursos da Procuradoria-Geral da República, pós-graduando em Direito Constitucional e membro da Associação Nacional de Direitos Humanos.

O agigantamento do Estado, a massificação e a maior intensidade das relações sociais na atualidade acabam por exigir do Poder Público um aparato judicial eficaz para lidar com os atritos nas diversas facetas dessas relações sociais, seja entre os particulares, seja, como mais nos interessa, entre estes e o Estado.

Ocorre que o Estado, ou Poder Público, tutela o interesse público, pois age em nome de toda a sociedade.

Em razão dessa atividade de tutelar o interesse público, a Fazenda Pública ostenta vantagens como o reexame necessário das sentenças que lhes são desfavoráveis (CPC, art. 475, II e III), prazos especiais para contestar e recorrer (CPC, art. 188), restrições quanto à concessão de liminares ou cautelares em desfavor do Estado (Leis n. 4.348/1964, 5.021/1966 e 9.494/1997), execução especial, na forma do art. 730 do CPC, e o pagamento das condenações por via de precatório (CF, art. 100).

Este artigo pretende, portanto, analisar os conflitos existentes entre essas prerrogativas processuais e a latente busca pela efetividade do processo, decorrente da atual linha evolutiva do processo civil, que o vê como um instrumento de acesso à justiça e a uma ordem jurídica justa.

Diante do caso concreto, como deve o magistrado agir? Pautar-se na segurança jurídica e negar quaisquer liminares contra o Poder Público? Ainda que se coloquem em risco bens jurídicos como a vida, a liminar deve ser negada apenas porque a parte contrária é o Poder Público?

Até que ponto, por exemplo, as restrições à tutela antecipada contra a Fazenda Pública podem rivalizar com direitos fundamentais, como a tempestividade da tutela jurisdicional (CF, art. 5º, LXXVIII), a dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III), o princípio da ina-

fastabilidade, do devido processo legal, a isonomia e a proporcionalidade? As prerrogativas processuais possuem o condão de impedir a concessão de tal prestação jurisdicional em face do Estado quando em juízo? E os interesses protegidos pela Lei Maior constituem ou não balizas para a delimitação do alcance dessas prerrogativas?

Ante estes questionamentos, fica nítida a importância de conferir subsídios doutrinários aos julgadores para que possam analisar e julgar o conflito de forma justa e eficaz, sem fugir da legalidade e sem ferir de morte o direito dos jurisdicionados contra a Fazenda Pública.

Procuraremos responder a essas indagações nos tópicos a seguir, na esperança de lograr um adensamento da força normativa da Constituição e, conseqüentemente, de sua efetividade como Norma Ápice no ordenamento jurídico brasileiro.

A fim de cumprir esse propósito, buscamos construir uma postura crítica em relação à questão da atuação do Poder Público em juízo, defendendo sempre a máxima efetividade da tutela jurisdicional, na medida do possível, e sempre dentro dos limites do Estado de Direito.

## **1 Poder Público em juízo**

### **1.1 As prerrogativas da Fazenda Pública**

Um dos elementos essenciais na constituição do Estado é o poder político, por meio do qual se tomam decisões em nome da coletividade. O povo, fonte de onde emana a vontade geral, verdadeiro detentor do poder soberano, delega uma parcela de sua liberdade para que surja uma pessoa jurídica que passa a gerir os negócios da comunidade. É esta, em síntese, a idéia do pacto social de Rousseau<sup>1</sup>, pois segundo essa aliança, os cidadãos submetem-

---

<sup>1</sup> ROUSSEAU, 2003, p. 32.

se a igualdade tal que se obrigam às mesmas condições, e todos devem gozar dos mesmos direitos.

O Estado, pessoa jurídica munida de poder, passa a se auto-organizar e atuar nas mais diversas esferas, sujeitando todos às suas decisões. No desdobrar dessas ações, a função de administrar e gerenciar os negócios estatais leva o Estado a se envolver em várias relações jurídicas, como, por exemplo, pagamento de pessoal, obras de infra-estrutura, aquisição de materiais de expediente, enfim, contratos dos mais variados tipos. Todas essas ações demandam manifestações de vontade e tomada de decisões, que são levadas a cabo pelos agentes estatais, pois a pessoa jurídica estatal necessita deles para exteriorizar a sua vontade.

Uma atuação tão diversa e abrangente enseja inúmeras lides judiciais, especialmente porque, embora o objetivo estatal seja a busca do bem comum e do desenvolvimento nacional, estamos sujeitos à conduta humana, que nem sempre se compatibiliza com esses fins colimados. Ao lidarmos com a restrição de direitos fundamentais para a promoção do interesse público, não poucas vezes, abusos podem ser cometidos, pois o agente do Estado, como ser humano, às vezes não é capaz de tomar a melhor decisão dentro da competência de que lhe foi conferida.

Dado o alto grau de importância dos atos do governo, o Estado necessita de certas prerrogativas quando figura em processo judicial, pois os recursos públicos são formados por todos os cidadãos, por meio das contribuições e todas as outras formas de arrecadação. Em vista disso, o destino dessas verbas interessa diretamente à sociedade.

No direito pátrio, para proteger o erário, o Estado possui representação judicial em todas as esferas: federal, estadual e municipal. No que concerne às finanças estatais, representando o aspecto

financeiro do ente público, temos a *Fazenda Pública*. O termo se generalizou e passou a abarcar também o sentido de *Estado em juízo*, ou seja, em todo processo em que haja a presença de uma pessoa jurídica de direito público, esta pode ser designada genericamente de *Fazenda Pública*.

Como dito, a Fazenda Pública, por tratar de matérias de interesse supra-individual e que interessam à população (pois os negócios do Estado, em tese, interessam ao povo, visto que pagamos impostos e elegemos os representantes dos Poderes Executivo e Legislativo), necessita de certas prerrogativas processuais, ou também chamados de privilégios processuais<sup>2</sup>, que lhe garantam uma atuação judicial proporcional ao interesse que defende.

Especialmente em face do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, ocorre um desnivelamento das partes nas relações jurídicas processuais. Para tutelar esses interesses tão importantes para a sociedade, são conferidos alguns privilégios ao Estado quando atua em juízo.

São as seguintes as principais prerrogativas processuais:

1. *Juízo privativo*. Em várias comarcas das Justiças Estaduais existem varas especializadas da Fazenda Pública, exceto quando se tratar da União, entidade autárquica federal ou empresa pública, pois nesse caso a esfera de competência é da Justiça Federal.

2. *Prazos dilatados*. De acordo com o art. 188 do CPC, a Fazenda Pública tem prazo em quádruplo para contestar e em dobro para recorrer. A Lei n. 9.469/1997, em seu artigo 10, estendeu esse prazo às autarquias e fundações públicas.

3. *Duplo grau de jurisdição*. O art. 475, I e II, do CPC, determina que está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeitos senão depois de confirmada pelo tribunal, a sentença proferida contra a União, o Estado, o Distrito Federal, o Município e

---

<sup>2</sup> Por todos, DI PIETRO, 2005, p. 655-663.

as respectivas autarquias e fundações de direito público, bem como a que julgar improcedentes, no todo ou em parte, os embargos à execução de dívida ativa da Fazenda Pública. Trata-se do chamado reexame necessário.

Além disso, o STJ posicionou-se, por meio da Súmula n. 45, no sentido de que é vedado ao tribunal agravar a situação da Fazenda Pública em julgamento de reexame necessário.

Excetua-se à regra do reexame necessário a sentença proferida contra a União, suas autarquias e fundações públicas, quando a respeito da controvérsia, o Advogado-Geral da União ou outro órgão administrativo competente houver editado súmula ou instrução normativa determinando a não-interposição de recurso voluntário (art. 12 da Medida Provisória n. 2.180-35, de 2001).

Os tribunais, outrossim, em certas hipóteses, não acatam o reexame necessário, com fulcro na redação dos §§ 2º e 3º do art. 475 do CPC, que dispensam tal recurso no caso de condenação de valor certo não excedente a 60 (sessenta salários mínimos), procedência dos embargos de devedor na execução de dívida ativa do mesmo valor e quando a sentença estiver fundada em jurisprudência do plenário do Supremo Tribunal Federal ou em súmula deste tribunal ou do tribunal superior competente para julgar a questão.

Existe, ainda, projeto de lei no Senado Federal (PLS n. 11/2005), de autoria do senador Pedro Simon, que pretende revogar o instituto do reexame necessário da revisão das sentenças desfavoráveis à Fazenda Pública. Está assim disposta parte da justificação do referido projeto de lei:

O projeto não pretende diminuir a capacidade de defesa da Fazenda Pública, nem impedi-la de recorrer das decisões desfavoráveis. A intenção é, tão-somente, limitar os recursos às hipóteses em que haja real interesse público pela revisão do julgado. Como se encontra,

a legislação propicia, injustificadamente, ao administrado-litigante, a espera, pelo menos por mais um ou dois anos, da reparação por algum dano sofrido, a ficar com o nome constando nos cartórios de distribuição como alguém que está sendo processado, a permanecer com obra embargada ou o seu comércio fechado etc. Ademais, com a estruturação da Advocacia-Geral da União e dos demais órgãos de defesa judicial dos entes públicos, não mais se justifica a obrigatoriedade da revisão das sentenças que lhes forem desfavoráveis. Impõe-se, pois, a imediata revogação do instituto do reexame necessário, depreciativo das atividades administrativa e judiciária.

Esperamos que o Congresso Nacional dê ao projeto de lei a sua devida importância para o aperfeiçoamento do nosso Processo Civil.

4. *Prescrição quinquenal.* As dívidas passivas da União, dos Estados e dos Municípios, bem como das Fazendas Federal, Estadual e Municipal, prescrevem em 5 (cinco) anos (Decreto n. 20.910/1932). Além disso, dispõe o Decreto-Lei n. 4.597/1942 que:

Art. 3º A prescrição das dívidas, direitos e ações a que se refere o Decreto n. 20.910, de 6 de janeiro de 1932, somente pode ser interrompida uma vez, e recomeça a correr, pela metade do prazo, da data do ato que a interrompeu, ou do último do processo para a interromper; consumir-se-á a prescrição no curso da lide sempre que a partir do último ato ou termo da mesma, inclusive da sentença nela proferida, embora passada em julgado, decorrer o prazo de dois anos e meio.

Desse modo, existem características especiais no tocante ao reinício da contagem do prazo prescricional, após uma interrupção que porventura tenha ocorrido. Poderia dar-se o caso de esse prazo ser até menor que 5 (cinco) anos se a interrupção ocorresse na primeira metade do prazo. O STF, entretanto, diligentemente corrigiu a falha na lei editando a Súmula n. 383, que reza o seguinte:

A prescrição em favor da Fazenda Pública recomeça a correr, por dois anos e meio, a partir do ato interruptivo, mas não fica reduzida aquém de cinco anos, embora o titular do direito a interrompa durante a primeira metade do prazo.

Há, pois, uma redução na contagem do prazo no seu reinício, após a interrupção, caracterizando mais um privilégio do Estado no terreno jurídico da prescrição.

5. *Pagamento das despesas judiciais.* De acordo com o art. 1º-A da Lei n. 9.494/1997, com a redação dada pela MP n. 2.180-35/2001, estão dispensados de depósito prévio, para interposição de recurso, as pessoas jurídicas de direito público federais, estaduais, distritais e municipais. É dizer, para a Fazenda Pública, recorrer não custa nada.

6. *Processo especial de execução.* A Constituição, em seu art. 100, disciplina a sistemática dos precatórios judiciais, abrangendo todas as entidades de direito público. Conforme previsto, o Presidente do Tribunal que proferir a decisão fará consignar no seu orçamento verba necessária ao pagamento dos débitos relativos aos precatórios apresentados até 1º de julho, pela ordem cronológica de apresentação, fazendo-se o pagamento até o final do exercício seguinte. Esse procedimento não se aplica aos débitos de natureza alimentícia e aos pagamentos de obrigações definidas em lei como de pequeno valor que a Fazenda Federal, Estadual, Distrital ou Municipal deva fazer em virtude de sentença judicial transitada em julgado.

7. *Restrições à concessão de liminar e à tutela antecipada.* As Leis n. 8.437/1992 e 9.494/1997 contêm restrições, respectivamente, à concessão de medidas liminares contra atos do Poder Público, no procedimento cautelar, toda vez que providência semelhante não puder ser concedida em mandado de segurança; e restrições à concessão de tutela antecipada contra a Fazenda Pública. Essas leis, na lição de Fux<sup>3</sup>, chegam a criar um novo microssistema legislativo de restrição às liminares contra o Poder Público.

Todas essas prerrogativas levantam-se como obstáculos e servem de argumento para aqueles que se mostram contrários à concessão de antecipação de tutela contra a Fazenda Pública. A controvérsia, inclusive, não se limita à doutrina, havendo precedentes jurisprudenciais em sentido restritivo.

