Estado do Rio Grande do Sul
Procuradoria-Geral do Estado

ISSN 0101-1480

Revista da PGE

Procuradoria-Geral do Estado RS

v. 29 n. 61
janeiro/junho 2005

REVISTA DA PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO

Publicação da Procuradoria de Informação, Documentação e Aperfeiçoamento Profissional

ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

ISSN 0101-1480

RPGE	PORTO ALEGRE/RS	v. 29	n. 61	p. 1-264	jan./jun. 2005

revista pge - 61 - 2006.pmd 1 26/10/2006, 16:16

Revista da Procuradoria-Geral do Estado / Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul. – Vol. 9, n. 24 (1979) – . – Porto Alegre: Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul, 1979 –
v.; 21 cm.
Semestral.

Continuação da: Revista da Consultoria-Geral do Estado, v.1-9, n 1 - 23 (1971-1979).

ISSN 0101-1480

Catalogação na publicação: Biblioteca da PGE/PIDAP

Todos os direitos são reservados. Qualquer parte desta publicação pode ser reproduzida desde que citada a fonte, sendo proibida as reproduções para fins comerciais.

Os artigos publicados nesta revista são de exclusiva responsabilidade de seus autores e não representam necessariamente a posição desta Procuradoria-Geral.

Procuradoria-Geral do Estado do RS
Av. Borges de Medeiros, 1501 – 13. Andar
90119-900 Porto Alegre/RS
Fone/Fax: (51) 3288.1656 – 3288.1652
E-mail: conselho-editorial@pge.rs.gov.br
Site: http://www.pge.rs.gov.br

Pede-se permuta
Piedese canje
We ask exchange
On demande échange
Wir bitten um autausch
Si richiede lo scambio

Impresso no Brasil

GERMANO RIGOTTO
Governador do Estado

ANTÔNIO HOHLFELDT
Vice-Governador do Estado

HELENA MARIA SILVA COELHO
Procuradora-Geral do Estado

JOSÉ CALVINO PIRES MAIA
Procurador-Geral Adjunto para Assuntos Administrativos

TELMO LEMOS FILHO
Procurador-Geral Adjunto para Assuntos Jurídicos

EUZÉBIO FERNANDO RUSCHEL
Procurador-Geral Adjunto para Assuntos Institucionais

LUIZ FELIPE TARGA
Corregedor-Geral da PGE

MÁRCIA PEREIRA AZÁRIO
Coordenadora da Procuradoria de Informação,
Documentação e Aperfeiçoamento Profissional

CONSELHO EDITORIAL

Helena Maria Silva Coelho
(Presidente)
Carla Maria Petersen Herrlein
Gabriel Pithan Daudt
Manoel André da Rocha
Márcia Pereira Azário
Márcia Regina Lusa Cadore Weber
Ricardo Seibel de Freitas Lima

EQUIPE TÉCNICA
(Execução, revisão e distribuição)

Maria Carla Ferreira Garcia
Secretária-Executiva

Editoração, impressão e acabamento:

Fone: (51) 3245-7222 - www.calabria.com.br

SUMÁRIO

EDITORIAL. 07

DOUTRINA

Coisa Julgada Inconstitucional
Adriana Wüst Gonçalves. 09

A Pessoa Jurídica de Direito Público na Ação Popular
Ernesto Diel. 37

Tutela de Urgência em Ação Civil Pública para Defesa do Meio Ambiente
Katia Dal Moro 65

Particularidades de la valoracion de los medios probatorios producidos en procesos colectivos
Jorge W. Peyrano 89

Breves Considerações sobre os Fundamentos da Substituição Ou Emenda da CDA na Execução Fiscal
Ernesto José Toniolo 97

Efetividade do Processo Executivo Fiscal
Jucilene Cardoso Pereira. 111

O Direito Adquirido e o Direito Intertemporal a partir do Debate entre Roubier e Gabba
Anderson V. Teixeira 135

Impossibilidade de Aplicação da Multa Prevista nos arts. 461 e 461A do CPC contra a Fazenda Pública
Janaína Barbier Gonçalves 161

Eficácia Preclusiva do Julgamento da Exceção de Pré-Executividade
Raquel Filomena Gonçalves Lemos 193

TRABALHOS FORENSES

Reclamação
L. S. T. 239

PARECERES

Parecer 13968
Luís Carlos Kothe Hagemann 249

Parecer TCE 22/2005
Aderbal Torres de Amorim 258

EDITORIAL

É com imensa satisfação que apresento à comunidade jurídica a presente Revista da PGE, volume 61.

O volume destaca temas afetos ao Processo Civil, ramo do direito que tem sido foco de inúmeros debates e substantivas alterações legislativas para propiciar maior celeridade processual na resolução dos conflitos intersubjetivos.

Com efeito, a partir das reformas elaboradas nos últimos anos no bojo do Código de Processo Civil, denota-se que tal instituto, em muitas situações, passou a prestigiar a celeridade processual em detrimento da segurança jurídica.

Cita-se, como exemplo, o fato da nova execução provisória admitir, inclusive, o levantamento da importância depositada independentemente de caução, quando o valor do crédito não superar 60 (sessenta) salários mínimo, estando o exeqüente em estado de necessidade.

De outro lado, destaca-se a importância do Processo Civil no âmbito da atuação dos Procuradores de Estado, uma vez que tal ramo do direito está intimamente relacionado com o desempenho das atribuições em todos os órgãos que compõem a Procuradoria-Geral do Estado.

Como se percebe, a edição de um volume da Revista da PGE voltado especificamente ao estudo do Processo Civil justifica-se diante das importantes inovações provocadas na sua legislação, bem como em decorrência da relevância da matéria no desempenho das atividades da Procuradoria-Geral do Estado.

Boa leitura a todos.

Helena Maria Silva Coelho,
Procuradora-Geral do Estado.

COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL

Adriana Wüst Gonçalves*

O presente estudo visa discutir, de forma crítica, o instituto da coisa julgada, tentando trazer questões novas sobre o assunto em confronto com os conceitos já firmados e adotados pelo nosso ordenamento, com o fito de encontrar soluções mais efetivas aos conflitos de interesses que nos são postos no dia a dia.

Propõe-se a elaborar um paralelo entre as diversas posições doutrinárias encontradas, com o intuito de nos posicionarmos sobre o tema em cada caso específico, mormente quando se tem o encontro de valores de igual relevância para o nosso ordenamento jurídico. Traremos, ainda, algumas idéias acerca das hipóteses já existentes relativo à coisa julgada inconstitucional, seja por meio de previsão legal, seja por meio de entendimentos jurisprudenciais já consolidados.

Espera-se, ao final deste trabalho, ter-se em mãos alguma contribuição, ainda que singela, ao estudo da coisa julgada, tema de importância fundamental hoje em nossas lides forenses e que, às vezes, não recebe o tratamento que merece.

1 COISA JULGADA

1.1. Conceito

O nosso Código de Processo Civil define a coisa julgada material, em seu art. 467, como sendo a eficácia que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário.

No anteprojeto do Código, definia-se a coisa julgada como "qualidade" da sentença, em adesão à teoria de Liebman. Porém, como na conversão em lei do projeto falou-se em "eficácia" da sentença, Egas Moniz de Aragão[1] entende que a teoria de Liebman foi repudiada pelo Código.

Certo ou não, não podemos ignorar que as idéias de Liebman acerca da coisa julgada ainda são dominantes entre nós, sem que possamos, assim, ignorá-las.

As discussões maiores acerca do tema, mormente no Direito Italiano, ficaram, então, por conta das teorias de LIEBMAN[2] e de CHIOVENDA[3]. Para o primeiro, a coisa julgada é *qualidade* dos efeitos da sentença; para o segun-

* Procuradora do Estado. Especialista em Direito Processual Civil e Constitucional.

[1] ARAGÃO, Egas Moniz de. *Sentença de Coisa Julgada.* 1992.

[2] LIEBMAN, Enrico Túlio. *Eficácia e Autoridade da Sentença.* 1962 .

[3] CHIOVENDA, Giuseppe. *Princiipi di Diritto Processuale.* 1926.

revista pge - 61 - 2006.pmd 9 26/10/2006, 16:16

do, a coisa julgada consiste na "indiscutibilidade da existência da vontade concreta da lei afirmada na sentença", teoria esta enfraquecida, segundo Liebman, pela explicação posterior de que o decurso dos prazos dos recursos torna definitiva a sentença e daí adviria a declaração da vontade da lei, que ela contém, em ser indiscutível e obrigatória para o juiz em qualquer processo futuro.

Para PONTES DE MIRANDA[4], a coisa julgada é eficácia declaratória da sentença que transitou, formalmente, em julgado e para BATISTA MARTINS[5], é efeito da sentença.

CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO[6], ao estudar o tema, faz a distinção entre a sentença proferida sem julgamento do mérito, na qual a imutabilidade é fenômeno puramente processual, inerente ao processo que se extingue e sem repercussões nas vidas das pessoas e, provavelmente, as partes ainda poderão voltar a juízo com o mesmo conflito a ser apreciado pelo juiz; e a sentença proferida com o julgamento do mérito, que projeta efeitos para fora do processo, em que não mais se questiona a sua preservação dentro do processo, mas se pretende preservar seus *efeitos*, de modo que aquele julgamento entre aquelas pessoas, daquela pretensão e por aquele fundamento fique para sempre imunizado, implantando-se uma situação de segurança aos litigantes. Essa estabilidade e imunização, nesse sentido amplo, chama-se, no dizer do aludido autor, coisa julgada e atinge, de acordo com cada caso, somente a sentença como ato processual ou ela própria e também seus efeitos.

No ponto atinente à natureza da coisa julgada, iniciamos com a visão de CELSO NEVES [7], segundo o qual a questão não é de caracterizar, ou não, uma presunção de verdade, uma ficção jurídica ou uma verdade formal, mas, sim, questionar se a coisa julgada é o próprio direito substantivo que existia antes do processo, transformando-o em indiscutível e suscetível de ser executado coativamente; ou se, ao contrário, é um outro direito, independente do anterior, nascido em função do processo e da sentença.

Vê-se que, no primeiro caso apontado pelo eminente autor, a coisa julgada, e ele próprio assim relata, se explica pelas mesmas razões pelas quais se explica o direito subjetivo, participando, inclusive, da natureza deste. Porém, na segunda hipótese, a *res iudicata* é um novo direito, de essência distinta, que não existia antes do processo e que exige uma justificativa particular.

Tais direções tomadas pela doutrina dividem aqueles que tratam a coisa julgada como um fenômeno que reflete e afeta a própria esfera do direito material, extraindo-se daí a chamada Teoria Substancialista; e aqueles que, diversamente, entendem que o fato pertence ao plano estrito do processo, sustentando, então, a chamada Teoria Processualista da coisa julgada.

