

Revista de Informação Legislativa

Brasília • ano 36 • nº 143

julho/setembro – 1999

Subsecretaria de Edições Técnicas do Senado Federal

A tutela recursal nas ações tributárias

Mauro Roberto Gomes de Mattos

Sumário

1. Intróito. 2. Da legitimidade da tutela recursal. 3. Do entendimento doutrinário. 4. Conclusão.

1. Intróito

A Constituição Federal, no seu art. 5º, inc. XXXV, elencou como direito fundamental o acesso ao Poder Judiciário, não podendo nem a lei impedir a apreciação de ameaça ou lesão de direito do particular, sendo que o conceito de acesso à justiça vem sofrendo transformação diária¹ no intuito de espelhar os anseios de uma sociedade, que clama por um desfecho rápido e eficaz das suas contendas jurídicas. Em especial, quando esses direitos são cobrados do próprio Estado, que, como arrecadador de tributos, vem demonstrando, no curso dos anos, um grande apetite fiscal, não se importando com as formalidades legais de algumas exações, baixando-as sob o manto da necessidade de um aumento de arrecadação, mesmo que tal imposição agrida a Lei Fundamental.

A tutela judicial efetiva, sem dilações indevidas, é colocada à disposição para os que possuem um juízo de probabilidade, em que a verossimilhança se afigura de plano como inequívoca.

O tempo deixou de ser o verdugo do detentor do bom direito, em virtude de existirem ferramentas processuais modernas, que encurtam o caminho da “via crucis” da nor-

mal sobrecarregada tramitação de uma ação judicial.

Em realidade, o direito a uma prestação jurisdicional célere e adequada aos anseios de quem procura a proteção do Poder Judiciário passou a ser a grande solução para os “sofridos” litigantes contra o Estado.

E esse fenômeno não se restringe só ao solo nacional, podendo-se averbar as palavras de Mauro Cappelletti e Bryant Garth², como exemplo robusto:

“En realidad, el derecho a un acceso efectivo se reconoce cada vez más como un derecho de importancia primordial entre los nuevos derechos individuales y sociales, ya que la posesión de derechos carece de sentido si no existen mecanismos para su aplicación efectiva. El acceso efectivo a la justicia se puede considerar, entonces, como el requisito más básico – el ‘derecho humano’, más fundamental – en un sistema legal igualitário moderno, que pretenda garantizar y no solamente proclamar los derechos de todos.”

Pois bem, o legislador brasileiro atento à evolução dos tempos, e em submissão ao art. 5º, XXXV, da CF, baixou a Lei nº 8.952, de 13/12/94, que reformou alguns dos artigos do CPC, em especial o art. 273, que, de forma clara e objetiva, permite que o julgador, a requerimento da parte, antecipe total ou parcialmente os efeitos da tutela pretendida no pedido contido na exordial, desde que exista prova inequívoca da verossimilhança da alegação.

Sobre a antecipação de tutela pelo Juízo singular, temos grandes estudos de ilustres e renomados mestres, sendo despidendo ao enfoque que pretendemos imprimir no contexto *sub examem* debruçarmos na valiosa doutrina sobre a antecipação de tutela, a que alude o art. 273 do CPC.

Para objetivar o presente estudo, focaremos os casos em que a parte se vê desprovida, após o julgamento do mérito da *quaestio*, da antecipação de tutela na primeira instân-

cia, mesmo possuindo prova inequívoca da verossimilhança do alegado. Exemplo claro do que acabamos de afirmar são os casos em que a parte optou pela ação ordinária para discutir determinado direito material tributário, ingressando incidentalmente com competente medida cautelar para obter o direito a uma determinada compensação de tributos, e o Juiz, após deferir a liminar, julga improcedente a medida cautelar e procedente em parte a ação ordinária, limitando o montante a ser compensado em 30%, em consonância com as Leis nºs 9.032/95 e 9.129/95, que introduziram nova redação ao art. 89 da Lei nºs 8.212/91.

Ou, em outra hipótese, determinado Juiz defere a antecipação de tutela requerida na ação principal e, *a posteriori*, com a mudança ou substituição de magistrado, outro julga improcedente a ação, revogando a tutela anteriormente deferida. Essas e outras questões são intrigantes e serão debatidas nos tópicos seguintes, pois a parte que teve o agasalho do Judiciário não pode ficar ao talante da sua própria sorte, padecendo perante as “garras” do fisco.

Nessa moldura, surge a necessidade do deferimento da tutela recursal, pois a parte não possui oxigenação para aguardar o esgotamento de toda a tramitação processual.