---

<sup>3</sup> FUX, 2004, p. 13-32.

## 1.2 A Fazenda Pública e o interesse público

É consabido que um dos alicerces de todo o direito público é o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, pois, uma vez que todos compartilham desse interesse, ele passa a ter mais relevo do que o interesse de apenas um particular. Toda a atuação do Poder Público é norteadada pelo *interesse público* e constitui-se em finalidade precípua a sua constante concretização.

Esse princípio não restringe a irradiação de seus efeitos apenas à Administração, vinculando também o legislador no seu ofício. Em suma, como ensina Di Pietro, o interesse público “inspira o legislador e vincula a autoridade administrativa em toda a sua atuação”<sup>4</sup>. Em virtude disso, basilar é o princípio da legalidade, pois demonstra que os agentes públicos não agem ao seu talante, devendo seguir os mandamentos legais previamente estatuídos, zelando sempre pela proteção do interesse público, devendo ser verdadeiros guardiões desse interesse, assim como, *mutatis mutandis*, ao STF cabe a guarda da Constituição Federal.

Destarte, mesmo não sendo a titular do interesse público, a Fazenda Pública apresenta-se como o ente destinado a preservá-lo, o seu guardião, visando sempre conciliar os interesses contrapostos e buscar o bem comum, lutando sempre pelo fiel cumprimento do ordenamento jurídico e pela probidade administrativa.

Como leciona Carneiro da Cunha, “a Fazenda Pública não consiste num mero aglomerado de pessoas, com personalidade jurídica própria; é algo mais do que isso, tendo a difícil incumbência de bem administrar a coisa pública”<sup>5</sup>.

Visto que tutela o interesse público, o erário, que é formado pela contribuição de todas as pessoas que formam a sociedade,

---

<sup>4</sup> DI PIETRO, 1991, p. 160.

<sup>5</sup> CUNHA, 2003, p. 27.

ostenta a Fazenda Pública privilégios quando atua em juízo, ou seja, como a autoridade pública administra os recursos estatais, resta aí o fundamento para o tratamento diferenciado que recebe a Fazenda Pública em juízo.

Com efeito, em virtude da existência do interesse público, cabe [...] ao próprio interesse público viabilizar o exercício dessa sua atividade no processo da melhor e mais ampla maneira possível, evitando-se condenações injustificáveis ou prejuízos incalculáveis para o erário e, de resto, para toda a coletividade que seria beneficiada com serviços públicos custeados com tais recursos<sup>6</sup>.

Emergiram, nesse contexto, as já elencadas prerrogativas processuais da Fazenda Pública, propondo-se a dar melhores condições para a representação judicial do Estado.

Cumpre, entretanto, tecer mais algumas considerações a respeito do Estado na titularidade desse interesse público.

Sabe-se que o Estado é uma pessoa jurídica e possui interesses. Nesse prisma, de acordo com Bandeira de Mello,

[...] o Estado pode ter, tanto quanto as demais pessoas, interesses que lhe são particulares, individuais, e que, tal como os interesses delas (as demais pessoas físicas e jurídicas), concebidas em suas meras individualidades, se encarnam no Estado enquanto pessoa. Estes [...] não são interesses públicos, mas interesses individuais do Estado, similares, pois (sob prisma extrajurídico), aos interesses de qualquer sujeito<sup>7</sup>.

Invocando a doutrina italiana, o professor paulista conclui que esses interesses – ditos secundários – só podem ser buscados quando coincidentes com os interesses primários do Estado, ou seja, os interesses públicos propriamente ditos.

<sup>6</sup> CUNHA, 2003, p. 28.

<sup>7</sup> MELLO, 2003, p. 57.

Podemos encontrar, na prática administrativa brasileira, vários exemplos de interesses públicos secundários: o Estado recusar-se administrativamente à responsabilidade patrimonial por atos lesivos a terceiros; o interesse em pagar valores ínfimos nas desapropriações; o interesse em tributar desmesuradamente os administrados, enriquecendo o erário e empobrecendo a sociedade. Tais interesses não são públicos, pois o interesse público primário visa ao bem-estar da coletividade.

Entendemos que o interesse público é aquele que melhor fomenta ou realiza os interesses e objetivos propugnados na nossa Constituição Federal. Por isso, Hely Lopes Meirelles arremata que, salvo suas prerrogativas processuais, “a Fazenda Pública, como autora ou ré, assistente ou opoente, litiga em situação idêntica a do particular”<sup>8</sup>.

Deve-se, portanto, analisar com cautela a questão do interesse público para que a Fazenda Pública não o invoque em sua defesa para coibir a antecipação de tutela em seu desfavor quando, por vezes, está defendendo interesses públicos secundários e não os interesses públicos propriamente ditos.

Em suma, em se tratando de pessoa jurídica de direito público que defende interesses próprios, entendemos que fere o princípio da igualdade a concessão das prerrogativas processuais aludidas, ao passo que, quando essa pessoa jurídica esteja resguardando interesses que dizem respeito a toda coletividade, ao interesse público primário, aí sim justificam-se tais prerrogativas.

### 1.3 As restrições da Lei n. 9.494/1997

Controverte-se, outrossim, a respeito do cabimento dos pro-  
vimentos de urgência contra o Poder Público. Muito já se discutiu

---

<sup>8</sup> MEIRELLES, 2003, p. 691.

a respeito da admissibilidade da antecipação de tutela nas ações ajuizadas em face da Fazenda Pública, existindo posições contrárias e favoráveis ao seu cabimento.

Como já referido, aqueles que se posicionaram pelo não-cabimento da tutela antecipada refugiaram-se nas prerrogativas processuais da Fazenda Pública, em especial a regra do reexame necessário (CPC, art. 475) e a sistemática do precatório (CF, art. 100). De outra banda, os que propugnam a possibilidade de concessão da tutela asseveram que como o provimento que concede a tutela antecipada possui a natureza de decisão interlocutória, não estaria sujeita ao reexame necessário.

Ora, no processo de mandado de segurança, há reexame necessário e, nem por isso, está vedada a concessão de liminar. Portanto, colocamo-nos ao lado de Carneiro da Cunha, quando atesta que a simples existência desse instituto não é fator necessário e suficiente para impedir a concessão de provimentos antecipatórios contra a Fazenda Pública<sup>9</sup>. Como a decisão concessiva de tutela antecipada não é sentença, não está impedida de produzir seus efeitos em face do duplo grau de jurisdição, tendo em vista, obviamente, que a decisão de antecipação de tutela é excepcional e só se concede em casos de urgência.

Haverá, contudo, proibição de concessão de tutela antecipada nos casos devidamente previstos na Lei n. 9.494/1997. Nesse caso, em razão de vedação legal que tem como premissas regras financeiras e limites orçamentários, não se concede a antecipação de tutela contra a Fazenda Pública. Isso significa que, excetuadas as hipóteses de vedação contidas na aludida lei, os casos não alcançados pela proibição são passíveis de concessão da tutela.

O art. 1º da Lei n. 9.494/1997 assim está disposto:

---

<sup>9</sup> CUNHA, 2003, p. 154.

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 n. 4.348, de 26 de junho de 1964, no art. 1º e seu § 4º da Lei n. 5.021, de 9 de junho de 1966, e nos arts. 1º, 3º e 4º da Lei n. 8.437, de 30 de junho de 1992.

Apesar do enunciado pouco elucidativo, percebemos que as remissões legais a que faz referência o artigo transcrito são de disposições restritivas de concessões de liminares e cautelares contra a Fazenda Pública, que foram estendidas aos casos de antecipação de tutela com o advento da Lei n. 9.494/1997. Destaque-se que o artigo citado teve a sua constitucionalidade confirmada pelo STF na Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 4/DF.

Analisando cada remissão legal elencada na referida lei, infere-se que não será cabível a antecipação da tutela contra a Fazenda Pública nas seguintes hipóteses:

- a) quando houver a finalidade de reclassificar ou equiparar servidor público ou conceder aumento ou extensão de vantagens (Lei n. 4.348/1964, art. 5º). A sentença final, na hipótese, só poderá ser executada após o seu trânsito em julgado (Lei n. 4.348/1964, art. 5º, parágrafo único), isso devido ao efeito suspensivo que possui o recurso, voluntário ou *ex officio* (Lei n. 4.348/1964, art. 7º, Lei n. 8.437/1992, art. 3º);
- b) pagamento de vencimentos e vantagens de servidor público que tenham tido vencimento anterior à data do ajuizamento da demanda (Lei n. 5.021/1966, art. 1º);
- c) tiver por objetivo o pagamento de vencimentos ou vantagens pecuniárias (Lei n. 5.021/1966, art. 1º, § 4º);
- d) toda vez que providência semelhante não puder ser concedida em ações de mandado de segurança, em virtude de vedação legal (Lei n. 8.437/1992, art. 1º);

- e) não será cabível, no juízo de primeiro grau quando impugnado ato de autoridade sujeita, na via de mandado de segurança, à competência originária de tribunal (Lei n. 8.437/1992, art. 1º, § 1º);
- f) para compensação de créditos tributários ou previdenciários (Lei n. 8.437/1992, art. 1º, § 5º, com redação dada pela MP n. 2.180-35, de 24.8.2001);
- g) os arts. 3º e 4º da Lei n. 8.437/1992 dispõem que os recursos interpostos, voluntários ou *ex officio*, pelas pessoas jurídicas de direito público terão efeito suspensivo, e compete ao presidente do tribunal ao qual couber o conhecimento do respectivo recurso suspender a execução da liminar, em despacho fundamentado.

O ministro Celso de Mello, na Reclamação n. 1.514-9/RS, DJU de 19 jun. 2000, explica bem o dispositivo:

O exame dos diplomas legislativos mencionados no preceito em questão evidencia que o Judiciário, em tema de antecipação de tutela contra o Poder Público, somente não pode deferi-la nas hipóteses que importem em: (a) reclassificação ou equiparação de servidores públicos; (b) concessão de aumento ou extensão de vantagens pecuniárias; (c) outorga ou acréscimo de vencimentos; (d) pagamento de vencimentos e vantagens pecuniárias a servidor público; (e) esgotamento, total ou parcial, do objeto da ação, desde que tal ação diga respeito, exclusivamente, a qualquer das matérias acima referidas.

Em suma, o art. 1º da Lei n. 9.494/1997 restringiu-se a vedar a concessão de antecipação de tutela, em favor de servidores, nos feitos que envolvam questões remuneratórias.

Vistos os casos em que a antecipação de tutela contra a Fazenda Pública é vedada por força de lei, conclui-se que, nas demais hipóteses, é plenamente cabível a antecipação dos efeitos da tutela contra o Poder Público. Com efeito, é notório que se uma norma limita alguns direitos, em princípio exercitáveis, *a contrario sensu*,

remanesce intocado o direito de exercer os demais pela norma não cogitados<sup>10</sup>, ou seja, fora das limitações, medidas de antecipação de tutela são normalmente aplicáveis em face do Poder Público.

Assim, nas palavras de Scarpinella Bueno,

[...] é possível entendermos a admissão da antecipação de tutela contra a Fazenda Pública mesmo naqueles casos que signifiquem pagamento em dinheiro e desde que, evidentemente, estejam presentes, na hipótese, os pressupostos do *caput* do art. 273 e de um ou, concomitantemente, de ambos os seus incs. I e II do CPC<sup>11</sup>,

pois a incorporação desse instituto no processo civil brasileiro acabou por revelar opção nítida do legislador brasileiro no sentido de prestigiar a *efetividade da justiça* e não a segurança jurídica<sup>12</sup>, ainda que não tenhamos uma negação desta, mas mera atenuação. Registre-se, ainda, que nesses casos de pagamento em dinheiro, a jurisprudência entende necessária a comprovação da necessidade urgente e inadiável da verba pela parte requerente<sup>13</sup>.

Destarte, infere-se o cabimento, ainda que temperado, da tutela antecipada em face da Fazenda Pública. Obviamente, como ensina Benucci,

[...] o âmbito de aplicabilidade em face da Fazenda Pública não é o mesmo âmbito de aplicabilidade da antecipação em face das pessoas físicas ou jurídicas de direito privado, pelo *status* diferenciado que a Fazenda Pública possui, especialmente quanto às obrigações de pagar quantia certa. No entanto, quando a Fazenda Pública for demandada, como já exposto, há plena possibilidade da antecipação da tutela<sup>14</sup>.

<sup>10</sup> VAZ, 2003, p. 88.

<sup>11</sup> SCARPINELLA BUENO, 1999, p. 49.

<sup>12</sup> Ibidem, p. 38.

<sup>13</sup> BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região, AG 2001.04.01.023350-0, relator desembargador federal Paulo Afonso Brum Vaz, DJU de 15 ago. 2001.

<sup>14</sup> BENUCCI, 2001, p. 109.