Após discorrer o predito autor acerca da íntima relação que existe entre direito e processo, entre processo e a relação nele deduzida e entre os concei-

[4] MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil,* p. 444.
[5] MARTINS, Batista. *Comentários ao Código de Processo Civil.* p. 297.
[6] DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil.* 2001.
[7] NEVES, Celso. *Coisa Julgada Civil.* 1971.

revista pge - 61 - 2006.pmd 10 26/10/2006, 16:16

tos de jurisdição, ação e processo, conclui que a coisa julgada é fenômeno de natureza processual, com eficácia restrita ao processo, sem elementos de natureza material na sua configuração, porquanto ela se atém a sua função específica de eliminação da incerteza jurídica decorrente da controvérsia dos litigantes. Ela impede, por fim, que no plano processual, as conseqüências sejam outras que não as próprias do julgado proferido.

Assim, para NEVES, a coisa julgada *é o efeito da sentença definitiva sobre o mérito da causa que, pondo termo final à controvérsia, faz imutável e vinculativo, para as partes e para os órgãos jurisdicionais, o conteúdo declaratório da decisão judicial.*[8]

No entanto, o que importa abordar no presente trabalho acerca da natureza da coisa julgada, mormente quando se pretende estudar a coisa julgada inconstitucional, como é o caso, é outro tipo de enfoque, isto é, se se deve atribuir a ela e a seu regramento um caráter processual ou constitucional.

1.2 Garantia Constitucional – Princípio da Segurança Jurídica

O mais elevado grau de estabilidade das relações processuais e dos atos estatais é representado, hoje, pela coisa julgada. Não se trata, portanto, de imunizar a sentença como um ato processual, mas os efeitos que ela projeta para fora deste e atingem as relações jurídicas.

Diante disso, a coisa julgada material não pode ser encarada unicamente como instituto de direito processual, mas, sim, e principalmente, de direito constitucional, já que foi, inclusive, erigida ao grau de garantia constitucional.

Quando se fala na intangibilidade da coisa julgada não se pode ter em mente um tratamento jurídico inferior, de instituto regulado por lei ordinária, mas, ao contrário, impõe-se o reconhecimento da coisa julgada com a magnitude constitucional que lhe é própria. É ela elemento formador do Estado Democrático de Direito.[9]

SÉRGIO PORTO, em seu artigo *Cidadania Processual e Relativização da Coisa Julgada*, inicia o trabalho justamente dizendo que esse instituto goza de prestígio constitucional, eis que insculpido na CF como garantia (art. 5º, XXXVI, CF), ou seja, como cláusula assecurativa da estabilidade das relações sociais atingidas por sentença de mérito transitada em julgado, integrando, assim, o conceito de cidadania processual reconhecido pela CF.[10]

Não se pode negar, por certo, a existência de um movimento em nossa doutrina, de mitigar algumas garantias constitucionais, dentre elas a própria coisa julgada, o que torna, portanto, plenamente justificável esse estudo quando se têm por base os princípios e garantias constitucionais como valores supremos nas nossas relações.

[8] NEVES, Celso. *Coisa Julgada Civil.* 1.971.
[9] NERY JUNIOR, Nelson. *Teoria Geral dos Recursos.* 2004.
[10] PORTO, Sérgio Gilberto. *Cidadania Processual e relativização da coisa julgada.* 2003.

revista pge - 61 - 2006.pmd 11 26/10/2006, 16:16

No entanto, esse tipo de movimento tem origem, ao que parece, na existência de antinomias na nossa ordem jurídica, inclusive na esfera constitucional, o que fez nascer no direito germânico a idéia da proporcionalidade como forma de superar essas antinomias constitucionais, assunto que abordaremos oportunamente.

O que se quer deixar claro, de início, é a natureza constitucional que se deve agregar à coisa julgada, sem que ela seja tratada como uma norma de valor menor, a ponto de, por qualquer razão, ser mitigada com a simples justificativa da existência de decisões judiciais injustas, já que "entre o justo absoluto, utópico, e o injusto possível, realizável"[11], o nosso sistema constitucional optou, por certo, pelo segundo, que é refletido na segurança jurídica da coisa julgada material.

Antes de seguir adiante, é oportuno referir o enfoque que aqui se pretende dar às discussões que estão por vir, isto é, a análise da viabilidade ou não de permanência da imutabilidade da coisa julgada quando a decisão prolatada ferir a Constituição Federal e não mais se tem possibilidade de ajuizamento de ação rescisória.

A segurança jurídica é, sem dúvida, a garantia maior que o jurisdicionado dispõe de que determinada situação de direito não será alterada. A nossa Constituição Federal de 1.988 abordou a segurança jurídica em três aspectos: princípios, valor e direito fundamental.

Considerando, de início, a relevância dos princípios, o constituinte originário, no preâmbulo na CF, descreveu ser fundamento de todo o trabalho ali desenvolvido, o de instituir um Estado Democrático de Direito, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, as liberdades, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça, todos como valores supremos de uma sociedade sem preconceitos.

Como se vê, o princípio da segurança elencado acima assim foi posto como gênero, do qual uma das espécies é a segurança jurídica. Justifica-se essa constitucionalização do princípio da segurança jurídica em virtude de que o cidadão litigante deve poder confiar nas decisões que incidem sobre seus direitos, já que são, em tese, elaboradas em acordo com normas jurídicas vigentes e com efeitos jurídicos duradouros.[12]

Por outro lado, a inserção constitucional da segurança jurídica como "valor" ocorreu, talvez, porque a Constituição jurídica está condicionada pela realidade histórica e não poderá ser separada da realidade concreta de sue tempo. A eficácia da Constituição somente pode ser realizada se levarmos em conta esse tipo de realidade, do que se conclui que, somente por meio dos valores é que se poderá compreender as regras.[13]

Sendo, portanto, a justiça e a segurança valores que se complementam entre si, não poderá haver justiça eficaz se não for assegurado ao cidadão, de

[11] NERY JUNIOR, Nelson. *Teoria Geral dos Recursos.* 2004.
[12] CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direto Constitucional,* p. 377.
[13] HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição,* p. 24.

revista pge - 61 - 2006.pmd 12 26/10/2006, 16:16

forma concreta, o direito de ser reconhecido o seu direito, o qual, "por ser justo, lhe compete."[14]

Por fim, não podemos esquecer, em face da trilogia posta acima, que o texto constitucional, quando introduziu a segurança jurídica como um dos seus princípios, deu-lhe conotação de direito fundamental, porquanto possui a função de garantir e proteger os direitos conferidos aos seus respectivos destinatários.

Como se observa, dentro dos modestos conceitos trazidos acima, não se pode deixar de concluir que a coisa julgada é, hoje, o principal espelho da segurança jurídica constitucionalmente prevista e que, de alguma forma, teremos que conjugar e integrar essa segurança com o conceito que nós queremos de Justiça.

Não é de hoje que essa batalha é travada na busca ou dessa integração, ou, para alguns, na busca da demonstração de total incongruência entre tais princípios, já que, para esses, seria impossível prestigiar-se a segurança jurídica sem eliminar a Justiça, ou, por outro lado, realizar-se a Justiça sem sacrificar a segurança da relação. O certo é que, de concreto sobre isso, temos o instituto da coisa julgada que não poderá ser desprezado sem nenhum critério jurídico plausível.

Parece-nos, pois, que se pode encontrar aqui a natureza constitucional da coisa julgada, assunto que foi tratado superficialmente no primeiro tópico, já que, realmente, o art. 5º, XXXVI, ao estabelecer que a "lei" não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada, está a tratar de direito intertemporal, isto é, está a dizer que nenhuma lei posterior poderá afrontar a coisa julgada já estabelecida. Ora, tratando-se de direito intertemporal poderíamos concordar com os autores citados no início deste trabalho quando se atribui à coisa julgada uma natureza processual e não constitucional.

Porém, a questão não é tão singela quanto parece. Se a nossa Carta Magna prevê a segurança jurídica como um dos fundamentos para se instituir um Estado Democrático de Direito, não estaria aí, muito mais do que na discussão do inciso XXXVI, o caráter constitucional da coisa julgada? Será que, voltando à dicotomia anterior, fazer "justiça" também não seria proporcionar estabilidade às decisões judiciais que dirimem os conflitos de interesses, dando aos que litigam, ao menos, uma presunção de certeza e definitividade do direito que lhe foi concedido? Será que, ainda que se admita rever decisões "injustas", a qualquer tempo, desprezando-se os meios legais já previstos para tanto, se teria, algum dia e de forma definitiva, a verdadeira justiça?

Tais indagações levam-nos a retornar ao que já foi dito alhures, isto é, nunca haverá a satisfação total dos interesses das partes num processo judicial. Não se quer desprezar, de maneira nenhuma, os preceitos e fundamentos constitucionais, conquistados arduamente por todos nós; ao contrário, se quer justamente valorizá-los de uma forma que possamos rever situações "injustas", para

[14] SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. *Segurança jurídica e jurisprudência,* p. 17-18.

revista pge - 61 - 2006.pmd 13 26/10/2006, 16:16

seguirmos na mesma expressão, de forma mais tênue e sem os "traumas" já referidos.

É sabido que a coisa julgada já sofreu alguns abrandamentos pela jurisprudência nos casos das ações de desapropriações e nas investigatórias de paternidade, questões essas que já estão pacificadas nos Tribunais e que não são objeto desse estudo por se tratar de casos bem específicos do tema. O que se pode dizer, contudo, é que em casos tais, as decisões proferidas foram assim tomadas após uma análise detalhada da prova colhida nos autos, com plena aplicação do princípio do contraditório e da ampla defesa e que, por fim, culminou com a desconsideração da coisa julgada ocorrida no processo anterior. Como se vê, foi na análise do caso concreto que se teve esse tipo de conclusão, sem que tenha havido a necessidade de um regramento específico, pena de tornar-se questão definitiva para todos os casos, indistintamente.

É justamente nesse ponto que se quer chegar. Não podemos ter como regra expressa a possibilidade de se extirpar a coisa julgada toda vez que a decisão for baseada em preceito que, para a parte sucumbente, contrarie a CF, salvo, é claro, quando ainda tivermos disponíveis os meios legais já existentes para tanto.

Impossível termos a situação ideal para todos os casos, mas é válido tentar minimizar os ajustes drásticos no nosso ordenamento, o qual ainda prioriza a segurança jurídica. Essa é a razão pela qual não se admite em nosso sistema a ação rescisória para corrigir a injustiça da sentença.