2. Da legitimidade da tutela recursal

Como visto no tópico inaugural, a parte que possuía antecipação de tutela ou liminar em medida cautelar, sendo revogada *a posteriori* em decorrência dos exemplos já discorridos, mesmo sendo detentora de um direito legitimamente reconhecido pelas Cortes Revisoras, não é justo que seja compelida a aguardar o tempo de processamento e julgamento de um recurso.

Por outro flanco, também não se afigura como correto negar a prestação jurisdicional na primeira instância para pleitos em que se discute direito material norteado de um cristalino juízo de plausibilidade.

As reflexões *sub oculis* são desenvolvidas para enaltecer e demonstrar o cabimento da

antecipação de tutela prevista no art. 273 do CPC no âmbito do processamento dos processos tributários em segundo grau de jurisdição, sendo certo que, não só nos casos narrados inerentes à competência recursal, ou derivada (agravo de instrumento, apelação, etc.), como também nos processos de competência originária das Cortes (ação rescisória, mandado de segurança, etc.), é lícito o deferimento da antecipação de tutela.

Esse salutar princípio vem de encontro ao atual anseio da nova ordem processual, que gira na órbita de uma cognição sumária e eficaz, com a efetividade da jurisdição.

O ilustre professor paulista Roberto Armelin, aplaudindo a inovação ocorrida no CPC, cita passagem expressiva do ilustre Teori Alberto Zavascki³, para quem:

“... O dever imposto ao indivíduo de submeter-se obrigatoriamente à jurisdição estatal não pode representar um castigo. Pelo contrário: deve ter como contrapartida necessária o dever do Estado de garantir a utilidade da sentença, a aptidão dela de garantir, em caso de vitória, a efetiva e prática concretização da tutela.”

E, mais a frente, completa⁴:

“O direito fundamental à efetividade do processo – que denomina, também, genericamente, direito de acesso à justiça ou direito à ordem jurídica justa – compreende, em suma, não apenas o direito de provocar a atuação do Estado, mas também e principalmente em obter, em prazo adequado, uma decisão justa e com potencial de atuar eficazmente no plano dos fatos.”

In casu, o art. 273 do CPC permite a antecipação de tutela, sendo que o art. 527, II, do mesmo estatuto processual confere ao tribunal a faculdade de atribuir efeito suspensivo ativo ao recurso de agravo de instrumento.

A doutrina⁵ e a jurisprudência dominante entendem que o inc. II do art. 527 do CPC

não possui o condão de abranger todas as hipóteses em que a parte demonstra o risco de dano de difícil reparação, levando a concluir, portanto, que o art. 558 do CPC permite que o Relator atribua efeito suspensivo a decisão *a quo*.

Todavia, se a aludida decisão recorrida for negativa, não teria efeito algum tal recomendação, visto que não há como se suspender o que já é suspenso desde a sua raiz. Ou, trocando em miúdos, da decisão que indefere determinada recomposição tributária, não há que se suspender tais efeitos. Apenas para se evitar prejuízos graves e de difícil reparação para o contribuinte, visto que a repetição de indébito é um caminho árduo, é que a nova ordem processual permite o chamado efeito suspensivo ativo, no qual o relator possui a faculdade de antecipar a tutela recursal pretendida pela parte.

3. Do entendimento doutrinário

Assim, a doutrina e a jurisprudência já pacificaram o entendimento de que a tutela antecipada pode também ser perseguida em sede recursal, caso não tenha sido deferida em primeiro grau de jurisdição, desde que atendidos os requisitos do art. 273 do Código de Processo Civil.

O eminente Desembargador Federal Carreira alvim⁶, expoente do Direito Processual Civil pátrio, disserta com rara sensibilidade e clareza acerca da possibilidade, ou mesmo da necessidade, de obtenção da tutela antecipatória na seara recursal, *verbis*:

“Como o recurso é um direito subjetivo público processual, através do qual se objetiva um novo julgamento do que prolatou a decisão recorrida, a doutrina acolhe sem alarde a antecipação da tutela também no tribunal.

(...)

Se a sentença é de procedência da demanda, com recurso de efeito meramente devolutivo, pode o réu, na apelação, postular do relator que suspenda o cumprimento da decisão (art. 588, parágrafo único), até o julgamento do

recurso pelo tribunal. *Isso fundado num juízo de ‘probabilidade’, contra a ‘certeza’ afirmada na sentença recorrida. Por que não poderia o autor, se vencedor da causa, e havendo recurso de efeito suspensivo, ter o direito análogo de tornar executível, desde logo, a sentença? Em tal hipótese, a ‘probabilidade’ viria em reforço da certeza.*

(...)

O que não se pode afastar de todo é a possibilidade, em tese, de a parte vitoriosa em primeiro grau buscar, no segundo grau, o gozo imediato do direito reconhecido na sentença, num processo que tinha tudo para que a tutela fosse antecipada mas não foi.” (g.n.)