De resto, parece correto o entendimento segundo o qual, mesmo tendo sido reconhecida genericamente a constitucionalidade de lei em apreço, nada impede o exame judicial em cada caso concreto de constitucionalidade da aplicação da norma proibitiva, sob o crivo da razoabilidade e da proporcionalidade.

O STF já teve a oportunidade de registrar tal visão em julgamento, ou seja, conquanto em abstrato não haja inconstitucionalidade na restrição a concessão de liminares contra o Poder Público, não fica prejudicado “o exame judicial em cada caso concreto de constitucionalidade, incluída a razoabilidade, da aplicação de norma proibitiva de liminar”<sup>15</sup>.

Ressalte-se, de outra banda, o cuidado que se deve ter com essas restrições, pois a plenitude da jurisdição cautelar é instrumento de proteção do processo e salvaguarda das funções do Poder Judiciário. O STF deve sempre estar atento para controlar a razoabilidade dessas leis restritivas do poder cautelar.

Essa substituição de funções pode ser perigosa, conforme anota Eduardo Mesquita:

Substituir a avaliação acerca da necessidade de tutela urgente, que deve ser naturalmente realizada pelo magistrado, pela avaliação do legislador, transferindo para este a verificação do cabimento da medida urgente, traduz odiosa mácula ao princípio do juiz natural<sup>16</sup>.

Cumprido, doravante, analisar a sistemática do precatório quanto à sua compatibilidade com as tutelas de urgência.

#### 1.4 A sistemática constitucional dos precatórios

Tem lugar a execução por via do precatório judicial quando

---

<sup>15</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 223/DF, relator ministro Sepúlveda Perence, *DJU* de 29 jun. 1990.

<sup>16</sup> MESQUITA, 2006, p. 212.

houver condenações ao pagamento de quantia líquida e certa. A disciplina desse tipo de execução corre por conta do art. 100 da Constituição Federal:

Art. 100. À exceção dos créditos de natureza alimentícia, os pagamentos devidos pela Fazenda Federal, Estadual ou Municipal, em virtude de sentença judiciária, far-se-ão exclusivamente na ordem cronológica de apresentação dos precatórios e à conta dos créditos respectivos, proibida a designação de casos ou de pessoas nas dotações orçamentárias e nos créditos adicionais abertos para este fim.

Na esteira do que ensina Paulo Afonso Brum Vaz,

[...] a efetivação da tutela antecipada não é compatível com a regra do precatório, expediente de cobrança demorado por natureza, submetido à satisfação da obrigação no exercício seguinte, e que pressupõe o acerto definitivo da lide, somente obtido por sentença transitada em julgado<sup>17</sup>.

Com efeito, a redação do parágrafo primeiro do art. 100 da Lei Maior determina a inclusão de verba necessária ao pagamento dos débitos oriundos de sentenças transitadas em julgado, o que não é o caso da tutela antecipada, que, como já dito, tem natureza de decisão interlocutória.

Por esse motivo, Carreira Alvim<sup>18</sup> assevera que a sistemática dos precatórios não constitui óbice aos pagamentos oriundos de tutela antecipada contra a Fazenda Pública, primeiro porque não resulta de sentença e depois porque a urgência da medida é incompatível com a morosidade dos precatórios. Mesmo sabendo que a regra é a expedição de precatórios com o trânsito em julgado das sentenças, essa regra, concretizadora do princípio da segurança jurídica, não é absoluta, podendo ceder no caso de confronto com outros prin-

---

<sup>17</sup> VAZ, 2003, p. 72.

<sup>18</sup> ALVIM, 1999, p. 182.

cípios e direitos fundamentais albergados pela nossa Constituição e que serão vistos neste estudo, todos aplicáveis ao caso concreto<sup>19</sup>.

Ora, se o intuito da tutela antecipada é o de afastar situações que possam causar danos irreparáveis caso sejam compelidas a aguardar o julgamento definitivo da lide, não é razoável nem lógico submeter a parte beneficiada à espera natural decorrente da expedição do precatório<sup>20</sup>. Se admitirmos que a urgência e o risco de dano irreparável não são tão relevantes apenas porque a parte-ré é a Fazenda Pública, estamos ferindo de morte o princípio da igualdade.

Como assinala Brum Vaz<sup>21</sup>, a antecipação da tutela não foi concebida para uma mera atenuação dos efeitos do tempo no processo, mas sim para casos excepcionais em que não se pode esperar, sob pena de dano irreparável e ineficácia da prestação jurisdicional.

Ainda que entendamos que a antecipação dos efeitos da tutela em face do Poder Público deva ser submetida, de qualquer modo, ao regime dos precatórios, corre-se o risco de injustiças serem cometidas, pois mesmo com a regra de que o pagamento deve ser efetuado nos dezoito meses subseqüentes à apresentação dos precatórios<sup>22</sup>, esses prazos não são honrados com regularidade.

---

<sup>19</sup> BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região, AGA 2003.04.01.009240-8, relator juiz Ricardo Teixeira do Valle Pereira, *DJU* de 1º out. 2003.

<sup>20</sup> Com entendimento contrário, de que mesmo na antecipação de tutela deve-se submeter ao regime dos precatórios, veja-se Frias (1996, p. 60-79): “Tratando-se de obrigação por quantia certa reconhecida em antecipação de tutela contra a Fazenda, não há como evitar o precatório, da mesma forma que, se o particular não pagar voluntariamente o valor reconhecido provisoriamente no provimento antecipatório, sujeitar-se-á à execução provisória, em que se praticam todos os atos até final satisfação do direito de crédito”.

<sup>21</sup> VAZ, 2003, p. 76-77.

<sup>22</sup> CF, art. 100, § 1º: “É obrigatória a inclusão, no orçamento das entidades de direito público, de verba necessária ao pagamento de seus débitos oriundos de sentenças

A razão desse problema, segundo Franciulli Netto<sup>23</sup>, está no endividamento cada vez maior do Poder Público aliado ao fato de que existem outras dívidas com um grau de prioridade maior para a Fazenda, como empréstimos, despesas de fornecimento de mercadorias e prestação de serviços que, caso não pagos, retiram a credibilidade do Estado, podendo causar risco à preservação de seu crédito.

Os defensores das prerrogativas do Estado entendem que a execução contra o Estado só é cabível pela via do precatório e após o trânsito em julgado das decisões judiciais. Além disso, para o Estado, recorrer nada custa e a gama de recursos disponíveis é de perder de vista. Como, então, compatibilizar uma tutela de urgência diante de todos esses obstáculos?

Acreditamos que existe esperança se recorrermos aos direitos que nos foram garantidos na Constituição Federal. Estes estão protegidos contra a dilapidação do legislador constituinte reformador que, diuturnamente, tem reformado a nossa Lei Maior, por vezes, para satisfazer interesses momentâneos de um governante. Para Konrad Hesse<sup>24</sup>, o direito constitucional, e conseqüentemente a Constituição, não existe apenas para justificar as relações de poder dominantes, e sim para estar a serviço de uma ordem estatal justa.

Sabemos que, embora a Constituição não possa, por si só, realizar nada, ela pode impor ou delegar tarefas e o efetivo cumprimento das condutas estabelecidas no texto constitucional corroboram para o adensamento de sua força normativa. Se, a despeito de todos os questionamentos e reservas provenientes dos juízos de conveniência, se puder identificar a vontade de concretizar essas

---

transitadas em julgado, constantes de precatórios judiciais, apresentados até 1<sup>a</sup> de julho, fazendo-se o pagamento até o final do exercício seguinte, quando terão seus valores atualizados monetariamente”.

<sup>23</sup> FRANCIULLI NETTO, 1999.

<sup>24</sup> HESSE, 2005, p. 11.

ordens<sup>25</sup>, estaremos contribuindo para a eficácia social da nossa Norma Ápice, segundo a perspectiva kelseniana.

Trazer efetividade para o texto constitucional é o mínimo que se pode fazer para que tenhamos um Poder Judiciário que realize a justiça em cada caso concreto, especialmente quando a Fazenda Pública figurar no pólo passivo da relação jurídica processual.

## **2 A efetividade da prestação jurisdicional**

### **2.1 Princípio da isonomia**

Devemos ter em vista que esses privilégios processuais, por concederem vantagens ao Estado, não devem ser interpretados em sentido extensivo, pois, como ensina Carlos Maximiliano, “consideram-se excepcionais as disposições que asseguram privilégio”<sup>26</sup>, restringindo-se às disposições legais, para que não ocorram abusos, pois todas as regras estão adstritas ao princípio da isonomia. Então, por exemplo, parece-nos claro que se a Lei n. 9.494/1997 elenca os casos em que a tutela antecipada é vedada, nas demais hipóteses a vedação não acontece.

É certo que o interesse público merece uma tutela especial, mas encontra limites nos princípios da isonomia material, proporcionalidade e razoabilidade. A isonomia material garante e justifica as prerrogativas concedidas à Fazenda Pública quando emana a idéia da isonomia de Aristóteles, segundo a qual os iguais devem ser tratados igualmente e os desiguais, desigualmente, na proporção de sua desigualdade.

Assim, se a Fazenda Pública lida com interesses importantes

---

<sup>25</sup> HESSE, 2005, p. 18.

<sup>26</sup> MAXIMILIANO, 1998, p. 232.

para a sociedade, deve merecer tratamento processual diferenciado, desde que “afete a todos igualmente, que seja executado com fidelidade aos critérios legalmente estabelecidos, que esteja perfeitamente justificado o elemento discriminador e que guarde consonância com os princípios da razoabilidade e proporcionalidade”<sup>27</sup>.

Com efeito, de acordo com Bandeira de Mello, em sua monografia sobre a igualdade, “a Lei não deve ser fonte de privilégios ou perseguições, mas instrumento regulador da vida social que necessita tratar equitativamente todos os cidadãos”<sup>28</sup>. Porém, é notório que numa sociedade tão complexa e díspar como a nossa, a isonomia formal é insuficiente e caduca, pois como assevera Kelsen,

a igualdade dos sujeitos na ordenação jurídica, garantida pela Constituição, não significa que estes devam ser tratados de maneira idêntica nas normas e em particular nas leis expedidas com base na Constituição. A igualdade assim entendida não é concebível: seria absurdo impor a todos os indivíduos exatamente as mesmas obrigações ou lhes conferir exatamente os mesmos direitos sem fazer distinção alguma entre eles<sup>29</sup>.

Partindo do autorizado conceito aristotélico de igualdade, Bandeira de Mello buscou aclarar o negrume que pairava sobre os critérios legitimamente aferíveis para determinar quem são os iguais e os desiguais, para que se conceda o tratamento jurídico diferenciado de forma coerente.

Desse modo, edificou ele três critérios básicos para identificar o respeito ou desrespeito à isonomia. Primeiramente, verifica-se o elemento tomado como fator de discriminação. Em seguida, cumpre averiguar a correlação lógica abstrata existente entre o fator erigido em critério de *discrimen* e a disparidade estabelecida no

---

<sup>27</sup> VAZ, 2003, p. 61.

<sup>28</sup> MELLO, 2005, p. 10.

<sup>29</sup> KELSEN, 1979, p. 203.

tratamento jurídico diversificado. Por último, atina-se à consonância dessa correlação lógica com os interesses absorvidos no sistema constitucional e destarte juridicizados. A hostilidade ao preceito isonômico pode residir em qualquer desses critérios.

O tema aqui tratado guarda semelhança especialmente com este último critério apontado pelo administrativista, quando fala da harmonia ou não do fator de desigualação com o sistema constitucional vigente. Esse é um dos pontos que queremos analisar.

Submetendo as prerrogativas processuais da Fazenda Pública ao crivo dos critérios para aferição do respeito ou desrespeito à isonomia, temos o seguinte: em relação ao primeiro critério, o que autoriza discriminar é a diferença que as coisas, pessoas ou situações possuem em si. A Fazenda Pública defende o interesse público, o advogado particular defende o interesse da parte, interesse privado. Como o interesse público se sobrepõe ao do particular, temos aí elementos que rendem ensejo ao traço diferencial adotado no tratamento da Fazenda Pública quando em juízo.

Continuando a breve análise, constata-se que “o ponto nodular para exame da correção de uma regra em face do princípio isonômico reside na existência ou não de correlação lógica entre o fator erigido em critério de *discrîmen* e a discriminação legal decidida em função dele”<sup>30</sup>. Assim, existe justificativa racional para que, por exemplo, a Fazenda Pública tenha prazo dilatado em quádruplo para contestar?

A discriminação não pode ser fortuita ou gratuita, deve haver uma adequação racional entre o tratamento diferenciado e a razão diferencial que lhe serviu de *supedâneo*<sup>31</sup>. A nosso sentir, existe

---

<sup>30</sup> MELLO, 2005, p. 37.