Para o professor BARBOSA MOREIRA o processo dito "efetivo" traz em seu bojo a questão social envolvida. "Será socialmente efetivo o processo que se mostre capaz de veicular aspirações da sociedade como um todo e de permitir-lhes a satisfação por meio da Justiça (...). Merecerá a denominação de efetivo, do ponto de vista social, o processo que consinta aos membros menos bem aquinhoados da comunidade a persecução judicial de seus interesses em pé de igualdade com os dotados de maiores forças – não só econômicas, senão também políticas e culturais. (...) Não se promove uma sociedade mais justa, ao menos primariamente, por obra do aparelho judicial. É todo o edifício, desde as fundações, que para tanto precisa ser revisto e reformado."[15]

A segurança jurídica tem um preço, e nem sempre é um preço baixo, como acontece em relação à injustiça de se perpetuarem situações que posteriormente provar-se-iam iníquas, mas já então acobertadas pelo instituto da coisa julgada, por já prescrito o prazo da rescisória. Ainda assim, paga-se este preço para se obter o valor maior da estabilidade nas relações intersubjetivas.[16]

[15] MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Efetividade do Processo: Por um Processo Socialmente efetivo.* 2001.
[16] OLIVEIRA, Fernando César Ribeiro de. *Execução e Coisa Julgada.* 2000.

revista pge - 61 - 2006.pmd 14 26/10/2006, 16:16

2 COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL

2.1 Generalidades

Como se viu, a coisa julgada é a materialização do princípio da segurança jurídica e da estabilidade das relações jurídicas e é em nome disso que se impede a reabertura de discussão acerca de tema já decidido judicialmente, com trânsito em julgado e que não mais seja cabível a propositura da ação rescisória em face do argumento da injustiça das decisões.

Porém, como já dito, a doutrina tem debatido amplamente alguns pontos que poderiam levar à chamada "relativização da coisa julgada", mormente em face da ocorrência de algumas "injustiças" ditas flagrantes e diante do fato de que, ao menos nesses casos específicos, o princípio da segurança jurídica não teria caráter absoluto, cabendo aqui a utilização da denominada *ponderação de valores* ou *ponderação de interesse,* que é a técnica por meio da qual se procura estabelecer o peso relativo de cada um dos princípios postos em confronto no caso concreto, já que não existe, no plano conceitual, um critério abstrato que imponha a supremacia de um princípio sobre o outro.

A doutrina e a jurisprudência, então, trazem em suas discussões hipóteses de relativização da coisa julgada em detrimento do princípio da segurança jurídica, como, por exemplo, os casos de ações expropriatórias e nas investigatórias de paternidade após o advento do exame de DNA. Novas hipóteses de abrandamento do instituto da coisa julgada têm surgido em nossa doutrina, dentre as quais está a *coisa julgada inconstitucional* que trataremos com mais vagar a seguir.

Segundo nosso ordenamento jurídico, não se pode ajuizar ação anteriormente julgada por sentença de mérito transitada em julgado. Trata-se de ser a coisa julgada aqui um pressuposto processual negativo, já que a parte deve se submeter à autoridade da coisa julgada exteriorizada em processo do qual foi parte, vedado o ajuizamento da mesma ação ou rediscussão da mesma matéria que foi alcançada pela coisa julgada material.

Para HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, a Constituição Federal de 1.988 não teria se preocupado em dispensar tratamento constitucional à coisa julgada, muito menos quanto aos aspectos envolvendo a sua inconstitucionalidade. Apenas a refere em seu inciso XXXVI do art. 5º, segundo esse autor, quando elenca as garantias fundamentais a de que a coisa julgada estaria imune aos efeitos da lei nova, ou seja, a preocupação do legislador teria sido de apenas por a coisa julgada a salvo dos efeitos da lei nova que contemplasse regra diversa da normatização da relação jurídica objeto de decisão judicial não mais sujeita a recurso. Tratar-se-ia, portanto, de tema de direito intertemporal em que se consagra o princípio da irretroatividade da lei nova.[17]

[17] THEODORO JÚNIOR, Humberto, FARIA, Juliana Cordeiro. *A Coisa Julgada Inconstitucional e os Instrumentos Processuais para seu Controle.* In: *Coisa Julgada Inconstitucional.* 2004.

revista pge - 61 - 2006.pmd 15 26/10/2006, 16:16

Daí que a noção de intangibilidade da coisa julgada para alguns doutrinadores não tem sede constitucional, mas resulta, apenas, na norma contida no Código de Processo Civil. Assim, seria o princípio da intangibilidade um direito hierarquicamente inferior, não podendo entrar em conflito com princípios constitucionais, o que evitaria a angústia de se definir aquele que prevalece sobre o outro. Com efeito, para essa parte da doutrina, a coisa julgada somente será intangível enquanto tal apenas quando conforme com a Constituição; se desconforme, estaríamos diante do que hoje se denomina *coisa julgada inconstitucional*.

O raciocínio acerca do tema deve ter início por meio da chamada "teoria dos degraus" ou "teoria das esferas" vinda do Tribunal Federal Constitucional germânico, segundo a qual as restrições a direitos fundamentais deveriam ser efetuadas em diversos degraus, idéia essa que encerra a "primeira onda" da relativização dos direitos fundamentais e das garantias constitucionais, tema muito bem exposto pelo professor SÉRGIO PORTO, na obra já citada.

Essa "primeira onda" opera-se no plano constitucional, admitindo-se a mitigação de um direito em face do outro mais relevante, sob pena de, em caso de raciocínio diverso, obter-se resultado desproporcional, ou seja, prevalecendo direito de hierarquia menor em face de outro de hierarquia maior, ainda que ambos com assento constitucional.

Do que se observa hoje, tanto do Poder Judiciário, aplicador da lei, quanto no poder Legislativo, editor de lei dessa índole, vivemos, por ora, a chamada "segunda onda" da relativização, a qual diz que é possível, em certos casos, abrandar-se uma garantia constitucional por lei infraconstitucional, dentro dos quais temos, como já dito, as ações desapropriatórias e as ações de investigação de paternidade. A primeira relativamente à justa indenização prevista pela CF, nos casos em que, por equívocos no decorrer do processo, verifica-se o duplo pagamento pelo Estado da indenização prevista, haja vista que se conclui que o imóvel desapropriado já pertencia ao órgão expropriante.

No segundo caso, em face do advento do DNA, o abrandamento reside no desconforto resultante da decisão denegatória ou declaratória de paternidade diversamente do que obtido por meio do exame científico realizado.

Mas, por certo, a novidade está mais adiante do raciocínio referido acima, já que se busca, com a "terceira onda" da relativização", alargar-se as hipóteses nominadas para se ter como possível a desconsideração da coisa julgada toda vez que a decisão transitada em julgado afrontar princípio e garantia constitucional.

2.2 Conceito

Nesse tópico, não se pode deixar de referir o argumento maior dos defensores da relativização da coisa julgada por meio da impossibilidade de se aceitar a coisa julgada inconstitucional que é a colisão de princípios, porquanto

revista pge - 61 - 2006.pmd 16 26/10/2006, 16:16

a tese é de que não se pode aceitar uma decisão sobre a qual se operou a coisa julgada se ele for tida como injusta em face da supremacia e preponderância de um princípio constitucional.

Assim, tem-se como "coisa julgada inconstitucional" a coisa julgada que ocorreu em decisão transitada em julgado e não mais sujeita à ação rescisória e que tenha em seu fundamento de decidir questão tida como inconstitucional em face da violação de regra ou princípio expressamente previsto na Constituição Federal.

Entendem alguns autores que a coisa julgada não pode suplantar a lei, em tema de inconstitucionalidade, sob pena de transformá-la em um instituto mais elevado e importante que a lei e a própria CF. Se a lei não é imune, qualquer que seja o tempo decorrido desde a sua entrada em vigor, aos efeitos negativos da inconstitucionalidade, por que o seria a coisa julgada? Para eles, a segurança e a certeza podem ser suficientes a justificar a validade da coisa julgada ilegal, mas o mesmo não se pode dizer acerca da coisa julgada contrária à CF, já que tais princípios não possuem força constitucional autônoma para fundamentarem a validade geral de efeitos de atos inconstitucionais.

Para *JOSÉ DELGADO*, não se poderia conceber o reconhecimento de força absoluta da coisa julgada quando ela atenta contra a moralidade, contra a legalidade, contra os princípios maiores da Constituição Federal e contra a realidade imposta pela natureza. Não se poderia aceitar, segundo ele, que, em nome da segurança jurídica, a sentença venha a violar a Constituição Federal, seja veículo de injustiça, desmorone ilegalmente patrimônios, obrigue o Estado a pagar indenizações indevidas, finalmente, que desconheça que "o branco é branco e que a vida não pode ser considerada morte, nem vice-versa."[18]

No direito português, a imutabilidade da coisa julgada é tratada como princípio constitucional e os autores daquele país estão de comum acordo que "a sentença violadora da vontade constituinte não se mostra passível de encontrar um mero fundamento constitucional *indirecto* para daí retirar a sua validade ou, pelo menos, a sua eficácia na ordem jurídica como caso julgado. Na ausência de expressa habilitação constitucional, a segurança e a certeza jurídicas inerentes ao Estado de Direito são insuficientes para fundamentar a validade de um caso julgado inconstitucional."[19]

A cultura jurídica anglo-americana não é tão apegada aos rigores da autoridade da coisa julgada como a nossa, de origem romano-germânica; eles são capazes de aceitar com mais facilidade e naturalidade certas restrições à *res judicata*, relativizando-a para observar outros princípios e outras necessidades. Preconizam o fato de ter-se que evitar a eternização dos litígios, mas, porém, sem prejuízo de outros valores tão elevados quanto à definitividade das decisões.

---

[18] DELGADO, José Augusto. *Efeitos da Coisa Julgada e os Princípios Constitucionais.* In: *Coisa Julgada Inconstitucional.* 2004.

[19] OTERO, Paulo. *Ensaio sobre o Caso Julgado Inconstitucional.* 1993.

revista pge - 61 - 2006.pmd 17 26/10/2006, 16:16

O certo é que, em que pese os novos argumentos que vêm surgindo em nossa doutrina favorável à mitigação do instituto da coisa julgada e que veremos no decorrer do trabalho, o sistema jurídico-processual brasileiro não deu esse tratamento à coisa julgada, isto é, não permite qualquer tipo de relativização desse instituto que não os já expressamente previstos em lei.

2.3 Controle Jurisdicional da Inconstitucionalidade da Coisa Julgada

A idéia da relativização da coisa julgada, para os que defendem esta idéia, tem por fim o fato de não se poder tornar legítimo a eternização de injustiças a pretexto de evitar a eternização de incertezas. Os princípios foram criados e instituídos no sistema jurídico justamente para isso, ou seja, para o caso de um dia acontecer algo que as regras não podem ou não conseguem alcançar.