No mesmo sentido leciona o sempre brilhante Luiz Fux, em sua obra “Tutela de Segurança e Tutela de Evidência (Fundamentos da Tutela Antecipada)”, para quem *a tutela antecipada “pode ser requerida ao órgão superior, caso o ofício jurisdicional de primeiro grau não mais permita ao juiz intervir no processo. Afinal, as expressões ‘juiz’ e ‘final julgamento’ também pertinem ao tribunal”*⁷.

Não é justo que a parte, detentora de um direito legitimamente reconhecido, seja compelida a aguardar o tempo de processamento e julgamento de um recurso, já que, segundo adverte o mestre Luiz Guilherme Marinoni, o Poder Judiciário “tem o grave compromisso de atender ao direito constitucional de todo cidadão a uma resposta jurisdicional tempestiva”⁸.

Por fim, ressalta Teori Albino Zavascki, com muita propriedade, em laborioso estudo denominado “Antecipação de Tutela e Colisão de Direitos Fundamentais”⁹:

“Se a única maneira de afastar o perigo de dano ao direito é a sua satisfação antecipada, a solução que o novo sistema oferece é o pedido de antecipação, que, igualmente, será dirigido ao tribunal e será apreciado pelo órgão competente para o julgamento do recurso, ou pelo relator, conforme dispuser o regimento interno. A con-

cessão da medida dependerá do atendimento das exigências do art. 237: risco iminente de perecimento ou dano ao direito, prova inequívoca e verossimilhança da alegação.”

As exigências do art. 273 do CPC deverão se afigurar cristalinas, visto que o requerimento da antecipação dos efeitos da tutela está respaldado em juízo da probabilidade (análise da verossimilhança do direito).

Por fim, Roberto Armelin, arremata¹⁰:

“Em face de tudo aqui exposto, acreditamos que o instituto da antecipação de tutela tem cabimento em segundo grau de jurisdição, seja no processamento do agravo de instrumento, seja de apelação, seja de ação rescisória, desde que presentes os requisitos legais exigidos pelo art. 273 do CPC.”

Como visto, a doutrina citada ratifica a legalidade do deferimento da tutela recursal.

4. Conclusão

A tutela recursal tributária se afigura como plenamente cabível não só pelo plano processual, como, e sobretudo, pelo fato de o contribuinte sofrer sobrecarga tributária insuportável, não sendo satisfativo o deferimento em *sumaria cognitio* do pleito; sendo certo que a acessibilidade ao Poder Judiciário a que alude o art. 5, XXXV, da CF, é aquela que se resume em uma plena e eficaz tutela, sem dilações indevidas.

O entendimento acima citado mereceu não só consagração na doutrina e jurisprudência pátria, como serviu para inspirar a Convenção Européia dos Direitos do Homem, que dispõe, no seu art. 6º, que: “qualquer pessoa tem direito a que sua causa seja examinada, equitativa e publicamente, num prazo razoável por um Tribunal independente e imparcial (...).”

Dessa forma, a eficácia da tutela jurisdicional não se compadece com um mero direito de acesso aos Tribunais, ou a ga-

rantia da igualdade entre as partes e imparcialidade na decisão, pois essa demora se traduz, afinal, numa mera declaração de princípios, sem conseqüências de fato no nível da esfera jurídica do particular ou da situação desprotegida. Tem-se, portanto, que a tutela jurisdicional em tempo útil significa que a sentença que vier a ser proferida possa efetivamente servir às pretensões de quem a requerer.

Notas

¹ Cf. Mauro Cappelletti e Bryant Garth, “El acceso a la justicia, la tendencia en el movimiento mundial para hacer efectivos los derechos”, ed. Fondo de Cultura Económica, México, 1ª ed., 1996, pág. 11.

² Ob. cit., pág. 12/13.

³ “Antecipação da tutela e colisão de direitos fundamentais”, in *Rev. do Advogado*, 1995, São Paulo, Associação dos Advogados de São Paulo, nº 46, pág. 29.

⁴ Cf. Antecipação, cit., pág. 29.

⁵ Roberto Armelino, “Notas Sobre a Antecipação de Tutela em Segundo Grau de Jurisdição”, in “Aspectos Polêmicos da Antecipação de Tutela”, coordenado por Teresa Arruda Alvim Wambier, ed. RT, 1997, pág. 445.

⁶ In “Tutela Antecipada na Reforma Processual”, Ed. Destaque, pp. 58 e 60.

⁷ Ed. Saraiva, p. 355.

⁸ In “Tutela Antecipatória, Julgamento Antecipado e Execução Imediata da Sentença. Ed. RT, p. 181.

⁹ *Revista do Advogado*, nº 46, p. 33.

¹⁰ Art. cit. ant., pág. 454.