<sup>31</sup> *Ibidem*, p. 39.

correlação lógica para o prazo dilatado, pois o advogado público, em regra, é submetido a um volume de trabalho maior e, enquanto um advogado particular pode selecionar as causas que lhe interessa, recusando aquelas que não convêm, o advogado público não pode declinar de sua função, deixando de proceder com a defesa da Fazenda Pública<sup>32</sup>. Cite-se, outrossim, a burocracia inerente à sua atividade, tendo dificuldade de ter acesso aos fatos, elementos e dados da causa e, finalmente, como não poderia deixar de ser, o exercício da tutela do interesse público.

Diante do exposto, entendemos que existe uma adequação lógica entre o tratamento diferenciado e o fator diferencial, ao menos no exemplo dado.

Tem-se, por outro lado, caso em que o STF reconheceu que a instituição de privilégios à Fazenda Pública violava os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, e, em conseqüência, ofendia o preceito isonômico. Na ADI n. 1.753/DF, questionou-se a respeito da constitucionalidade da ampliação do prazo para a Fazenda Pública propor ação rescisória. O Supremo entendeu que se tratava de privilégios inconstitucionais, pois as inovações discutidas,

[...] de favorecimento unilateral aparentemente não explicável por diferenças reais entre as partes e que, somadas a outras vantagens processuais da Fazenda Pública, agravam a conseqüência perversa de retardar sem limites a satisfação do direito particular já reconhecido em juízo<sup>33</sup>.

Por derradeiro, deve-se verificar a consonância da discriminação com os interesses protegidos na Constituição Federal. Reside aqui o nó górdio da questão sobre a vedação ou não da antecipação de tutela contra a Fazenda Pública.

---

<sup>32</sup> CUNHA, 2003, p. 28-29.

<sup>33</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal, ADI n. 1.753/DF, relator ministro Sepúlveda Pertence, *DJU* de 12 jun. 1998.

Entendemos que, desde que perfeitamente justificado o elemento discriminador, não se pode falar, via de regra, em violação ao princípio da igualdade. No caso, por exemplo, da antecipação de tutela contra o Poder Público, não encontramos na ordem jurídica brasileira justificativa plausível para a sua proibição indiscriminada.

A existência de óbices como a regra do reexame necessário constante no art. 475 do CPC e a sistemática do precatório no art. 100 da CF não veda a concessão da tutela antecipada contra o Poder Público, pois é flagrante a desproporção entre a vantagem obtida pela Fazenda Pública e o sacrifício imposto à parte que aparenta ter o direito ao provimento jurisdicional favorável.

Como constata Dinamarco, “apoiados no falso dogma da *indisponibilidade dos bens do Estado*, os privilégios concedidos pela lei e pelos tribunais aos entes estatais alimentam a *litigiosidade irresponsável* que estes vêm praticando”, mediante a propositura de lides temerárias, excessiva interposição de recursos, “tudo concorrendo ainda para o congestionamento dos órgãos judiciários e retardamento da tutela jurisdicional aos membros da população”<sup>34</sup>.

Não se pode, simplesmente, em nome da supremacia do interesse público, suprimir os direitos do particular, quando o dever do Estado é garantir a máxima efetividade da tutela jurisdicional.

## 2.2 A tutela antecipada e a busca pela efetividade do processo

Sob o influxo das observações já declinadas, passemos ao estudo do instituto processual da tutela antecipada, com algumas considerações gerais, para então refletir sobre a possibilidade de sua aplicação quando figurar no pólo passivo da relação jurídica processual pessoa jurídica de direito público.

---

<sup>34</sup> DINAMARCO, 2004, p. 214.

Uma vez que o Estado proibiu a autotutela privada, incumbiu-se da árdua tarefa de prestar a tutela jurisdicional adequada a cada conflito de interesses para o qual haja a provocação das partes. O jurisdicionado, portanto, não tem apenas direito à tutela jurisdicional, mas a uma resposta adequada e efetiva. Por vezes, o procedimento ordinário não se tem mostrado adequado para solucionar várias situações concretas.

Como se tornou notório na prática jurídica brasileira, o procedimento ordinário é por natureza extenso, uma vez que o juiz é chamado a proferir, nos processos que o seguem, julgamentos baseados em juízos de certeza, com cognição plena e exauriente.

Há, porém, como ensina Freitas Câmara,

[...] situações em que não se pode esperar o tempo necessário à formação do juízo de certeza exigido para a prolação de sentença no processo cognitivo, havendo a necessidade, para se tutelar adequadamente o direito material, de se prestar uma tutela jurisdicional satisfativa mais rápida<sup>35</sup>.

Em outras palavras, tutela essa capaz de cumprir o objetivo precípua do processo, que é a pacificação com justiça, dentro de um prazo razoável, que não prejudique as partes pela dilatação demasiada desse lapso temporal entre a petição inicial e o trânsito em julgado da ação judicial. O processo, nas palavras de Marinoni, “para ser justo, deve tratar de forma diferenciada os direitos evidentes, não permitindo que o autor espere mais do que o necessário para a realização do seu direito”<sup>36</sup>.

É consabido que a idéia de processo está relacionada com o tempo, pois o seu resultado depende da prática de vários atos, sendo necessário o decurso de razoável prazo para seu término. Essa demora

---

<sup>35</sup> CÂMARA, 2005, p. 89.

<sup>36</sup> MARINONI, 1998, p. 107.

pode comprometer a efetividade processual, pois desde Beccaria<sup>37</sup> já se tem a idéia de que *justiça tardia não é justiça*. É aí que surge a tutela antecipada, pois o dano decorrente do prolongamento do processo é um dos requisitos que rendem ensejo à sua aplicação.

A antecipação da tutela veio à existência com o advento da Lei n. 8.952/1994, modificando a redação do art. 273 do Código de Processo Civil<sup>38</sup>. Seguindo os reclamos pela efetividade da prestação jurisdicional, com a tomada de consciência de que o processo não é mero instrumento técnico a serviço da ordem jurídica, mas poderoso instrumento ético destinado a servir à sociedade<sup>39</sup>, surgiu instituto que consagra uma prestação jurisdicional de natureza cognitiva, sumária e satisfativa, por meio da qual, presentes os requisitos legais, antecipa-se, provisoriamente, o próprio provimento jurisdicional almejado no processo de conhecimento<sup>40</sup>.

Permite-se, assim, que o direito seja exercido desde logo. É uma forma diferenciada de prestação da tutela jurisdicional, em que se obtém tutela satisfativa com celeridade, com base em juízo de probabilidade, que corresponde a uma “quase-certeza”, razão pela qual exige-se, nesse campo, a existência de alguma produção probatória<sup>41</sup>.

Sob a inspiração dos princípios da economia processual, celeridade e efetividade, materializa-se, com eficácia provisória, a própria proteção jurídica postulada em sede do processo de cognição, mas com vocação para, no futuro, ostentar a eficácia permanente, com a prolação da sentença e seu trânsito em julgado.

---

<sup>37</sup> BECCARIA, 1996, p. 87.

<sup>38</sup> Registre-se que estamos a discorrer sobre a antecipação de tutela, nos moldes do art. 273 do CPC. Mas, antes mesmo dessa lei, já havia medidas liminares no sistema processual, como é o caso da liminar em mandado de segurança e nas ações possessórias.

<sup>39</sup> GRINOVER, 2005, p. 47.

<sup>40</sup> CONTE, 1995, p. 18.

<sup>41</sup> CÂMARA, 2005, p. 281.

Por se tratar de forma de tutela jurisdicional diferenciada, deve ter caráter excepcional e só pode ser prestada nos casos em que se faça estritamente necessária, é dizer, nos casos em que esta for a única forma de prestação da tutela jurisdicional adequada à tutela do direito substancial. Exige, além da probabilidade de existência do direito alegado, uma situação capaz de gerar fundado receio de dano grave (*periculum in mora*), de difícil ou impossível reparação, ou que tenha ocorrido abuso do direito de defesa por parte do demandado (CPC, art. 273, I e II).

Em última análise, o instituto da tutela antecipada veio à existência para tornar eficazes os dispositivos constitucionais que garantem o acesso à justiça<sup>42</sup>, pois essa garantia tornar-se-ia inócua se a lei não viesse a dispor sobre o direito processual, viabilizando a atuação do Estado na adequada solução de conflitos.

### 2.3 Direitos fundamentais dos litigantes

Estão elencados nos artigos iniciais da Constituição Federal os direitos fundamentais do nosso Estado Democrático de Direito.

Essa idéia de fundamentalidade, conforme lição de Canotilho<sup>43</sup>, denota uma especial proteção desses direitos, no sentido formal e material. Do sentido formal, por exemplo, podemos concluir que as normas consagradoras de direitos fundamentais, enquanto normas fundamentais, são colocadas no grau superior da ordem jurídica e são dotadas de vinculatividade e aplicação imediata: “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata” (CF, art. 5º, § 1º).

Já a fundamentalidade material fornece suporte para a aber-

---

<sup>42</sup> SCHEER, 2006, p. 276-292.

<sup>43</sup> CANOTILHO, 1998, p. 349.

tura da Constituição a outros direitos fundamentais não constitucionalizados formalmente, dando espaço para o surgimento de outros direitos não tipificados, pois, como se sabe, o art. 5º de nossa Constituição possui um elenco não exaustivo de direitos fundamentais: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte” (CF, art. 5º, § 2º).

Dentre essa gama de direitos fundamentais, destacaremos aqueles pertinentes ao nosso estudo e que denotam quais são os bens jurídicos que o Estado deseja tutelar, os interesses elevados à categoria de cláusula pétrea na Lei Fundamental, devido à sua importância para a concretização do bem comum e benefício da coletividade.

Veremos, assim, aqueles direitos e princípios fundamentais que servirão de base para a defesa da efetividade da prestação jurisdicional no caso do conflito de interesses com a Fazenda Pública.

### 2.3.1 *Princípio da inafastabilidade*

O inciso XXXV do art. 5º consagra o princípio da inafastabilidade (“A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”) e defende o direito à adequada tutela jurisdicional, ou seja, nas palavras de Marinoni, o direito à preordenação de procedimentos adequados à tutela dos direitos<sup>44</sup>. Como já ensinava Pontes de Miranda, o princípio da inafastabilidade estabelece que “a lei ordinária não pode excluir da apreciação judicial, do *judicial control*, as próprias leis, ou quaisquer outras regras jurídicas, nem a defesa dos direitos individuais que se fundem em regras jurídicas da Constituição”<sup>45</sup>.

---

<sup>44</sup> MARINONI, 1998, p. 108.

<sup>45</sup> PONTES DE MIRANDA, 1968, p. 97.

Com efeito, se o direito à tutela jurisdicional adequada é garantido pela Constituição, emerge uma obrigação ao legislador infraconstitucional para que elabore leis que estrutrem um sistema processual favorável à efetividade do processo e se abstenha de elaborar leis que tolham esse direito, pois iriam de encontro ao dispositivo constitucional e seriam, destarte, eivadas de inconstitucionalidade.

Um sistema de tutela dos direitos que não possua procedimentos aptos a tutelar uma situação específica de direito substancial certamente não estará obedecendo a exigência constitucional<sup>46</sup> exposta no dispositivo que consagra a inafastabilidade.

Ora, se a realidade da sociedade cria situações que demandam uma resposta rápida do Judiciário, sob pena de prejuízo irreparável e que, portanto, não comporta a espera do tempo despendido na cognição processual, cumpre a realização de uma tutela de cognição sumária que, respeitando o devido processo legal, venha a solucionar a questão e pacificar com justiça o conflito.

Tomemos como exemplo o indivíduo que possui crédito contra a Fazenda Pública e precisa urgentemente do dinheiro para tratamento de neoplasia maligna. Nesses casos, o direito à adequada tutela jurisdicional tem como opção de efetividade a antecipação de tutela do art. 273 do Código de Processo Civil.

Por vezes, a gravidade da situação de fato não abre espaço para a tutela do direito via ação ordinária, somente se compatibilizando com tutelas de urgência. Esses tipos de tutela são, na hipótese aventada, os instrumentos que concretizam o direito à adequada tutela jurisdicional. A restrição do uso desse tipo de tutela num caso que só terá solução satisfatória por essa via procedimental significa evidente lesão ao princípio da inafastabilidade.

---

<sup>46</sup> MARINONI, 1998, p. 108.

Deve-se, portanto, ser declarada a inconstitucionalidade de qualquer norma infraconstitucional que torne inviável o exercício desse direito fundamental, ou seja, que impeça o Poder Judiciário de tutelar de forma efetiva os direitos lesados ou ameaçados que a ele são levados em busca de proteção<sup>47</sup>. É de nenhuma valia que o cidadão possua direitos, mas não tenha meios para exercê-los plenamente.

O direito ao processo engloba o devido processo legal, o direito à adequada tutela jurisdicional, o direito de petição e o direito à tutela urgente, todos imanentes ao Estado de Direito. A busca pela efetividade de todos esses direitos deve ser requerida, assim, por todos os cidadãos, até mesmo o direito à antecipação de tutela, que nada mais é do que um instrumento necessário para trazer efetividade – no sentido de ter aptidão para propiciar ao litigante vitorioso a concretização fática de sua vitória – a certas situações de urgência que demandam uma resposta célere do órgão jurisdicional.