Se nem mesmo as leis e atos normativos federais são absolutos, imodificáveis e intangíveis, e estão susceptíveis, a qualquer tempo, de serem julgados inconstitucionais por meio de Adin junto ao STF, seria incoerente, incorreto e absurdo, dizer que a sentença passada em julgado é absoluta, não podendo ser revista após o prazo da rescisória. Vale lembrar que a coisa julgada emana da lei e esta não tem prazo para uma futura declaração de inconstitucionalidade, logo, a coisa julgada inconstitucional não pode ficar adstrita ao prazo decadencial da ação rescisória.[20]

Para o Ministro DELGADO, a primeira voz a defender a revisão da "carga imperativa da coisa julgada", a moralidade está ínsita em cada regra posta na CF e em qualquer mensagem de cunho ordinário ou regulamentar. Ela seria o comando com força maior e de cunho imperativo, reinando de forma absoluta sobre os demais princípios, até mesmo sobre o da coisa julgada. A vontade do legislador constituinte foi configurar o limite que a lei prejudique a coisa julgada e não atribuir-lhe caráter de regra constitucional. O que a CF não admite é a retroatividade da lei para influir na solução dada ao caso concreto, por sentença de que já não mais caiba recurso. Trata-se do princípio da não surpresa e da irretroatividade da lei. A sentença transitada em julgado pode ser revista, além do prazo decadencial da ação rescisória, quando a injustiça nela contida for de alcance que afronte a estrutura do regime democrático por conter apologia da quebra da imoralidade, da ilegalidade, do respeito à CF e às regras da natureza.[21]

Entende, ainda, o Ministro, que os efeitos da sentença que transitou em julgado devem prestar homenagem absoluta aos princípios da moralidade, legalidade, razoabilidade, proporcionalidade e do justo e que "a coisa julgada não deve ser via para o cometimento de injustiças".[22]

[20] BERALDO, Leonardo de Faria. *A Relativização da Coisa Julgada que Viola a Constituição.* In: *Coisa Julgada Inconstitucional.* 2004.
[21] DELGADO, José Augusto. *Efeitos da coisa Julgada e os Princípios Constitucionais.* 2004
[22] DELGADO, José Augusto. *Pontos Polêmicos das Ações de Indenização de Áreas Naturais Protegidas.* 2001.

revista pge - 61 - 2006.pmd 18 26/10/2006, 16:16

As idéias trazidas pelo Ministro Delgado foram logo abarcadas por mais dois doutrinadores de renome, Humberto Theodoro Júnior e Cândido Dinamarco, este último já com algumas exposições mais antigas.

Dinamarco lecionou que "a coisa julgada não tem dimensões próprias, mas as dimensões que tiverem os efeitos da sentença" e radicalizou a teoria de Liebman ao dizer que "não havendo efeitos substanciais suscetíveis a serem impostos, não incide a coisa julgada".[23]

Ainda que com argumentos diversos, chega à mesma conclusão que o Ministro Delgado, isto é, que o princípio da razoabilidade e da proporcionalidade deve condicionar a imunização dos efeitos da coisa julgada material e, dentre outros argumentos, que a ofensa à moralidade deve afastar a autoridade da coisa julgada.

Humberto Theodoro inspira-se no jurista português Paulo Otero para dizer que a segurança como valor ínsito à coisa julgada é dotada de relatividade, mesmo porque "absoluto é apenas o direito justo".[24]

Pois bem, dessas primeiras linhas acerca das posições doutrinárias sobre o tema proposto, não se pode deixar de trazer à baila o magistério do professor Ovídio Baptista da Silva, que muito bem apreciou a questão atinente à "sentença justa" ou à "grave injustiça", expressões que servem de base para aqueles que querem aniquilar com a coisa julgada em face de tais conceitos de natureza puramente subjetiva.

Pretender que a coisa julgada seja desconsiderada quando a sentença seja "injusta", não é, segundo o referido professor, um ideal de modernidade.

De todos os argumentos concebidos pela doutrina para sustentar a necessidade de que os litígios não se eternizem, parece que o mais consistente reside, e é essa a posição do professor Ovídio, justamente na eventualidade de que a própria sentença que houver reformado a anterior, sob o argumento de cometer injustiça, venha a ser mais uma vez acusada de injusta, e assim ad eternum, já que se sabe que justiça não é valor absoluto, podendo variar não só de pessoa para pessoa, mas no tempo e nos valores de cada sociedade. Como conceituar o que seria uma sentença "injusta" e qual a injustiça poderia ser tida como "grave" ou "simples injustiça"?

Para o eminente jurista, exigir que a coisa julgada seja eficaz somente quando não se "confrontar" com algum princípio constitucional, ou com princípio normativo de grau inferior, é submetê-la a uma premissa impossível de ser observada.[25]

Por sua própria natureza, os princípios são normas abertas, cuja aplicação obedece a uma escala de otimização, estranha à incidência das regras legais. O princípio, ainda que afastado em atenção ao caso concreto, nem por isso se terá como violado pelo julgador.[26]

[23] DINAMARCO, Cândido Rangel. *Relativizar a Coisa Julgada*. 2003.
[24] THEODORO JÚNIOR, Humberto, FARIA, Juliana Cordeiro. *A Coisa Julgada Inconstitucional e os Instrumentos Processuais para seu Controle*. In: *Coisa Julgada Inconstitucional*. 2004.
[25] DA SILVA, Ovídio Baptista. *Coisa Julgada Relativa*. 2004.
[26] ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. 1.986.

revista pge - 61 - 2006.pmd 19 26/10/2006, 16:16

Também o professor Nery Júnior não concorda com esse tipo de movimento para o abrandamento do instituto da coisa julgada, já que, segundo ele, para as atividades do Poder Judiciário, a manifestação do princípio do Estado Democrático de Direito ocorre justamente por meio do instituto da coisa julgada, sendo esta elemento de existência daquele.[27]

A coisa julgada material, por sua vez, é efeito especial da sentença transitada formalmente em julgado e um efeito especial é o chamado "efeito substitutivo", segundo o qual a sentença de mérito transitada em julgado substituiu todas as atividades das partes e do juiz praticadas no processo, de sorte que as nulidades e anulabilidades que porventura tenham ocorrido durante o trâmite processual terão sido substituídos pela sentença, somente podendo tais vícios ser impugnados por meio de ação rescisória ou embargos do devedor.

Para Nery, o risco político de haver sentença injusta ou inconstitucional no caso concreto é menos grave do que o risco político de instaurar-se a insegurança com a relativização.[28]

A coisa julgada material tem força criadora, tornando imutável a matéria por ela acobertada, independentemente de constitucionalidades, legalidades ou injustiças, já que, para tais vícios, existem remédios próprios previstos em nosso ordenamento e a injustiça, ora, é o risco ínsito em qualquer relação processual, seja para o vencido, seja para o vencedor, porquanto cada parte terá, por certo, a sua justiça.

O próprio Dinamarco, em obra de grande vulto, ao lecionar acerca da coisa julgada refere que:

> a função da coisa julgada "tout court" é a de proporcionar segurança nas relações jurídicas, sabendo-se que a insegurança é gravíssimo fator perverso que prejudica os negócios, o crédito, as relações familiares e, por isso, a felicidade pessoal das pessoas ou grupos. [29]

A indiscutibilidade da sentença e de seus efeitos, não se pode negar, é um dos mais importantes pontos de equilíbrio inerente ao processo, o qual possui princípios a serem seguidos como o direito à prova, o contraditório, os recursos, a ampla defesa, justamente para que a decisão se aproxime ao máximo da tão buscada "justiça", ainda que, sabemos, por certo a parte perdedora terá sempre argumentos a atacar essa decisão e chamá-la de "injusta" indefinidamente. É da natureza humana o inconformismo com aquilo que julga ser direito seu e a imutabilidade põe um ponto final nessa discussão, com o objetivo de eliminar o conflito ou, ao menos tentar a aproximação máxima daquilo que o ordenamento jurídico prevê para o caso.

É certo que a "justiça" de uma decisão, como disse o professor Ovídio, por ser elemento de cunho subjetivo, nunca agradará a todos, mas não se pode,

[27] NERY JUNIOR, Nelson. *Teoria Geral dos Recursos,* 2004.
[28] NERY JUNIOR, Nelson. *Teoria Geral dos Recursos.* 2004.
[29] DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil.* 2001.

revista pge - 61 - 2006.pmd 20 26/10/2006, 16:16

em face de tais argumentos, colocar em risco a segurança das relações, já que estamos discutindo no "reino da pura abstração"[30], nem mesmo temos em mãos uma concreta controvérsia jurídica para verificarmos os "absurdos" e as "graves ofensas" que se usa de base para o abrandamento da res judicata.

A discussão, parece, deve descer da segurança dos discursos teóricos e encaixar-se nos casos concretos, como já preconizava Savigny, descobrindo, em cada caso, o que realmente produz aquilo que, já de antemão, condenamos ou julgamos ser inconstitucional.

Ainda na questão da decisão "justa" e na relativização da coisa julgada, o artigo referido do professor Ovídio traz como exemplo o caso de quando o juiz recebe a causa em que o autor pretenda desfazer a coisa julgada por considerá-la ilegal ou injusta em relação à sentença proferida, ou, ainda, sustente que o decisum teria, nas expressões do Ministro Delgado, ultrapassado os limites da moralidade e da legalidade constitucionalmente previstos. Qual seria o comportamento desse magistrado, já que o demandado, por certo, em sede de contestação, traria a questão da coisa julgada, postulando a extinção do processo, nos termos do art. 267, do CPC, e essa postulação teria de ser apreciada pelo juiz preliminarmente, antes, portanto, de saber se a sentença contestada fora "injusta"?

Vê-se, com efeito, que não se está negando a necessidade, talvez, de revisar o sistema de proteção à estabilidade dos julgados, até porque revisar é aprimorar e isso sim leva à modernidade tão almejada nas relações jurídicas. Devemos, porém, obter mecanismos coerentes para atender a essa nova aspiração, sem que se enterre as conquistas já obtidas ao longo dos anos no estudo do direito processual.

Como bem observou o Prof. ARAKEN DE ASSIS:

> Tornou-se corriqueiro afirmar que a eficácia de coisa julgada cederá passo, independentemente do emprego da ação rescisória ou da observância do prazo previsto no art. 485, em algumas hipóteses. (...) Aberta a janela, sob o pretexto de observar equivalentes princípios da Carta Política, comprometidos pela indiscutibilidade do provimento judicial, não se revela difícil prever que todas as portas se escancararão às iniciativas do vencido. O vírus do relativismo contaminará, fatalmente, todo o sistema judiciário. Nenhum veto, a priori, barrará o vencido de desafiar e afrontar o resultado precedente de qualquer processo, invocando hipotética ofensa deste ou daquele valor da CF. A simples possibilidade de êxito do intento revisionista, sem as peias da rescisória, multiplicará os litígios, nos quais o órgão judiciário de 1º grau decidirá, preliminarmente, se obedece, ou não, ao pronunciamento transitado em julgado do seu Tribunal e até, conforme o caso, do STF. Tudo, naturalmente, justificado pelo respeito obsequioso à CF e baseado na volúvel livre convicção do magistrado inferior (...) parece pouco provável que as vantagens da justiça do caso

[30] DA SILVA, Ovídio Baptista. *Coisa Julgada Relativa.* 2004.

revista pge - 61 - 2006.pmd 21 26/10/2006, 16:16

concreto se sobreponham às desavantagens da insegurança geral.[31]

A garantia de uma ordem jurídica prévia e efetiva também se insere nas garantias que o Estado deve oferecer e, dentre elas, não se pode negar, está a coisa julgada. Relativizá-la a qualquer tempo, por qualquer juízo e fora das opções que o próprio ordenamento pré-instituiu, é ferir a garantia da estabilidade das relações.