### 2.3.2 *Devido processo legal*

A regra do devido processo legal é o corolário do Estado de Direito e homenageia a segurança jurídica para todos os envolvidos em qualquer processo judicial, pois traz mais estabilidade e previsibilidade às ações do Poder Judiciário.

Advindo do *due process of law*, cuja matriz remonta à Carta Magna de 1215 e, modernamente, à Constituição norte-americana, o devido processo legal possui duas facetas: o devido processo legal de caráter processual, que se entende como sendo “a possibilidade da parte ter acesso à justiça, deduzindo pretensão e defendendo-se do modo mais amplo possível, tendo como escopo instrumentos preestabelecidos para tal finalidade ser perquirida”<sup>48</sup>;

---

<sup>47</sup> MARINONI, 1998, p. 112.

<sup>48</sup> BERARDI, 2006, p. 210-276.

e o de cunho substantivo, no qual se procede a uma legítima limitação ao poder estatal, de modo que censure a própria legislação e declare a ilegitimidade de leis que violem as grandes colunas ou os *landmarks* do regime democrático.

Essa garantia serve até os dias atuais como instrumento de defesa dos direitos individuais, ensejando o controle do arbítrio do Legislativo e da discricionariedade governamental<sup>49</sup>.

Observa Dinamarco, sintetizando esse princípio e relacionando as duas facetas do devido processo legal, a processual e a substantiva:

não basta que o juiz empregue meios adequados se ele vier a decidir mal; nem se admite que se aventure a decidir a causa segundo seus próprios critérios de justiça, sem ter empregado os meios ditados pela Constituição e pela lei<sup>50</sup>.

Desse princípio basilar do processo civil advêm alguns desdobramentos. Entre eles, podemos destacar uma garantia fundamental que é a igualdade entre as partes (CPC, art. 125, I). Em decorrência disso, como acentua Guerra Filho, surge “a necessidade de se dar uma feição nova ao processo, para que se torne um ‘processo social’, garantindo o efetivo acesso à justiça, direito fundamental do cidadão”<sup>51</sup>.

Isso nos leva a crer que, nessa nova dimensão, devemos passar da mera igualdade formal para uma igualdade material,

[...] com a busca de se estabelecer uma equiparação das possibilidades de atuação em juízo daqueles menos favorecidos de meios econômicos ou outros meios, minorando os efeitos danosos dessa disparidade sobre o conteúdo de justiça do resultado dos processos<sup>52</sup>.

A nosso ver, a regra, como disposta no direito do consumidor, é

---

<sup>49</sup> BARROSO, 1998, p. 65-78.

<sup>50</sup> DINAMARCO, 2004, p. 247.

<sup>51</sup> GUERRA FILHO, 2005b, p. 195.

<sup>52</sup> *Ibidem*, p. 196.

que se deve dar primazia jurídica a quem não possui a primazia econômica, mas no caso da Fazenda Pública ocorre exatamente o inverso.

Na mesma linha de pensamento de Guerra Filho, André Ramos Tavares entende que

[...] o devido processo legal, no âmbito processual, significa a garantia concedida à parte processual para utilizar-se da plenitude dos meios jurídicos existentes. Seu conteúdo identifica-se com a exigência de paridade total de condições com o Estado [...]. É, em realidade, o próprio contraditório<sup>53</sup>,

que também é direito fundamental garantido na CF/88, art. 5º, LV: “Aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

Ora, se devemos utilizar a plenitude dos meios jurídicos para tutelar nossos direitos, certamente está incluída nesse leque de opções a regra do art. 273 do Código de Processo Civil, não importando quem figure no pólo passivo da demanda.

A garantia do devido processo legal, em seu aspecto processual, se desdobra na garantia do pleno acesso à justiça, como já dito, e isso significa, segundo Freitas Câmara<sup>54</sup>, que se deve assegurar a todos aqueles que se encontrem como titulares de uma posição jurídica de vantagem a possibilidade de obter uma verdadeira e efetiva tutela jurídica a ser prestada pelo Judiciário.

Em outras palavras, devem existir meios para que essas pretensões sejam satisfeitas e o jurisdicionado tenha sua posição jurídica de vantagem protegida, e isso inclui a antecipação de tutela – ainda que em face do Poder Público –, pois este instituto foi recebido

---

<sup>53</sup> TAVARES, 2003, p. 508.

<sup>54</sup> CÂMARA, 2005, p. 34.

pelo sistema processual vigente no intuito de dar o máximo possível de efetividade ao processo.

### 2.3.3 *Tempestividade da tutela jurisdicional*

Introduzido pela Emenda Constitucional n. 45/2004, o inciso LXXVIII do art. 5º da nossa Constituição foi assim vazado: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”. Esse direito fundamental tem como escopo fazer prevalecer a entrega de uma prestação jurisdicional célere e justa.

Sabemos que apenas a menção desse direito em nossa Constituição de nada vai adiantar se não forem feitas as mudanças processuais necessárias e, de igual modo, mudanças de mentalidade dos julgadores e dos profissionais do direito.

Esse dispositivo não é novidade em nossa ordem jurídica, pois já havia sido positivado pelo art. 8º da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), ratificado pelo Congresso Nacional por meio do Decreto n. 678, de 6 de novembro de 1992:

Art. 8º Garantias Judiciais. 1. Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e *dentro de um prazo razoável*, por um juiz ou um tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos e obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza [g.n.].

Não se tem dúvida, portanto, de que a intenção do legislador constituinte foi a de determinar regras com força de postulados jurídicos com nível constitucional para que a cidadania brasileira tenha, quando em estado de conflito, uma solução administrativa e

judicial no menor tempo possível<sup>55</sup>. O dispositivo é claro e vincula não apenas os órgãos judiciários como também o legislador.

Todos devem primar por um processo resolúvel em um prazo razoável, ou seja, pautado no princípio da razoabilidade, que nas palavras de Luís Roberto Barroso,

[...] é um parâmetro de valoração dos atos do Poder Público para aferir se eles estão informados pelo valor superior inerente a todo ordenamento jurídico: a justiça. [...] É razoável o que seja conforme à razão, supondo equilíbrio, moderação e harmonia<sup>56</sup>.

Esse princípio possui o condão de garantir os direitos dos cidadãos em face de eventual arbítrio do poder estatal. A ciência processual precisa conciliar regras que garantam, ao mesmo tempo, celeridade e segurança na distribuição da justiça à coletividade.

Nesse prisma, o provimento jurisdicional em tempo razoável tornou-se direito subjetivo de cada jurisdicionado. O Estado tem o dever de respeitar esse direito, devendo ser responsabilizado pelo seu desrespeito. É notório que se a morosidade não fosse um problema crônico dentro de nosso Poder Judiciário, o inciso citado poderia até ser desnecessário. Porém, a realidade é outra.

A lentidão da resposta da Justiça inverte os papéis. Mesmo saindo vitoriosa após vagaroso processo judicial a parte sente-se injustiçada, pois o Estado não foi capaz de garantir exatamente aquilo que conseguiria se não fosse necessária a intervenção estatal para a solução do conflito<sup>57</sup>, e este é o desiderato maior do processo.

Por isso, outras medidas foram tomadas para dar efetividade ao mandamento que emana do inc. LXXVIII do art. 5º de nossa

---

<sup>55</sup> DELGADO, 2005, p. 355-371.

<sup>56</sup> BARROSO, 1998, p. 65-78.

<sup>57</sup> ALBUQUERQUE, 2005, p. 180-197.

Carta Política. Podemos citar, por exemplo, a nova redação do art. 93, inc. XIII, que prescreve o seguinte: “o número de juízes na unidade jurisdicional será proporcional à efetiva demanda judicial e à respectiva população”. Com efeito, o Poder Judiciário precisa da infra-estrutura necessária para atender a uma demanda crescente, e quanto mais juízes existirem, maior será a possibilidade de um julgamento célere.

Ainda nesse sentido, é louvável o avanço demonstrado pela Lei n. 10.259/2001, que instituiu os Juizados Especiais no âmbito da Justiça Federal, quando, no seu art. 9º, se estabelece a igualdade de prazos entre as partes, sejam elas quais forem:

Art. 9º Não haverá prazo diferenciado para a prática de qualquer ato processual pelas pessoas jurídicas de direito público, inclusive a interposição de recursos, devendo a citação para audiência de conciliação ser efetuada com antecedência mínima de trinta dias.

Devemos ter em mente que não necessariamente um processo de razoável duração quer significar um processo breve<sup>58</sup>. Todavia, em certas situações, o razoável é que se tenha um processo rápido sob pena de fazer perecer o direito da parte que recorre ao Judiciário.

No dizer de Marinoni, “o direito de acesso à justiça exige que o Estado preste a adequada tutela jurisdicional que [...] significa, também, a *tutela estatal tempestiva e efetiva*”<sup>59</sup> [g.n.]. Existe tutela adequada quando se verifica um procedimento hábil para atender satisfatoriamente ao caso concreto.

Sob essa óptica, infere-se que a antecipação dos efeitos da tutela possui a faculdade de satisfazer determinados direitos que demandam uma urgência no provimento jurisdicional e consubstanciam, no caso concreto, a razoável duração do processo, que é

---

<sup>58</sup> ANDRIGHI, 2005.

<sup>59</sup> MARINONI; ARENHART, 2001, p. 50.

necessária para salvaguardar o direito do postulante e garantir a efetividade do processo.

Esse raciocínio apenas fortalece a tese do cabimento dessa espécie de tutela ainda que em face do Poder Público, pois concretiza direito fundamental constitucionalmente garantido e que não pode ser subjugado por lei infraconstitucional.

Não basta que o cidadão tenha acesso ao Judiciário, é preciso que ele tenha verdadeiro acesso à justiça, dentro de um prazo razoável, por isso tal direito (art. 5º, LXXVIII) destaca-se como pressuposto para o exercício pleno da cidadania<sup>60</sup> no nosso Estado Democrático de Direito.

#### *2.3.4 Dignidade da pessoa humana*

Segundo Perez Luño,

a dignidade humana consiste não apenas na garantia negativa de que a pessoa não será alvo de ofensas ou humilhações, mas também agrega a afirmação positiva do pleno desenvolvimento da personalidade de cada indivíduo<sup>61</sup>.

A incorporação do Estado Social aperfeiçoou esses paradigmas, levando a dignidade da pessoa humana a resguardar não apenas os direitos da personalidade, mas também abarcando, dentro de sua esfera de proteção, os direitos sociais e os demais direitos fundamentais, estando incluso nessa órbita o direito ao acesso a uma ordem jurídica justa.

Objeto de divagações filosóficas, políticas e jurídicas durante séculos e já positivada nos ordenamentos jurídicos modernos, a dignidade da pessoa humana tornou-se, assim, uma referência

---

<sup>60</sup> HARTMANN, 2006.

<sup>61</sup> PEREZ LUÑO apud TAVARES, 2003, p. 406.

constitucional unificadora de todos os direitos fundamentais<sup>62</sup>, um verdadeiro valor supremo que engloba os demais.

Em verdade, essa natureza lhe foi atribuída, porque a dignidade da pessoa humana está na base de toda a vida nacional, é atributo intrínseco de todo o ser humano, não é, pois, uma criação constitucional, é, como diz Afonso da Silva, um dado preexistente a toda experiência especulativa<sup>63</sup>.

Por esses motivos, foi a dignidade da pessoa humana erigida ao patamar de fundamento do Estado brasileiro:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] III – a dignidade da pessoa humana.

Nesse contexto, o princípio citado acabou por se identificar como constituindo o núcleo essencial dos direitos fundamentais, galgando uma função protetiva da dignidade. Por isso, atua ele como elemento limitador das restrições a direitos fundamentais.

Assim, todos os demais direitos fundamentais devem ser interpretados à luz do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana. É dizer, se os direitos fundamentais conferidos ao cidadão pela nossa Constituição lhes forem negados, estar-se-á negando-lhes a própria dignidade<sup>64</sup>.

Nesse contexto, conforme ensina Sarlet,

[...] não restam dúvidas de que todos os órgãos, funções e atividades estatais encontram-se vinculados ao princípio da dignidade da pessoa humana, impondo-se-lhes um dever de respeito e proteção, que se

---

<sup>62</sup> SILVA, J. A., 2004, p. 105.

<sup>63</sup> Idem, 1998, p. 89-95.

<sup>64</sup> SARLET, 2006, p. 85.

exprime tanto na obrigação por parte do Estado de abster-se de ingerências na esfera individual que sejam contrárias à dignidade pessoal, quanto no dever de protegê-la (a dignidade pessoal de todos os indivíduos) contra agressões de terceiros, seja qual for a procedência<sup>65</sup>.