SÉRGIO PORTO, contrário também à relativização na forma como está sendo proposta, leciona que o que parece oportuno, talvez, em face da relevância do tema, seria a revisão das hipóteses de cabimento da ação rescisória e, até mesmo, quem sabe, a revisão do prazo decadencial existente, a exemplo do que ocorre na revisão criminal que não existe prazo algum, já que tal transformação não acarretaria uma "crise social intolerável".[32]

IZABELLE ALBUQUERQUE COSTA MAIA[33], em que pese iniciar suas posições sobre o tema dizendo que não se pode continuar dando à coisa julgada o tratamento conservador que ela sempre recebeu devido à segurança que ela proporciona em detrimento de outros valores essenciais em nosso ordenamento, culmina por admitir, em consonância com as idéias do Prof. ARAKEN, pela reformulação do instituto da ação rescisória e do seu prazo, o que leva à conclusão de que existem formas menos traumáticas de resolver o problema sem que se instale a "crise" apontada pelo Prof. PORTO.

Compartilhando-se ou não da idéia de que a coisa julgada inconstitucional é algo que não existe, ainda assim não se pode deixar de aceitar que se faz necessária a análise do que o nosso sistema jurídico oferece como mecanismo processual para que a sentença proferida em confronto com os princípios constitucionais possa ser impugnada.

Proferida a sentença, num primeiro momento, há dois caminhos: se a sentença ainda não transitou em julgado, cabe a via impugnativa dos recursos, previstos expressamente no nosso CPC e adequados cada um a uma situação ali descrita; se a sentença já transitou em julgado, o nosso ordenamento traz a lume o instituto da ação rescisória. Passemos à análise das ações hoje previstas em nosso ordenamento que possibilitam a revisão da decisão com trânsito em julgado.

2.3.1 Embargos do Devedor

Quanto aos embargos do devedor na execução de sentença, muitas das hipóteses elencadas no art. 741 envolvem o tema validade ou eficácia da sentença, ou, ainda, a inexistência dela, e que traz como norte principal a inovação do parágrafo único.

[31] ASSIS, Araken de. *Eficácia da Coisa Julgada Inconstitucional.* 2002.
[32] PORTO, Sérgio Gilberto. *Coisa Julgada Civil.* 1.998.
[33] MAIA, Izabelle Albuquerque Costa. *Breves Considerações sobre a Relativização da Coisa Julgada.* 2003.

revista pge - 61 - 2006.pmd 22 26/10/2006, 16:16

Em meio à grande discussão que ora se traz acerca do abrandamento do instituto da coisa julgada, o nosso ordenamento jurídico hoje possui uma inovação sobre o tema, trazido por meio de uma medida provisória que incluiu o parágrafo único do art. 741, atinente aos embargos à execução fundada em título judicial. Leciona esse dispositivo que "considera-se também inexigível o título judicial fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo STF ou em aplicação ou interpretação tidas por incompatíveis com a Constituição Federal".

Antes, porém, de analisarmos a inovação referida, não podemos deixar de observar que, a partir de junho de 2.006 entrará em vigor a Lei nº 11.232, de 22.12.05, que reformula inúmeros dispositivos do nosso CPC, principalmente o processo de execução, trazendo uma nova redação ao citado art. 741, aplicando-o aos embargos à execução contra a Fazenda Pública.

A redação anterior, ainda vigente até a data referida acima, dispunha acerca do que poderia ser abordado em sede de embargos à execução fundada em título judicial e, já em 2.001, quando da edição da Medida Provisória nº 2.180-35, trazia a redação do citado parágrafo único.

Com a entrada em vigor da Lei nº 11.232/05, não mais existirão os preditos embargos, mas, sim, apenas uma impugnação nos próprios autos executivos, que terá seu regramento no art. 475-L. Vale dizer que a referida lei também acrescentou o §1º ao artigo supra citado, tendo este a mesma redação do parágrafo único do art. 471, ou seja, em caso de inexigibilidade do título, o dito "abrandamento"que veremos a seguir, trazido por esta inovação, tanto poderá ser aplicado na impugnação (antigos embargos à execução de título judicial), quanto nos embargos à execução contra a Fazenda Pública.

Assim, no art. 741, *caput*, que fará parte do Capítulo II, do TítuloIII, do LivroII, teremos o regramento dos embargos à execução contra a Fazenda Pública, trazendo em seus incisos as matérias que poderão ser abordadas pelo embargante nesses casos.

A mesma lei também alterou um pouco a redação do parágrafo único do art. 741, sem, no entanto, alterar seu fundamento, mas, apenas, aclarou sua redação.

Pois bem, feitas as observações acima, necessárias apenas para a atualização do trabalho ao leitor, já que não são objeto deste estudo, voltamos ao ponto onde paramos, ou seja, na inovação do parágrafo único do art. 741, o qual, este sim importante para este momento, após junho do corrente ano, estará dentro do capítulo dos embargos contra a Fazenda Pública, mas ainda referindo-se ao inciso II do art. 741 (inexigibilidade do titulo), não alterado pela referida lei.

Segundo o professor EDUARDO TALAMINI [34] esse dispositivo poderia ser interpretado de duas formas. Primeiramente, o dispositivo preveria casos em que o título executivo torna-se ineficaz pura e simplesmente. A coisa julgada

[34] TALAMINI, Eduardo. *Embargos à Execução de Título Judicial eivado de Insconstitucionalidade.*

revista pge - 61 - 2006.pmd 23 26/10/2006, 16:16

e a eficácia executiva do ato simplesmente cairiam por terra em face do pronunciamento do STF. A definição constitucional teria força para automaticamente desconstituir o título judicial amparado em solução que lhe fosse desconforme. A argüição prevista no par. único do art. 741 destinar-se-ia apenas ao reconhecimento da ineficácia do documento trazido como título. Bastaria a constatação do contraste entre o entendimento que amparou o título judicial e o pronunciamento do STF.

O outro sentido dado pelo Professor EDUARDO é que estariam sendo estabelecidos uma nova hipótese e um novo meio de desconstituição de um título judicial nos casos em que esse título estivesse acobertado pela coisa julgada material, os embargos funcionariam como um novo e excepcional mecanismo de rescisão dessa autoridade. A questão constitucional relevante na formação do título haveria de ser reexaminada nos embargos, cabendo ao juiz sobre ela pronunciar-se novamente.

Outro ponto a ser observado acerca dessa inovação é se a hipótese prevista no par. único do art. 741 enquadra-se em matéria veiculável apenas em embargos ou pode ser matéria conhecida no próprio processo executivo. Para o autor citado acima, a primeira hipótese é a que foi prevista no texto legal, isto é, como regra, o fundamento do dispositivo em comento enquadra-se entre aqueles que só podem ser suscitados por meio de embargos, porquanto se trata de matéria que, ainda que de ordem pública no processo cognitivo, é anterior à formação do título. Prossegue o autor:

> a sentença fundada em solução inconstitucional juridicamente existe e é eficaz (...), razão pela qual há de ser desconstituída (...) apenas excepcionalmente um problema de inconstitucionalidade afeta a própria sentença: quando repercute diretamente sobre o pressuposto de existência do processo (...). Não sendo esse o caso, o título existe e é válido. Funciona como anteparo ao conhecimento da questão na própria execução, devendo ser desconstituído pelas vias apropriadas.[35]

É verdade que a previsão foi de que o título fundado em decisão inconstitucional deveria ser considerado *inexigível* e, tal inexigibilidade, é matéria que pode ser conhecida em sede de execução, sem a necessidade de embargos. Porém, o que nos parece é que não seria possível sustentar que ao referir o título como *inexigível* o legislador tenha tido como objetivo estender a tal matéria a possibilidade de ser conhecida na própria execução, já que a própria equiparação feita em lei é limitada "para efeito do disposto no inciso II deste artigo", ou seja, para o fim de interposição de embargos.

Outro ponto que merece comentário e que também é trazido no artigo referido alhures é de que admitir que a coisa julgada possa vir a ser desconstituída através de mera objeção no processo executivo talvez signifique levar a questão

[35] TALAMINI, Eduardo. *Embargos à Execução de Título Judicial eivado de Insconstitucionalidade.*

revista pge - 61 - 2006.pmd 24 26/10/2006, 16:16

da "relativização" dessa garantia um pouco longe demais. "Há de se encontrar o meio-termo entre o primado absoluto, em nome da segurança jurídica, dos provimentos que consagram inconstitucionalidades e a pura e simples desconsideração da coisa julgada, em homenagem à supremacia da Constituição. E, em princípio (...), o ponto de equilíbrio reside na possibilidade de combate ao título "inconstitucional" através dos embargos" (sic).[36]

À primeira vista, o dispositivo em exame não é inconstitucional, já que, cabendo à lei infraconstitucional estabelecer quando e em que hipóteses há coisa julgada, também poderá instituir seu desaparecimento perante situações supervenientes à edição do pronunciamento apto a gerá-la. Assim, em que pese alguns doutrinadores entenderem estar presente nesta regra um favorecimento à Fazenda Pública, sua aplicabilidade, nos termos em que foi exposta, é neutra e beneficia também o adversário da Fazenda Pública.

Prova disso é o julgado da 1ª Turma do STJ em julgamento de ação rescisória proposta por contribuinte vencido em demanda contra exigência tributária, posteriormente declarada inconstitucional pelo STF:

> A coisa julgada tributária não deve prevalecer para determinar que o contribuinte recolha tributo cuja exigência legal foi tida como inconstitucional pelo Supremo. O prevalecimento dessa decisão acarretará ofensa direta aos princípios da legalidade e da igualdade tributárias. Não é concebível se admitir um sistema tributário que obrigue um determinado contribuinte a pagar tributo cuja lei que o criou foi julgada definitivamente inconstitucional, quando os demais contribuintes a tanto não são exigidos, unicamente por força da coisa julgada.[37]

No caso citado, antes da vigência do dispositivo referido, vencido o prazo da ação rescisória o contribuinte não teria mais argumentação nenhuma para reverter a decisão, já que vinculado à coisa julgada. Hoje, porém, dispõe dos embargos nos termos do art. 741, o qual já ameniza a "crise" vivida pela coisa julgada na esfera tributária.[38]

Como se vê, ainda que alguns autores tenham a noção de inconstitucionalidade desse dispositivo em face de ofensa ao princípio da igualdade pela razão referida acima atinente à Fazenda Pública, vê-se, por meio do

[36] TALAMINI, Eduardo. *Embargos à Execução de Título Judicial eivado de Insconstitucionalidade.*

[37] Resp 194.276-RS, 09.02.99, Rel. Min. José Delgado, DJU 29.03.99, p. 111.

[38] (TRF 4ª R. – AC 2002.71.07.016277-4 – RS – 6ª T. – Rel. p/o Ac. Juiz Nylson Paim de Abreu – DJU 07.01.2004 – p. 379) JCPC.741 JCPC.741.PUN- PROCESSUAL CIVIL – EMBARGOS À EXECUÇÃO – TÍTULO JUDICIAL – EXIGIBILIDADE – ART. 741, PARÁGRAFO ÚNICO DO CPC – MP Nº 2.180-35/2001 – 1. A norma contida no § único do art. 741 do CPC, acrescido pela MP nº 2.180-35/2001, incide a partir da data do julgamento do STF que declarar a inconstitucionalidade da Lei ou do ato normativo que embasou a sentença levada à execução, tornando inexigíveis os títulos judiciais transitados em julgado após aquela decisão da Corte Suprema. 2. Nos casos em que o título judicial está fundado em aplicação ou interpretação de texto legal tidas pelo STF como incompatíveis com a Constituição Federal, são inexigíveis as sentenças transitadas em julgado após o reconhecimento, pelo STF, da constitucionalidade do texto legal cuja aplicação foi afastada no título judicial levado à execução. 3. Hipótese em que o título executivo transitou em julgado em 07.11.2001 e a decisão do Plenário do STF, que reconheceu a constitucionalidade do termo nominal, contido no inciso I do art. 20 da Lei nº 8.880/94, foi proferida no julgamento do Recurso Extraordinário nº 313.382-9/SC, publicado no DJU de 08.11.2002, não se aplicando o disposto no art. 741, parágrafo único, do CPC. 4. Apelação improvida.

revista pge - 61 - 2006.pmd 25 26/10/2006, 16:16

que dispôs o julgado aludido, que se pode tranqüilamente excluir essa afirmação, ao menos com esse argumento. Até porque, ao nosso ver, a Fazenda Pública somente é beneficiada no sentido de alargar suas possibilidades de obter uniformidade nas demandas com seus servidores e contribuintes.

Outro argumento que afasta esse raciocínio acerca do privilégio da Fazenda é justamente a repetição da redação do parágrafo único do art. 741 quando, na reforma trazida pela já referida Lei 11.232, o CPC disciplina a impugnação à execução de título judicial. Aplicável, pois, o referido dispositivo, em ambos os casos, não havendo, ao nosso ver, o privilégio apontado por alguns.

Cabe ainda citar mais um ponto que afasta essa argumentação de inconstitucionalidade sob o prisma da igualdade das partes é que o art. 2º-B da Lei nº 9.494/97, na redação da MP 2.180-35 proíbe a execução provisória contra a Fazenda Pública tratando-se de créditos de servidores. Como o par. único do art. 741 aplica-se tanto à execução definitiva (art. 587, 1ª parte, CPC), quanto nas execuções provisórias que, segundo o atual regime do art. 588 pode ser completa e satisfazer o crédito exeqüente, vemos que, existindo execuções provisória entre particulares o dispositivo em análise aplica-se indistintamente a quaisquer provimentos condenatórios.

Resta, então, como cita o ilustre Desembargador ARAKEN DE ASSIS, o problema da edição de norma processual por meio de medida provisória, antes da interdição da EC 32, de 11.09.01 (art. 62, §1º, I, *b*), por falta de urgência e de relevância.[39]

Porém, o Supremo tolerou esse "abuso" do Poder Executivo e é muito pouco provável que acolha semelhante argüição contra dispositivo que aumenta a autoridade de seus próprios julgados.

É certo que, como bem salientou o Professor ARAKEN, dificilmente se tolera que um servidor, por exemplo, receba determinada vantagem pecuniária, enquanto os outros, em iguais condições, não percebam tal vantagem, apesar de inconstitucional a lei que a concedeu, a ação daquele transitou em julgado, por qualquer motivo afeto às circunstâncias naturais dos trâmites judiciários. O que soa um pouco temerário é a excessiva generalidade do dispositivo, pois parece "contraproducente sua incidência nas relações privadas, *tout court*, nas quais nenhuma necessidade há de uniformidade. A destruição retroativa da coisa julgada promoverá, ao contrário, a insegurança jurídica."[40]

Da simples leitura do artigo em referência, vemos que não é qualquer juízo de inconstitucionalidade que retirará a força executiva da sentença judicial em questão; impõe-se um julgamento definitivo do STF de procedência na ação direta de inconstitucionalidade ou de improcedência na ação direta de constitucionalidade, no primeiro caso desaparecendo a lei ou ato normativo e no segundo, perdendo sua vigência, mas ambos com eficácia *erga omnes*.

[39] ASSIS, Araken de. *Eficácia da Coisa Julgada.* 2002.
[40] ASSIS, Araken de. *Eficácia da Coisa Julgada.* 2002.

revista pge - 61 - 2006.pmd 26 26/10/2006, 16:16

Não bastará, porém, prossegue o professor referido, a concessão de liminar nas ações diretas para tal fim. Os efeitos do provimento antecipatório são "ex nunc" e, embora a norma perca sua vigência, subsistirá a coisa julgada anterior e a força executiva do respectivo título.

Seja qual for a forma de controle da inconstitucionalidade adotada pelo STF em cada caso, a eficácia será "erga omnes" e com efeitos "ex tunc", nos termos do art. 28, par. único, da Lei nº 9.868/99, ressalvando-se, quanto à retroatividade, disposição expressa em contrário, preservando situações passadas.

Voltando às questões dos remédios processuais, nada impede, assim como ocorre no inciso I do mesmo artigo, o emprego da ação rescisória e da ação declaratória com idêntica finalidade dos embargos referidos, apenas referindo-se, é claro, que o uso de uma das ações, por certo, exclui o emprego simultâneo ou posterior das demais. O emprego da ação autônoma não exige o prazo dos embargos (art. 738), porém, somente esses têm o condão de suspender a execução e esta seguirá seu trâmite regular ainda que interposta a ação autônoma.

Cabe ainda referir a questão da aplicação retroativa dessa regra, porquanto, a fim de evitar ofensa ao art. 5º, XXXVI, da CF/88, o artigo em estudo somente poderá ser aplicado às decisões transitadas em julgado após a vigência do art. 3º da MP 1.997-37, de 11.04.00. Antes disso, vigora o sistema anterior, segundo o qual a alegação de inconstitucionalidade originária ou superveniente veicular-se-á por meio de ação rescisória.

Isso se deve ao fato de que o art. 741, par. único não se limitou a instituir remédio jurídico processual, de aplicação imediata aos processos pendentes, mas, sim, criou fator de ineficácia, no plano material, do provimento jurisdicional e nenhuma lei dessa natureza pode ser aplicada retroativamente.

Em que pese não haver disposição expressa no dispositivo em comento, contrariamente ao que ocorreu na legislação alemã que lhe deu origem, é conseqüência lógica afirmar que a procedência dos embargos implicará a inadmissibilidade da execução; este provimento não desconstituirá o título, nem reabrirá o processo executivo.

2.3.2 Ação Rescisória

Pois bem, a doutrina, já de início, divide-se quanto ao prazo decadencial imposto pelo Código para a ação rescisória, isto é, uns entendem que o prazo é fatal em qualquer hipótese, já que previsto expressamente em lei e outros, diversamente, entendem que esse prazo, quando se tratar de sentença inconstitucional e não ilegal, poderá ter superado os dois anos previstos no CPC.

Daqui surge, ainda, outro desdobramento. Quando o art. 485, no seu inciso V, refere que a sentença de mérito, transitada em julgado, poderá ser

revista pge - 61 - 2006.pmd 27 26/10/2006, 16:16

rescindida quando violar literal "dispositivo de lei", estaria abrangida nessa expressão somente a lei infraconstitucional ou, também, a Constituição Federal?

Apesar de algumas divergências encontradas, parece que a celeuma não é tão grande quanto nos demais pontos sobre o tema, concluindo-se que esse inciso abarca, sim, os ditames constitucionais.

EVANDRO SILVA BARROS, em um artigo sobre a coisa julgada inconstitucional e o prazo para a propositura da ação rescisória, refere que essa ação é o meio hábil para rescindir a coisa julgada calcada em lei ou ato normativo inconstitucional justamente porque o inciso V referido acima, ao estabelecer a admissão da rescisória quando a sentença passada em julgado tenha violado literal dispositivo de lei, o fez de forma a compreender tanto a norma infraconstitucional quanto a norma constitucional.[41]

O professor TEORI ZAVASCKI também comunga desse entendimento e refere que, hoje, uma das hipóteses que o ordenamento jurídico prevê para a "relativização" da coisa julgada é, justamente, como já referido, a rescisão da sentença quando essa violar literal disposição de lei. Segundo o professor, o vocábulo "lei" não tem, nesse caso, o seu sentido estrito, mas, sim, um sentido amplo, designando o gênero normativo de que fazem parte não só a lei ordinária, "mas todas as demais espécies de normas jurídicas, inclusive a constitucional".[42]

Como se vê, aqui não há maiores divagações a serem feitas em torno do tema. Questão diversa surge quando se fala do vocábulo "literal" violação à lei, já que, ainda no entendimento do mestre citado acima, essa violação ocorre não apenas quando a sentença sonega à lei o comando emergente de sua "letra", mas, ainda, quando não obedece ao seu sentido "inequívoco", ainda implícito.

Não se pode negar, por certo, que o adjetivo "literal" seja atribuído a qualquer tipo de violação, mas, sim, refere-se a um conceito de abrangência limitada. A jurisprudência do STJ já se manifestou nesse sentido, por meio do AR 208, que teve como Relator o Ministro Nilson Naves, dispondo que não constitui violação literal da lei, para efeito de ajuizamento de ação rescisória, a que decorre da sua interpretação razoável, de um dos sentidos possíveis, se mais de um for admitido.

É de ser acolhido esse entendimento, pena de termos a rescisória com feições de um novo recurso ordinário com prazo diferenciado. "Para que a ação rescisória fundada no art. 485, V, do CPC prospere, é necessário que a interpretação dada pelo decisum rescindendo seja de tal modo aberrante que viole o dispositivo legal em sua literalidade. Se, ao contrário, o acórdão rescindendo elege uma dentre as interpretações cabíveis, ainda que não seja a melhor, a ação rescisória não pode vingar, sob pena de tornar-se 'recurso' ordinário com prazo de 'interposição' de dois anos".[43]

[41] BARROS, Evandro Silva. *Coisa Julgada Inconstitucional e Limitação Temporal para a propositura da Ação Rescisória.*
[42] ZAVASCKI, Teori Albino. *Ação Rescisória em matéria constitucional.* 2001.
[43] STJ, Resp 9.086, 6ª Turma, Rel. Min. Adhemar Maciel, RSTJ 93: 416.

revista pge - 61 - 2006.pmd 28 26/10/2006, 16:16

No STF, sempre houve a tendência de qualificar essa violação como "frontal e direta"[44], que "envolve contrariedade estridente ao dispositivo, e não a interpretação razoável ou a que diverge de outra interpretação, sem negar o que o legislador consentiu ou consentir no que ele negou"[45].