Assim, incumbe, igualmente, ao legislador edificar uma ordem jurídica que atenda às exigências do princípio da dignidade da pessoa humana. Isso significa que o jurisdicionado deve possuir os meios necessários para resguardar sua dignidade perante o Poder Judiciário, quando tiver direito seu violado.

Creemos que para a concretização da dignidade da pessoa humana devem ser utilizados todos os instrumentos jurídicos que se fizerem necessários e, não custa repetir, as tutelas de urgência podem para isso servir, ainda que movidas em face do Poder Público. Isso pode se dar para o resguardo do direito à vida ou à saúde, pois, como dito, a dignidade da pessoa humana engloba também os direitos sociais.

A título ilustrativo, podemos citar decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul que concedeu a tutela antecipada para o fornecimento de medicamentos essenciais à saúde ante a comprovação da verossimilhança da alegação e da hipossuficiência da requerente. Segue a ementa:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. Tutela antecipada concedida para o fornecimento de medicamentos essenciais à saúde ante a comprovação da verossimilhança da alegação e da hipossuficiência da requerente. O direito à vida e à saúde é postulado constitucional e deve ser preservado mesmo quando contraposto com os termos da Lei n. 9.494/1997. Agravo de Instrumento improvido (Agravo de Instrumento n. 598430429, Terceira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, relator Augusto Otávio Stern, julgado em 11.2.1999).

Percebe-se a necessidade de se dar primazia aos direitos fun-

---

<sup>65</sup> SARLET, 2006, p. 110.

damentais que concretizem a dignidade da pessoa humana, desde que, obviamente, esses direitos estejam bem justificados, como no caso citado, pois constitui obrigação do Estado assegurar às pessoas desprovidas de recursos financeiros o acesso à medicação necessária para a cura de suas mazelas, em especial as mais graves<sup>66</sup>.

### **3 A ponderação de interesses**

#### **3.1 A proporcionalidade e os interesses constitucionalmente protegidos**

É notório que a nossa Constituição, em virtude de seu estilo analítico, é capaz de incluir em suas disposições interesses que podem vir a se contrapor em determinados casos concretos. Na hipótese em estudo, a sistemática constitucional dos precatórios, por exemplo, pode entrar em conflito com o direito à efetividade da jurisdição e o direito fundamental da razoável duração do processo, incluído pela Emenda Constitucional n. 45 (art. 5º, LXXVIII), que se convencionou chamar na doutrina de princípio da tempestividade da tutela jurisdicional<sup>67</sup>.

Tendo como crivo o princípio da proporcionalidade<sup>68</sup> – que não está expressamente incluso no texto constitucional, mas que pode ser albergado pela Lei Maior pela via do § 2º do seu artigo 5º<sup>69</sup> –, podemos inferir que os direitos fundamentais precisam ser preservados, ao menos o seu núcleo essencial.

---

<sup>66</sup> Vide BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, REsp n. 507.205/PR, relator ministro José Delgado, *DJU* de 17 nov. 2003.

<sup>67</sup> Por todos, CÂMARA, 2005, p. 58 e seguintes.

<sup>68</sup> Sobre o princípio da proporcionalidade, consultar BONAVIDES, 2006, p. 392-434.

<sup>69</sup> “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

Não cabe aqui proceder a um estudo aprofundado a respeito do princípio da proporcionalidade, sob pena de ultrapassar o corte metodológico do trabalho, porém é mister apontar o papel fundamental que exerce tal princípio nos casos em que há colisão de interesses legalmente tutelados.

Conforme Virgílio Afonso da Silva, a regra da proporcionalidade se destina à correta interpretação e aplicação do direito,

[...] empregada especialmente nos casos em que um ato estatal, destinado a promover a realização de um direito fundamental ou de um interesse coletivo, implica a restrição de outro ou outros direitos fundamentais. O objetivo da aplicação da regra da proporcionalidade, como o próprio nome indica, é fazer com que nenhuma restrição a direitos fundamentais tome dimensões desproporcionais<sup>70</sup>.

Para a aplicação do princípio da proporcionalidade<sup>71</sup>, de acordo com teorizações desenvolvidas pela doutrina alemã, deve-se passar pelos exames da adequação (exige-se uma relação empírica entre o meio e o fim: o meio deve levar à realização do fim<sup>72</sup>), necessidade (verificação da existência de meios que sejam alternativos àquele inicialmente escolhido pelo Poder Legislativo ou Poder Executivo e que possam promover igualmente o fim sem restringir, na mesma intensidade, os direitos fundamentais afetados<sup>73</sup>) e proporcionalidade em sentido estrito (comparação entre a importância da realização do fim e a intensidade da restrição aos direitos fundamentais<sup>74</sup>).

---

<sup>70</sup> SILVA, V. A., 2002, p. 23-50.

<sup>71</sup> Controverte-se na doutrina a respeito da natureza da proporcionalidade: regra, princípio, dever, postulado aplicativo normativo. As denominações são as mais variadas possíveis. Não cabe aqui discutir sobre essas questões terminológicas, porém o mais importante é que entendamos o papel que a proporcionalidade representa para a interpretação constitucional e infraconstitucional.

<sup>72</sup> ÁVILA, 2005, p. 116.

<sup>73</sup> *Ibidem*, p. 122.

<sup>74</sup> *Ibidem*, p. 124.

Nas palavras de Willis Santiago Guerra Filho,

[...] a proporcionalidade em sentido estrito importa a correspondência (*Angemessenheit*) entre meio e fim – o que requer o exame de como se estabeleceu a relação entre um e outro, com o sopesamento (*Abwägung*) de sua recíproca apropriação, colocando, de um lado, o interesse no bem-estar da comunidade e, de outro, as garantias dos indivíduos que a integram, a fim de evitar o beneficiamento demasiado de um, em detrimento do outro<sup>75</sup>.

Assim, considerando, de um lado, o interesse no bem-estar da comunidade como o interesse público que a Fazenda Pública representa e, de outro, as garantias dos indivíduos, como a efetividade e tempestividade da tutela jurisdicional, percebe-se que um interesse não pode se sobrepor completamente ao outro, tendo em vista que ambos estão garantidos pela Lei Maior.

A nosso sentir, uma solução bastante adequada para a questão encontra-se na vanguardista disposição encontrada no art. 18, inciso II da Constituição portuguesa de 1974, a saber:

A lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos.

Em outras palavras, o princípio da proporcionalidade tem o condão de preservar os direitos fundamentais que, mesmo podendo ser restringidos, devem preservar um mínimo de efetividade. A proporcionalidade vem para lapidar e otimizar a defesa das garantias constitucionais que são, no dizer de Rui Barbosa, “as defesas postas pela Constituição aos direitos especiais do indivíduo. Consistem elas no sistema de proteção organizado pelos autores da nossa lei fundamental em segurança da pessoa humana, da vida humana, da liberdade humana”<sup>76</sup>.

---

<sup>75</sup> GUERRA FILHO, 2005a, p. 267.

<sup>76</sup> BARBOSA, 1934, p. 278.

Dessa maneira, o princípio da proporcionalidade<sup>77</sup> e outros como a razoabilidade e a isonomia se consubstanciam em garantias fundamentais, com dimensão processual, de tutela de outros direitos e garantias fundamentais<sup>78</sup>, pois não pode o acesso a uma ordem jurídica justa ser tolhido apenas porque a parte-ré é o Poder Público.

O Estado não pode, por ter receio de sua justiça, torná-la praticamente inefetiva e ineficaz quando a pretensão é dirigida contra ele, criando quase que uma imunização ao Poder Judiciário<sup>79</sup>.

### 3.2 A interpretação constitucional e a ponderação

Com o advento da nova ordem constitucional brasileira, a dogmática jurídica sofreu o impacto de um conjunto novo de idéias, a que se denominou pós-positivismo<sup>80</sup> ou principialismo. Trata-se, conforme Barroso, de um esforço de superação do legalismo estrito, sem recorrer às categorias metafísicas do jusnaturalismo<sup>81</sup>. Nesse ambiente, a Constituição ganhou força e se consolidou como centro e ápice do sistema jurídico. Ganhou contorno a teoria dos princípios, pois, como assevera Robert Alexy, a discussão sobre a teoria dos princípios é, essencialmente, uma discussão sobre a ponderação<sup>82</sup>. Explica-se.

---

<sup>77</sup> Também denominado de princípio da proibição do excesso, de acordo com Canotilho (1998, p. 260), esse princípio “é, hoje, assumido como um *princípio de controle* exercido pelos tribunais quando à adequação dos meios administrativos (sobretudo coactivos) à prossecução do escopo e ao balanceamento concreto dos direitos ou interesses em conflito”.

<sup>78</sup> GUERRA FILHO, 2005a, p. 267.

<sup>79</sup> BUENO, 2003, p. 196.

<sup>80</sup> O pós-positivismo aqui citado é aquele conjunto ainda difuso de idéias, mas que está centrado nos direitos fundamentais e na tentativa de aproximação entre Direito e Ética, para evitar que o Direito seja novamente utilizado para legitimar atos bárbaros, como aqueles praticados no nazismo. Assim, o pós-positivismo introduz no ordenamento jurídico as idéias de justiça e legitimidade, condensadas em princípios.

<sup>81</sup> BARROSO, 2003, p. 28.

<sup>82</sup> ALEXY, 1999, p. 67-79.

Como a Lei Maior agregou em seu conteúdo um alto grau material e axiológico, passou a ser compreendida como uma ordem objetiva de valores<sup>83</sup> e sistema aberto<sup>84</sup> de princípios e regras, tornando-se o filtro através do qual se lê todo o direito infraconstitucional<sup>85</sup>.

Essas constatações tiveram o mérito de ampliar o espaço no qual a interpretação jurídica e o intérprete estão autorizados a caminhar, pois, ao lidar com conceitos jurídicos por vezes indeterminados, o legislador acaba transferindo a delimitação de sentido e alcance dos enunciados para o intérprete<sup>86</sup>.

Desloca-se, de igual modo, para o intérprete o ônus de bem

---

<sup>83</sup> “Los derechos fundamentales son ante todo derechos de defensa del ciudadano en contra del Estado; sin embargo, en las disposiciones de derechos fundamentales de la Ley Fundamental se incorpora también un orden de valores objetivo, que como decisión constitucional fundamental es válida para todas las esferas del derecho” (SCHWABE, Jürgen. *Cincuenta años de jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán* apud BARCELLOS, 2005, Prefácio).

<sup>84</sup> Esse sistema aberto se justifica pelo fato de que a Constituição não tem pretensão de completude, pois diante de uma sociedade complexa como a que vivemos, não é possível que o legislador seja capaz de prever todas as possibilidades de situações passíveis de gerar efeitos jurídicos. Diante disso, mais prudente é estabelecer princípios gerais, que permitem a integração pelo legislador infraconstitucional e aplicação pelo julgador. Assim, fica mais fácil a Constituição se adaptar às novas realidades sem que se torne ultrapassada, variando em certa medida no tempo, no espaço e em função das circunstâncias do caso concreto. “Especially in a rapidly changing society, there is pressure to create norms that are open in a way that makes it possible to adjust them to new conditions at the application stage” (“Especialmente em uma sociedade em constante mudança, há uma pressão para se criar normas que estejam abertas de modo que seja possível ajustá-las a novas condições, no estágio da aplicação”) (AARNIO, Aulis, *Reason and authority* apud BARCELLOS, 2005, p. 13).

<sup>85</sup> A chamada *filragem constitucional* consiste em que toda a ordem jurídica deve ser lida e apreendida sob a lente da Constituição, de modo que realize os valores nela consagrados. A constitucionalização do direito infraconstitucional não identifica apenas a inclusão na Lei Maior de normas próprias de outros domínios, mas, sobretudo, a reinterpretação de seus institutos sob uma ótica constitucional (BARROSO, 2003, p. 44. Vide também SCHIER, 1999).

<sup>86</sup> BARCELLOS, 2005, p. 13.

argumentar, especialmente nos casos em que a solução de um determinado problema não se encontra previamente estabelecida pelo ordenamento. Assim, na lição de Barroso e Barcellos,

o fundamento de legitimidade da atuação judicial transfere-se para o processo argumentativo: a demonstração racional de que a solução proposta é a que mais adequadamente realiza a vontade constitucional<sup>87</sup>.

Nessa perspectiva, uma Constituição que alberga vários elementos valorativos de conteúdo aberto (p. ex.: dignidade humana) e consagra valores diferentes (próprios de uma sociedade pluralista como a nossa) pode levar a um choque de interesses e direitos, como já explanado. É exatamente nesses pontos de conflito que entra em ação a ponderação, para solucionar as antinomias geradas.

Ana Paula de Barcellos entende a ponderação como sendo “a técnica jurídica de solução de conflitos normativos que envolvem valores ou opções políticas em tensão, insuperáveis pelas formas hermenêuticas<sup>88</sup> tradicionais”<sup>89</sup>.