Superada, então, a primeira parte da explanação acerca da viabilidade da ação rescisória em caso de sentença quer viole literal preceito constitucional, passa-se à análise do prazo decadencial da referida ação, porquanto, para alguns doutrinadores, esse prazo não necessitaria ser observado quando a lei violada for de caráter constitucional.

FRANCISCO BARROS DIAS entende ser plenamente possível dispensar o prazo decadencial da ação rescisória quando se tratar de matéria inconstitucional.[46]

Na lição dos já citados autores HUMBERTO THEODORO JÚNIOR e JULIANA CORDEIRO DE FARIA, a coisa julgada inconstitucional é nula e, como tal, não está sujeita a prazos prescricionais ou decadencias, posto que, segundo eles, no sistema de nulidades os atos judiciais nulos independem de rescisória para a eliminação do vício respectivo. É cabível, asseveram, a ação rescisória para desconstituir uma sentença após o prazo decadencial de dois anos sob o argumento de que a coisa julgada inconstitucional é mais grave que a coisa julgada ilegal e se assim não fosse possível, seria equiparar a inconstitucionalidade à ilegalidade, "o que não é só inconveniente como avilta o sistema e valores da Constituição".[47]

Ainda que com tantos adeptos desse desprezo ao prazo decadencial atribuído pelo Código à ação rescisória, a idéia até agora prevalente no STF e em parte considerável da doutrina não permite, ainda, uma visualização de mudança nesse entendimento em curto espaço de tempo, razão pela qual outros mecanismos processuais foram trazidos por alguns autores para tornar "efetiva a Constituição frente à Coisa Julgada Inconstitucional".[48]

A coisa julgada não pode ser modificada nem por emenda à CF (art. 1º, caput e 60, §4º, I e IV, da CF), nem pela lei (art. 5º, XXXVI, CF) e, portanto, em princípio, não poderia nem mesmo ser modificada por outra decisão do Poder Judiciário, situação em que teríamos a inconstitucionalidade do art. 485 do CPC que autoriza que lei ordinária modifique a coisa julgada já configurada.

Porém, como bem salienta o Professor NERY JÚNIOR, há que se ver a previsão legal da ação rescisória como conseqüência da incidência do princípio constitucional da proporcionalidade, em face da extrema gravidade de que se reveste a sentença portadora dos vícios arrolados no art. 485.[49]

---

[44] STF, AR 1.198, Pleno, Rel. Min. Djaci Falcão, RTJ 125:928.
[45] STF, AR 754, Pleno, Rel. Min. Aliomar Baleeiro, RT Informa, 117:29.
[46] DIAS, Francisco Barros e TUBENCHLAK, James (Coord.) *Doutrina.* Niterói: Instituto de Direito, vol.06.
[47] THEODORO JUNIOR, Humberto, FARIA, Juliana Cordeiro. *A Coisa Julgada Inconstitucional e os Instrumentos Processuais para seu controle.* In: *Coisa Julgada Inconstitucional.* 2004
[48] DANTAS, Ivo. *Coisa Julgada Inconstitucional: Declaração Judicial de Inexistência.* 2002.
[49] NERY JUNIOR, Nelson. *Teoria Geral dos Recursos.* 2004.

revista pge - 61 - 2006.pmd 29 26/10/2006, 16:16

O nosso sistema, então, abre a possibilidade ao interessado de mais dois anos para que possa postular junto ao Poder Judiciário a alteração da coisa julgada. Findo tal prazo, ocorre o que se chama da "coisa soberanamente julgada", não sendo mais possível modificar o julgado proferido, qualquer que seja o motivo alegado.

Prossegue o Professor NERY dizendo que

> permitir que o magistrado, no caso futuro, profira decisão sobre o que fez e o que não fez coisa julgada, a pretexto de que estaria aplicando o princípio da proporcionalidade, não é profligar tese de vanguarda, como à primeira vista poderia parecer, mas, ao contrário, é admitir a incidência do totalitarismo nazista no processo civil brasileiro. (...) nem os nazistas ousaram desconsiderar a coisa julgada: criaram uma nova e absurda hipótese – totalitária, é verdade – de impugnação da sentença pela ação rescisória, mas sujeita ao prazo decadencial normal para o exercício da pretensão rescisória. [50]

Sendo, portanto, a ação rescisória meio excepcional de impugnação de decisões judiciais transitadas em julgado, há que se fazer uma interpretação estrita de suas hipóteses, já que se trata de exceção e, por certo, não se pode transformá-la em regra. Por isso têm a doutrina e a jurisprudência majoritárias entendido não ser possível rescindir uma sentença sob o fundamento de ser ela injusta.

Como já se viu anteriormente, a ação rescisória pode ser ajuizada com fundamento em violação a literal dispositivo de lei, aqui incluída a regra constitucional. "É a forma mais grave de violação de lei federal, razão por que não pode ser oposta nenhuma outra resistência ao exercício da pretensão rescisória com fundamento na ofensa à CF, que não sejam requisitos expressamente previstos em lei para se ajuizar validamente a pretensão rescisória." [51]

Decisão inconstitucional transitada em julgado, portanto, não está imune ao controle jurisdicional da ação rescisória, porém, ultrapassado o prazo decandencial previsto em lei, não poderá mais ser questionada a questão, ainda que contrária à CF.

Por fim, os autores ainda trazem outros remédios processuais capazes de ser aplicáveis ao caso em análise, mas nenhum que consiga realmente angariar tantos adeptos a ponto de introduzir no campo de coisa julgada inconstitucional um remédio jurídico forte a ponto de afrontá-la e vencê-la de forma definitiva.

Em resumo, acerca dos meios de controle da coisa julgada inconstitucional, uma parte da doutrina opta por serem mantidos os instrumentos processuais já previstos em nosso ordenamento e, portanto, únicos meios possíveis para se desconstituir uma sentença tida como inconstitucional e outra

[50] NERY JUNIOR, Nelson. *Teoria Geral dos Recursos.* 2004.
[51] NERY JUNIOR, Nelson. *Teoria Geral dos Recursos.* 2004.

revista pge - 61 - 2006.pmd 30 26/10/2006, 16:16

parte inova um pouco e acrescenta aos meios processuais existentes e legalmente previstos para esse fim, outros talvez não tão práticos como os primeiros e não tão fáceis de serem agregados ao nosso ordenamento com essa finalidade específica.

A perda de uma ação judicial é o risco inerente a todo processo e com ele vem a "injustiça" da decisão para aquele que sucumbiu. Não se pode, a pretexto de encontrar-se a efetividade do processo e, portanto, a maior justiça das decisões, eternizar-se os litígios de forma a não mais se ter como garantia, também de natureza constitucional, a segurança nas relações jurídicas. É indiscutível a natureza de garantia constitucional da coisa julgada e, portanto, não pode sofrer esse tipo de "desprezo" por parte daqueles que querem, a todo custo, fazer justiça em detrimento das garantias constitucionalmente previstos em nossa Carta Magna, dentre elas a da segurança jurídica.

Ainda que já tenha a jurisprudência consolidado alguns casos específicos nos quais se abrandou a coisa julgada, ainda assim, deve-se ter muito cuidado quando se fala em coisa julgada inconstitucional, já que estamos tratando de princípios constitucionais, os quais foram alcançados com muita luta e desgaste e que hoje fazem na nossa Constituição uma das mais modernas do mundo.

Não se pode, por fim, trazer ao mundo da total abstração uma crise que, talvez, não seja tão fácil de apagar quando se verificar, tardiamente, que um passo em falso foi dado. Como dito no decorrer do trabalho, devemos encontrar formas menos traumáticas de resolver o problema da inconstitucionalidade das decisões e, portanto, das decisões injustas, que não instalando uma crise intolerável em nosso ordenamento jurídico. Esse estudo, espero, é uma modesta contribuição para que se evite as "crises" apontadas e se crie melhores soluções para a questão posta em discussão.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte,* tradução de edição alemão de 1.986, Madri: Centro de Estudos Constitucionales, 1.993.

ARAGÃO, Egas Moniz de. *Sentença de Coisa Julgada.* Rio de Janeiro: Forense, 1992.

ASSIS, Araken de. Eficácia da Coisa Julgada Inconstitucional. **Revista Jurídica,** nº 301, p. 07-29, 2002.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios.* Da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

revista pge - 61 - 2006.pmd 31 26/10/2006, 16:16

AZAMBUJA, Carmen. *Rumo a uma nova coisa julgada.* 1ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1994.

BARROS, Evandro Silva. Coisa Julgada Inconstitucional e Limitação Temporal para a propositura da Ação Rescisória**. Revista de Direito Constitucional e Internacional,** nº 47.

BERALDO, Leonardo de Faria. *A Relativização da Coisa Julgada que Viola a Constituição.* In: *Coisa Julgada Inconstitucional.* NASCIMENTO, Carlos Valder do (Org). 3 ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2004.

BRUSCATO, Wilges. *Monografia Jurídica.* 1 ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direto Constitucional,* p. 377.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Princiipi di Diritto Processuale.* 3 ed. Nápoles, 1.926.

COSTA NEVES, Murilo Sechieri. *Relativização da Coisa Julgada.* São Paulo: Complexo Jurídico Damásio de Jesus, agosto/2002. Disponível em: www.damasio.com.br/novo/html/frame_artigos.htm

DANTAS, Francisco Wildo Lacerda. Considerações sobre a Desconstituição e a Relativização da Coisa Julgada**. Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil**. São Paulo: nº 28, p. 33-43 – Mar/Abr 2004.

DANTAS, Ivo. Coisa Julgada Inconstitucional: Declaração Judicial de Inexistência. **Forum Administrativo**: Direito Público. Belo Horizonte: nº 15, p. 588-607,2002.

DELGADO, José Augusto. *Efeitos da Coisa Julgada e os Princípios Constitucionais.* In: *Coisa Julgada Inconstitucional.* NASCIMENTO, Carlos Valder do (Org). 3 ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2004.

_____*Pontos* Polêmicos das Ações de Indenização de Áreas Naturais Protegidas. **Revista de Processo**, nº 103, São Paulo: RT, 2001.

DIAS, Francisco Barros. A Coisa Julgada Inconstitucional. **Doutrina**, Instituto de Direito. Rio de Janeiro: nº 06, p. 361-372, 1998.
DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil.* 3 ed. São Paulo: Editora Malheiros, vol. III, 2001.