Em linhas gerais, a ponderação é capaz de afastar a aplicação

---

<sup>87</sup> BARROSO; BARCELLOS, 2003, p. 377.

<sup>88</sup> Não pretendemos, com essa afirmação, defender a tese segundo a qual as formas hermenêuticas tradicionais estariam ultrapassadas ou incapazes de solucionar conflitos. Pelo contrário, todas devem continuar sendo usadas e aperfeiçoadas. Como leciona Virgílio Afonso da Silva, a ânsia em rejeitar os métodos tradicionais pode ter o efeito inverso e atrapalhar a discussão sobre as especificidades da interpretação constitucional. O autor pretende, em seu artigo, combater o sincretismo metodológico que comumente se faz no Brasil, trazendo para o mesmo plano teorias incompatíveis entre si. Os profissionais e acadêmicos de Direito precisam deste senso crítico para perceber o que deve e o que não se deve aplicar em nossa ordem jurídica. Atenta, outrossim, para o fato de que alguns princípios constitucionais não passam de cânones tradicionais de interpretação com uma nova roupagem. “O chamado princípio da unidade da constituição parece em nada se diferenciar daquilo que há pelo menos século e meio se vem chamando de ‘interpretação sistemática’” (SILVA, V. A., 2005, p. 127).

<sup>89</sup> BARCELLOS, 2005, p. 23.

de dispositivos válidos em benefício da aplicação de outros, restringir o exercício de direitos fundamentais e até mesmo relativizar regras constitucionais<sup>90</sup>.

Esses elementos guardam relevante pertinência com o tema deste estudo, pois dão a luz para a solução do problema posto, qual seja, os fenômenos de tensão existentes entre: a efetividade do processo, representados pelas tutelas de urgência; e as prerrogativas da Fazenda Pública, entre elas a regra constitucional dos precatórios e as restrições à concessão de liminares.

### 3.3 Colisão entre a efetividade do processo e as prerrogativas da Fazenda Pública

Todos os direitos constitucionalmente garantidos devem ser respeitados e cumpridos, de modo que estejam aptos a sempre produzir os efeitos que deles emanam. Entretanto, como já salientado, existem direitos que não podem ser aplicados simultaneamente e integralmente pelo simples fato de que eles são contrapostos.

A título de ilustração, temos o direito à intimidade, à vida privada e o direito à liberdade de informação jornalística, que podem, sem dúvida, em dado momento, colidir. Nesses casos, teremos, no dizer de Teori Albino Zavascki<sup>91</sup>, os chamados fenômenos de tensão entre direitos fundamentais, gerando as conhecidas colisões de direitos fundamentais.

Considerando que inexistente hierarquia, no plano normativo, entre direitos fundamentais conflitantes, faz-se mister a devida ponderação dos valores e bens jurídicos tensionados, de modo que se identifique uma possível relação de prevalência entre um deles,

---

<sup>90</sup> BARCELLOS, 2005, p. 6.

<sup>91</sup> ZAVASCKI, 1997, p. 62.

operando-se uma limitação de um em benefício daquele que se mostrar mais importante no caso concreto.

Para isso, utiliza-se a técnica da ponderação que, para Alexy, [...] corresponde ao terceiro princípio parcial do princípio da proporcionalidade do direito constitucional alemão. [...] O princípio da proporcionalidade em sentido estrito deixa-se formular como uma lei de ponderação, cuja forma mais simples relacionada a direitos fundamentais soa: quanto mais intensiva é uma intervenção em um direito fundamental tanto mais graves devem ser as razões que a justificam<sup>92</sup>.

Com isso, percebe-se a estreita relação entre ponderação e proporcionalidade e sua influência para a solução desses conflitos existentes em nosso ordenamento jurídico.

Em relação ao tema específico do nosso trabalho, como já se fez notório, o decurso do tempo no processo, inevitável para a garantia plena do direito à segurança jurídica, é, muitas vezes, incompatível com a efetividade da jurisdição, notadamente, como salienta Zavascki<sup>93</sup>, quando o risco de perecimento do direito reclama tutela urgente. Presente está aí a colisão de direitos, que deverá ser solucionada de acordo com os métodos aqui expostos.

Ressalte-se, apenas, que sob a ótica da colisão entre os direitos do Estado e do litigante, não se trata de uma genuína colisão de direitos fundamentais, pois o destinatário de direitos fundamentais é o cidadão e não o Estado, ainda que este possua direitos e prerrogativas. Assim sendo, nesse caso, trata-se de colisão de direitos. Porém, caso analisemos o conflito sob a ótica do conflito entre a eficácia da prestação da tutela jurisdicional e da segurança jurídica, aí sim será um conflito de direitos fundamentais, ainda que ambos

---

<sup>92</sup> ALEXY, 1999, p. 67-79.

<sup>93</sup> ZAVASCKI, 1995, p. 15-32.

sejam afetos ao litigante, pois o Poder Público vale-se da segurança jurídica para defender suas posições.

Tudo o que já foi dito aqui de nada vale se não puder sair da abstração e ser aplicado na prática. Por isso, nada mais salutar do que passar aos casos concretos.

Certo indivíduo pretendia, por meio da antecipação de tutela, receber crédito contra a Fazenda Pública sem submeter-se ao regime dos precatórios sob o fundamento de que estaria seriamente doente e em estado de necessidade, não lhe sendo possível aguardar o pagamento pela via legal do precatório.

O valor objeto da execução excedia o limite de dispensa do precatório. O douto julgador entendeu que havia uma colisão de princípios entre a efetividade da prestação jurisdicional e a sistemática do precatório.

Assim discorreu o juiz:

a regra do precatório, que constitui verdadeiro princípio aplicável às execuções promovidas contra a Fazenda Pública, não é absoluta. Eventualmente, diante de situações verdadeiramente caracterizadas pela excepcionalidade, poderá ceder em benefício da eficácia da prestação jurisdicional. Não sendo a regra do precatório absoluta, o princípio da razoabilidade impõe que se prestigie, por seu maior peso, o princípio da efetividade da prestação jurisdicional e, porque não dizer, o princípio da dignidade da pessoa humana, seriamente ameaçado no caso concreto<sup>94</sup>.

Como visto, diante das específicas circunstâncias do caso concreto, verificou-se que os princípios da dignidade da pessoa humana e da efetividade da tutela jurisdicional prevalecem sobre a sistemática dos precatórios.

---

<sup>94</sup> BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região, AG 2002.04.01.042525-9, 5ª Turma, v. un., relator desembargador federal Paulo Afonso Brum Vaz, *DJU* de 19 mar. 2003.

Não defendemos, em hipótese alguma, o fim da segurança jurídica ou o direito alternativo, pois consideramos a segurança um princípio basilar de qualquer Estado Democrático de Direito. Contudo, precisamos estar atentos a esses casos específicos<sup>95</sup> em que as circunstâncias clamam por uma ponderação e uma predominância da dignidade da pessoa humana e de todos esses direitos fundamentais que realizam a justiça no caso concreto.

Medidas como essas não podem ser tomadas como regra geral, pois, como se sabe, a própria concessão da antecipação dos efeitos

---

<sup>95</sup> Outro julgado interessante para o estudo, apesar de não tratar da antecipação de tutela: “CREDOR PORTADOR DE MOLÉSTIA GRAVE E DE PROGNÓSTICO SOMBRIO. CONFLITO DE PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS. SISTEMÁTICA DE PRECATÓRIO. EFETIVIDADE DA TUTELA JURISDICIONAL E DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. PREPONDERÂNCIA DESTES. EXECUÇÃO DIRETA QUE SE IMPÕE. A sistemática de precatórios pode ser considerada como autêntico princípio constitucional apto a reger situações nas quais a Fazenda Pública está obrigada a adimplir obrigação imposta por título executivo judicial, mediante gozo do privilégio da execução indireta. Evidencia-se a existência de zonas de tensão entre princípios que encontram abrigo constitucional quando se chocam as sistemáticas do precatório e a imposição de efetividade da tutela jurisdicional, de respeito à dignidade da pessoa humana e ao direito à vida, que se vêem ameaçados vulneração pela tardança no pagamento ao credor que experimenta deterioração de seu estado de saúde em razão da moléstia grave e de prognóstico sombrio. Nesses casos, têm lugar os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, ‘que impõem ao juiz ponderar os interesses em conflito, para adotar a solução mais justa e adequada ao caso concreto’, harmonizando e integrando-os, ainda que estabelecendo preponderância de uns em relação a outros, ‘mas sempre buscando a paz social e a preservação dos direitos e garantias constitucionais’. A regra do precatório não é absoluta, impondo a razoabilidade que prepondera, em razão do maior vulto que assumem, os princípios da efetividade da tutela jurisdicional, da dignidade da pessoa humana e do direito à vida. Os trajetos percorridos nos campos do Direitos não estão balizados apenas por lei. Ausência desta não significa carência de plausibilidade jurídica. Execução direta determinada” (BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 13ª Região, Agravo de Petição n. 00265.1998.012.13.00-0, relator juiz Carlos Coelho de Miranda Freire, *DJ* de 10 ago. 2005. Veja-se, ainda, no mesmo sentido: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, AgRg no REsp n. 397.275/SP, relator ministro Francisco Falcão, *DJU* de 2 dez. 2002; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, REsp n. 447.668/MA, relator ministro Felix Fischer, *DJU* de 4 nov. 2002; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, REsp n. 409172, relator ministro Felix Fischer, *DJU* de 29 abr. 2002).

da tutela já requer uma situação de urgência, de excepcionalidade. Nesses casos, a ponderação das normas constitucionais, por meio do princípio da proporcionalidade, deve privilegiar o bem maior que é, sem dúvida, a vida.

Outro caso que se encaixa perfeitamente na argumentação desenvolvida neste artigo é o REsp n. 275.649/SP, julgado no Superior Tribunal de Justiça.

Prudente é o entendimento do STJ, segundo o qual a Lei n. 9.494/1997 (artigo 1º) deve ser interpretada de forma restritiva, não cabendo sua aplicação em hipóteses excepcionais, sendo de se impor a antecipação da tutela nos casos em que houver risco à vida e, em última análise, à dignidade da pessoa humana. Veja-se a ementa:

PROCESSUAL CIVIL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO – TRANSPLANTE DE RIM MALSUCEDIDO – TUTELA ANTECIPADA – APELAÇÃO RECEBIDA EM AMBOS OS EFEITOS – EXCEPCIONALIDADE DOS EFEITOS DA ANTECIPAÇÃO PARA GARANTIR PAGAMENTO DE PENSÃO INDISPENSÁVEL À SOBREVIVÊNCIA DO APELADO – INAPLICABILIDADE, NO CASO, DO ARTIGO 1º DA LEI N. 9.494 DE 1997. A Lei n. 9.494/1997 (artigo 1º) deve ser interpretada de forma restritiva, não cabendo sua aplicação em hipótese especialíssima, na qual resta caracterizado o estado de necessidade e a exigência de preservação da vida humana, sendo de se impor a antecipação da tutela, no caso, para garantir ao apelado o tratamento necessário à sua sobrevivência. Decisão consonante com precedentes jurisprudenciais do STJ. Recurso improvido (STJ. REsp n. 275.649/SP. Primeira Turma. Relator ministro Garcia Vieira. DJU de 17 set. 2001).

O caso é interessante e merece atenção, pois demonstra bem o que vimos defendendo durante todo este estudo. O autor da ação submeteu-se a um transplante de rim nas dependências do Hospital das Clínicas da UNICAMP. Posteriormente, apresentou quadro febril e ficou constatado pela equipe médica que, em decorrência do transplante, havia contraído a Doença de Chagas.

Desse modo, tendo o rim transplantado perdido sua função, foi retirado, retornando o paciente a utilizar-se do processo de hemodiálise, desta feita já portador do Mal de Chagas.

Inconformado com a ocorrência de tais fatos, sobretudo por saber o hospital que o cadáver doador era portador da moléstia de Chagas, ingressou com ação indenizatória contra a universidade, postulando o pagamento de pensão, que foi deferido em todas as instâncias, inclusive em sede de antecipação de tutela.

O ministro relator, em seu voto, asseverou que se estava diante de um daqueles casos excepcionais em que se permite a antecipação de tutela contra a Fazenda Pública.

Vale a pena transcrever parcialmente as razões contidas no seu voto:

No caso em exame [...] se trata de [...] antecipação de tutela em caso especialíssimo de estado de necessidade e de preservação da vida humana, concedida em procedimento ordinário com toda a possibilidade de ser acolhido pelo Judiciário e a antecipação de tutela visa garantir ao agravado o tratamento necessário a sua sobrevivência. Ou se concede a antecipação ou a sentença final pode ser inócua e o recorrido perder a vida em decorrência de doença por ele adquirida no transplante de rim. Não haverá para a requerente prejuízo de monta e irreparável, mas, para o agravado o prejuízo será por certo irreparável. O artigo 100 da Constituição não impede a execução provisória, porque nele são excepcionados os créditos de natureza alimentícia.

Se o autor depende da importância referente a antecipação da tutela para sobrevivência, cabe a execução provisória, minha conclusão é a de que estamos diante de um caso típico da concessão de tutela antecipada, porque existe prova inequívoca do dano sofrido pelo agravado e a relação de causalidade entre este e o ato danoso praticado pelos agentes públicos e existem elementos mais do que suficientes para convencer o julgador da verossimilhança das alegações do autor. Também é inegável haver o fundamento do receio de que,

se o recorrido não continuar a receber os 10 (dez) salários mínimos, não terá como continuar o tratamento e sem este ele poderá perder a vida e o dano será irreparável. De nada adiantará a procedência, a final da ação. É, para a ré, insignificante a importância a ser paga mensalmente ao autor, não havendo o perigo da irreversibilidade do provimento antecipado<sup>96</sup>.

Em síntese, é notável que os dispositivos que restringem a concessão de liminares contra o Poder Público, apesar de terem sua constitucionalidade confirmada, por motivos de integridade do interesse público, devem dar espaço à efetividade do processo em casos concretos, quando essas restrições representarem óbices ao livre acesso à ordem jurídica justa.

Os direitos fundamentais dos litigantes, citados e discutidos no capítulo anterior, sem dúvida, representam um papel fundamental nesses casos excepcionais, que exigem atenção e sensibilidade do magistrado para decidir.

Ademais, a matéria discutida no presente capítulo serve de substrato para a fundamentação das decisões judiciais, pois, como ensina Didier Júnior:

O magistrado tem necessariamente que dizer por que entendeu presentes ou ausentes os pressupostos para a concessão ou denegação da tutela antecipada; tem que dizer de que modo as provas confirmam os fatos alegados pelo autor. [...] Em outras palavras, o julgador tem que ingressar no exame da situação concreta posta à sua decisão, e não limitar-se a repetir os termos da lei, sem dar as razões do seu convencimento<sup>97</sup>.

Toda a discussão aqui travada visa, pois, conceder subsídios argumentativos aos magistrados para que possam analisar esses casos

---

<sup>96</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, REsp 275.649/SP, voto do ministro Garcia Vieira, *DJU* de 17 set. 2001.

<sup>97</sup> DIDIER JÚNIOR, 2007, p. 236.

difíceis com mais sobriedade e sensibilidade, sem ficar no legalismo extremo e sem decidir ao arrepio da lei, dando o merecido destaque à efetividade da tutela jurisdicional e aos direitos fundamentais.

Diante de todo o exposto, percebe-se claramente a necessidade de se debruçar sobre o tema, com um amplo diálogo entre processualistas e constitucionalistas.

#### **4 Considerações finais**

Diante de todas as idéias aqui desenvolvidas, algumas conclusões podem ser compendiadas.

A Fazenda Pública necessita de prerrogativas processuais por estar tutelando o interesse público nas lides judiciais, porém essas prerrogativas encontram limites na isonomia material e nos direitos e garantias constitucionais.

O direito processual civil contemporâneo procura medidas que venham a prestigiar a efetividade da prestação da tutela jurisdicional, pois, caso contrário, o processo torna-se inócuo.

Nessa perspectiva, vem a lume o instituto da tutela antecipada, para garantir a efetividade do processo naqueles casos excepcionais em que a urgência do pedido não comporta dilações indevidas, sob pena de dano irreparável para a parte que tiver uma posição jurídica de vantagem. É uma verdadeira garantia de acesso a uma ordem jurídica justa.

Ademais, infere-se que, apesar das restrições legais, é plenamente admissível a tutela antecipada em face da Fazenda Pública. Os tribunais, como visto, adotam a exegese de que é legal, desde que atendidos os pressupostos processuais específicos, a concessão de tutela antecipada em desfavor da Fazenda Pública.

Em virtude das restrições à concessão de antecipação de tutela contra o Poder Público contidas na Lei n. 9.494/1997, excetuadas as hipóteses de vedação legal, os casos não alcançados pela lei são passíveis de concessão da tutela. E mesmo diante da decisão pela constitucionalidade da referida lei, nada impede o exame judicial em cada caso concreto de constitucionalidade da aplicação da norma proibitiva. Isso porque a incorporação da tutela antecipada no nosso sistema processual indica uma opção do legislador em prestigiar a efetividade da prestação jurisdicional diante da segurança jurídica, nos casos excepcionais já mencionados.

De outra banda, a sistemática dos precatórios não é absoluta, impondo a proporcionalidade que prepondere, em razão da maior relevância que assumem, os princípios da efetividade da tutela jurisdicional, da dignidade da pessoa humana e do direito à vida.

Esses direitos fundamentais dos litigantes, tais como a inafastabilidade, o devido processo legal, a tempestividade da tutela jurisdicional e a dignidade da pessoa humana, garantem aos particulares que devem ser usados todos os instrumentos jurídicos necessários conducentes à efetividade na entrega da prestação jurisdicional.

Assim, mesmo diante das restrições, nas hipóteses especialíssimas, em que ficam caracterizados o estado de necessidade e a exigência de preservação da vida humana, resta plenamente cabível a tutela antecipada contra o Poder Público, além de outras medidas que venham a assegurar o bem da vida pleiteado e provado em juízo.

O Estado não pode, por ter receio de sua justiça, torná-la praticamente inefetiva e ineficaz quando a pretensão é dirigida contra ele, criando quase uma imunização ao Poder Judiciário.

Mostra-se, outrossim, de suma importância na solução desses embates judiciais, a utilização da técnica da ponderação e da pro-

porcionalidade, para que se sopesem os diferentes valores e normas em conflito e se faça a opção pelo de maior peso, sem, no entanto, anular completamente o outro.

Esses chamados *hard cases* merecem atenção diferenciada dos julgadores, que podem utilizar-se das técnicas descritas para fundamentar de forma satisfatória as suas decisões.

Como dito, em virtude da impossibilidade de o legislador prever todas as possibilidades de situações passíveis de gerar efeitos jurídicos, é mais prudente estabelecer princípios gerais, que permitam adaptações necessárias aos mais variados casos que surgem diuturnamente.

Assim sendo, como os julgadores não podem decidir ao seu bel-prazer as questões que lhe são submetidas, emerge para eles o ônus de bem argumentar, especialmente nos casos em que a solução de um determinado problema não se encontra previamente estabelecida pelo ordenamento. O fundamento de legitimidade da atuação do Poder Judiciário passa para o processo argumentativo, devendo o intérprete demonstrar claramente que a solução proposta é a que mais adequadamente realiza a vontade constitucional.

Diante dessa necessidade de bem argumentar, infere-se a primordial utilidade dos princípios aqui explanados, especialmente no capítulo 3, como fundamento de legitimidade para o Judiciário poder decidir corretamente nesses casos difíceis.

A ponderação, a proporcionalidade, a dignidade da pessoa humana, a razoabilidade, o direito à vida, o bom senso, enfim, todos esses são recursos dos quais se pode utilizar o julgador para argumentar e bem fundamentar sua decisão, quando se depara com um desses casos que não são tão facilmente resolvidos pelas regras positivadas na legislação.

A discussão chamada de pós-positivismo, sobre as regras e os

princípios, veio para revolucionar a aplicação do direito, trazendo soluções mais racionais e razoáveis para os casos difíceis e, ainda, valorizando a materialidade do direito, não apenas seu formalismo. Busca-se uma reaproximação entre direito e moral.

Desse modo, o juiz, ao decidir um caso difícil, estará limitado pelos princípios, que condensam os valores norteadores do ordenamento jurídico, condicionam a atividade do intérprete e, na medida do possível, dão unidade ao sistema jurídico.

Isso nos leva a crer que o magistrado não deve pautar-se no legalismo extremo nem no jusnaturalismo e muito menos no direito alternativo. Deve, contudo, estar atento aos valores humanos, às prementes necessidades de cada um, afinal o direito busca pacificar satisfatoriamente os conflitos intersubjetivos, independentemente de quem sejam as partes.

Das teses aqui defendidas conclui-se que há possibilidade de fugir daquele dilema em que a lei se dissocia da justiça, e o magistrado ou fica preso na lei ou desvia-se dela e decide com justiça.

Com a defesa dos direitos fundamentais e da ponderação, pode-se dar efetividade ao processo, como instrumento de acesso a uma ordem jurídica justa, trazendo pacificação com justiça, no contexto de um Estado de Direito, onde vige o Império da Lei.

## **Referências**

ALBUQUERQUE, Eduardo Henrique Videres de. A Emenda 45 e o direito à duração razoável do processo. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 13ª Região*, n. 13, p. 180-197, 2005.

ALEXY, Robert. Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no estado de direito democrático. *Revista de Direito Administrativo*, n. 217, p. 67-79, 1999.

ALVIM, J. E. Carreira. *Tutela antecipada na reforma processual*. Curitiba: Juruá, 1999.

ANDRIGHI, Fátima Nancy. *Palestra proferida no CEPAD*. Hotel Glória, Rio de Janeiro, 3 de junho de 2005. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br>>. Acesso em: 14 abr. 2006.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2005.

BARBOSA, Rui. *Comentários à Constituição Federal brasileira*. São Paulo: Saraiva & Cia., 1934. v. 6.

BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito constitucional. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, n. 23, p. 65-78, 1998.

———. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernismo, teoria crítica e pós-positivismo). In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

———; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

BENUCCI, Renato Luís. *Antecipação da tutela em face da Fazenda Pública*. São Paulo: Dialética, 2001.

BERARDI, Luciana Andréa Accorsi. Interpretação constitucional e o princípio do devido processo legal. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 54, p. 210-276, 2006.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2006.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Liminar em mandado de segurança: um tema com variações*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

———. *O poder público em juízo*. São Paulo: Saraiva, 2003.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 1998.

CONTE, Francesco. A Fazenda Pública e a antecipação jurisdicional da tutela. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 718, ago. 1995.

CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *A Fazenda Pública em juízo*. São Paulo: Dialética, 2003.

DELGADO, José Augusto. Reforma do Poder Judiciário: art. 5º, LXXVIII, da CF. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Reforma do Judiciário: primeiros ensaios críticos sobre a EC n. 45/2004*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 355-371.

DIDIER JÚNIOR, Fredie et al. *Curso de direito processual civil*. Salvador: JusPodivm, 2007. v. 2.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. v. 1.

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

———. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 1991.

FRANCIULLI NETTO, Domingos. *Notas sobre o precatório na execução contra a Fazenda Pública*. Palestra proferida no auditório da Associação dos Advogados de São Paulo em 29.4.1999. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br>>. Acesso em: 15 abr. 2006.

FRIAS, J. E. S. Tutela antecipada em face da Fazenda Pública. *Revista dos Tribunais*, n. 728, p. 60-79, 1996.

FUX, Luiz. O novo microsistema legislativo das liminares contra o Poder Público. *Revista de Direito Renovar*, Rio de Janeiro, n. 29, p. 13-32, maio/ago. 2004.

GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Teoria geral do processo*. São Paulo: Malheiros, 2005.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. Princípio da proporcionalidade e devido processo legal. In: SILVA, Virgílio Afonso da (Org.). *Interpretação constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2005a.

\_\_\_\_\_. *Processo constitucional e direitos fundamentais*. São Paulo: RCS, 2005b.

HARTMANN, Denise. Comentários ao princípio constitucional do prazo razoável do processo. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 996, 24 mar. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8152>>. Acesso em: 15 abr. 2006.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Coimbra: Arménio Amado, 1979.

MARINONI, Luiz Guilherme. *A antecipação da tutela*. São Paulo: Malheiros, 1998.

\_\_\_\_\_; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2003.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2003.

\_\_\_\_\_. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. São Paulo: Malheiros, 2005.

MESQUITA, Eduardo Melo de. *O princípio da proporcionalidade e as tutelas de urgência*. Curitiba: Juruá, 2006.

PONTES DE MIRANDA, F. C. *Comentários à Constituição de 1967*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968. t. 5.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social*. São Paulo: Martin Claret, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SCHEER, Milene de Alcântara Martins. A dimensão objetiva do direito fundamental ao acesso à justiça e a efetividade da norma constitucional. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 54, p. 276-292, 2006.

SCHIER, P. R. *Filragem constitucional*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 2004.

———. A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia. *Revista de Direito Administrativo*, n. 212, p. 89-95, 1998.

SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 798, p. 23-50, 2002.

———. Interpretação constitucional e sincretismo metodológico. In: SILVA, Virgílio Afonso da (Org.). *Interpretação constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2005.

TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2003.

VAZ, Paulo Afonso Brum. *Tutela antecipada na seguridade social*. São Paulo: LTr, 2003.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação de tutela*. São Paulo: Saraiva, 1997.

———. Antecipação da tutela e colisão de direitos fundamentais. *Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região*, v. 7, n. 3, p. 15-32, jul./set. 1995.