_____Relativizar a coisa julgada. **Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil**: nº 19, Set-Out/2002.

revista pge - 61 - 2006.pmd 32 26/10/2006, 16:16

GARCIA, Maria. *A Inconstitucionalidade da Coisa Julgada.* Revista de Direito Constitucional e Internacional, nº 47.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição,* p. 24.

ISKANDAR, Jamil Ibrahim. *Normas da ABNT.* Comentários para trabalhos científicos. 2 ed. Curitiba: Juruá Editora, 2004.

LIEBMAN, Eurico Túlio. *Eficácia e Autoridade da Sentença.* Milão: Giuffré, 1962 (tradução de Ada Pellegrini Grinover).

LIMA, Paulo Roberto de Oliveira. *Contribuição à teoria da coisa julgada.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MAIA, Izabelle Albuquerque da Costa. Breves Considerações sobre a Relativização da Coisa Julgada. **Revista de Processo**, n. 109, p. 260-271.

MARTINS, Batista. *Comentários ao Código de processo Civil.* Vol. III, p. 297.

MENESES JÚNIOR, José Amintas Noronha de. A Coisa Julgada Inconstitucional. Revista da **Escola Superior da Magistratura do Sergipe,** n. 02, p. 257-311, 2002.

MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil.* 1 ed. vol. II, p. 444.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Ainda e sempre a coisa julgada**. Revista dos Tribunais,** vol. 416, 1970.

_____Coisa Julgada e declaração. São Paulo: **Revista dos Tribunais,** vol. 429, 1971.

_____*Comentários ao Código de Processo Civil.* 10 ed. vol. V. São Paulo: Forense.

_____Eficácia da Sentença e Autoridade da Coisa Julgada. **Ajuris**, n 28, p. 15-31, julho/1988.

_____Efetividade do Processo: Por um Processo Socialmente efetivo. **Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil,** n. 11, mai./jun. 2001.

revista pge - 61 - 2006.pmd 33 26/10/2006, 16:16

NASCIMENTO, Carlos Valder do, et al. *Coisa Julgada Inconstitucional*. 3 ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2004.

NERY JUNIOR, Nelson. *A polêmica sobre a relativização (desconsideração) da coisa julgada e o Estado Democrático de Direito.* In:
___*Teoria Geral dos Recursos.* 6 ed. São Paulo: RT, 2004.

_____*Princípios do Processo Civil na Constituição Federal.* 7 ed. São Paulo: RT, 2002

NEVES, Celso. Coisa Julgada Civil. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 1971.

NUNES, Rizzatto. *Manual da Monografia Jurídica.* 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

OLIANI, José Alexandre Manzano. Impugnação de Sentença Transitada Materialmente em Julgado, Baseada em Lei Posteriormente Declarada Inconstitucional em Controle Concentrado pelo STF: Ação Rescisória ou Declaratória de Inexistência? **Revista de Processo,** n. 112, p. 221-239, 2003.

OLIVEIRA, Fernando César Ribeiro de. Execução e Coisa Julgada. **Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil,** n. 07, set/out. 2000.

OTERO, Paulo. *Ensaio sobre o Caso Julgado Inconstitucional.* Lisboa: Lex Edições Jurídica, 1993.

PORTO, Sérgio Gilberto. *Coisa Julgada Civil.* 2 ed. Rio de Janeiro: Aide, 1998.

_____Cidadania Processual e Relativização da Coisa Julgada. **Revista de Processo** , n. 112, p. 23-32, 2003.

SANTOS, Osmane Antônio dos e MATOS FILHO, Henoch Montenegro de Alencar (Coord.). Ação modificativa da coisa julgada. **Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região**, Brasília, n. 07. Julho 2002.

SILVA, Ovídio Baptista da. *Sentença e Coisa Julgada.* 3 ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995.

_____Coisa Julgada Relativa? **Revista Dialética de Direito Processual,** n. 13, p. 102-112.

revista pge - 61 - 2006.pmd 34 26/10/2006, 16:16

SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. Coisa Julgada: Direito Facultativo ou Imperativo**? Revista de Processo,** n. 95, p. 22-28.

SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. *Segurança jurídica e jurisprudência,* p. 17-18.

TALAMINI, Eduardo. Embargos à Execução de Título Judicial eivado de Incosntitucionalidade. **Revista de Processo,** n. 106, p. 38-83.

TESHEINER, José Maria Rosa. *Eficácia da Sentença e Coisa Julgada no Processo Civil.* 1 ed. São Paulo: RT, 2002.

_____Relativização da coisa julgada. **Revista Nacional de Direito e Jurisprudência,** n. 23, p. 07-11, Ribeirão Preto, nov. 2001.

THEODORO JÚNIOR, Humberto, FARIA, Juliana Cordeiro. *A Coisa Julgada Inconstitucional e os Instrumentos Processuais para seu Controle.* In: *Coisa Julgada Inconstitucional.* NASCIMENTO, Carlos Valder do (Org). 3 ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2004.

____Reforma do Processo de Execução e o Problema da Coisa Julgada Inconstitucional (CPC, Artigo 741, Parágrafo Único**). Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil**. São Paulo, n. 29, p. 05-27, maio/jun 2004.

VENTURA, Deisy. *Monografia Jurídica.* 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. *O dogma da Coisa Julgada- Hipóteses de Relativização.*1 ed. São Paulo: RT, 2003.

ZAMPROGNO, Alexandre. Meios Processuais para Desconstituir a Coisa Julgada Inconstitucional. **Revista Interesse Público**, n. 22, p. 95-100, 2003.

ZAVASCKI, Teori Albino. Ação Rescisória em matéria constitucional. **Revista de Interesse Público,** n. 12, p. 46-65, 2001.

revista pge - 61 - 2006.pmd 35 26/10/2006, 16:16

A PESSOA JURÍDICA DE DIREITO PÚBLICO NA AÇÃO POPULAR*

Ernesto Diel**

1 INTRODUÇÃO

A Ação Popular, tradicional meio de controle da legalidadade dos atos administrativos e de proteção ao erário público, mereceu uma atenção especial do Constituinte de 1988, que ampliou os bens tutelados pelo instituto, abarcando a proteção da moralidade administrativa, do meio ambiente e do patrimônio histórico e cultural.

Esta ampliação aproximou a ação popular de outros instrumentos de proteção dos direitos difusos, especialmente da ação civil pública, aumentando a importância do instituto como instrumento de tutela dos interesses públicos primários.

O presente trabalho propõe-se a estudar a participação das Pessoas Jurídicas de Direito Público nas Ações Populares, cujo rito especial traz uma série de dispositivos com características próprias, adaptados a conferir efetividade aos direitos e interesses objetos de proteção do instituto.

No primeiro capítulo busca-se legitimar estas adaptações procedimentais, segundo a moderna tendência da ciência processual, com forte influência do constitucionalismo moderno.

Segue-se no exame da causa de pedir da ação popular, examinando o binômio legalidade e lesividade como requisitos fundamentais para legitimar a atuação do cidadão e para fixar os limites do controle judicial dos atos do administrador.

Na segunda parte do estudo, examina-se a atuação das Pessoas Jurídicas de Direito Público na ação popular. A posição a ser assumida pela Pessoa Jurídica de Direito Público na Ação Popular está prevista no artigo 6º, da Lei nº 4.717/65, cujo *caput* apresenta um litisconsórcio necessário entre o ente público e os demais co-legitimados.

Devidamente citado, o ente público fica diante de três opções, segundo o parágrafo 3º da referida lei: contestar a demanda, atuar ao lado do autor, ou se omitir.

A partir desta tríplice alternativa, será analisado se há uma opção ou um dever do administrador agir desta ou daquela forma, bem como a possibilidade de, feita a opção, haver a mudança de posição no processo.

** O artigo tem como base a monografia apresentada no Curso de Especialização em Processo Civil - Processo e Constituição da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2004.*

** Procurador do Estado do Rio Grande do Sul. Especialista em Processo Civil.

revista pge - 61 - 2006.pmd 37 26/10/2006, 16:16

Para a verificação de qual a ação estatal mais adequada ao caso concreto, é relevante discorrer sobre a discricionariedade e vinculação dos atos administrativos, bem como a noção de interesse público.

Feita a opção, surge a necessidade de se fixarem as conseqüências processuais da conduta processual escolhida.

Segue-se, por fim, com o exame do procedimento de atuação do ente público, bem como a possibilidade de mudança de posição da Pessoa Jurídica de Direito Público na fase instrutória e decisória, e mesmo após a sentença, em face do princípio da estabilidade subjetiva da demanda.

É oportuno destacar, que ao estudarmos a atuação das Pessoas Jurídicas de Direito Público na ação popular, através da análise dos dispositivos processuais previstos na Lei nº 4.717/65, estamos examinando a forma como a Administração Pública se relaciona com os administrados.

Por isso, a importância de um procedimento que regule a atuação estatal, sempre voltado para atingir um interesse público. De fato, a busca do cidadão por uma gestão pública eficaz e honesta não pode nunca colidir com os interesses e a forma de agir dos seus representantes políticos.

2 DA TUTELA JURISDICIONAL NA AÇÃO POPULAR

2.1 Características da Tutela Jurisdicional nas Ações Populares

A ação popular possui peculiaridades que não são encontradas em outros procedimentos. Há, no seu bojo, características próprias que vão de encontro às soluções tradicionais propostas no procedimento ordinário previsto em nosso diploma processual.

Isso somente é possível na medida em que a tendência do direito processual moderno, sem ignorar a autonomia do direito processual em relação ao direito material, é, sempre que possível adaptar o procedimento às necessidades da relação material, visando a atingir um resultado mais próximo do ideal. A Lei nº 4.717/65, embora com quase 40 (quarenta) anos de vigência, contém este ideal, talvez por ser anterior ao Código de Processo Civil de 1973, que valorizou excessivamente o procedimento ordinário, em detrimento dos especiais.

Esta nova forma de pensar o processo, com forte influência do constitucionalismo moderno, surge como um contraponto ao formalismo e isolamento do processo. É a publicização do processo, que, nas palavras de Cândido Rangel Dinamarco[1], é :

> [...] forte tendência metodológica da atualidade, alimentada pelo constitucionalismo que se implementou a fundo entre os processualistas contemporâneos; tanto quanto este método, que em si constitui também uma tendência universal, ela remonta à

[1] DINAMARCO, Cândido Rangel. A Instrumentalidade do Processo. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 67.

revista pge - 61 - 2006.pmd 38 26/10/2006, 16:16

> firme tendência central no sentido de entender e tratar o processo como instrumento a serviço de valores que são objeto das atenções da ordem jurídico-substancial.

Nesta nova visão deve ser valorizado o objetivo da demanda, ou seja, o que se busca alcançar com o processo.

Neste contexto, fica claro que o rito processual previsto na Lei nº 4.717/65 diverge em muitos pontos do rito tradicional previsto no diploma processual civil, porque isso é necessário para melhor solucionar o direito material. É o que Kazuo Watanabe denomina de cognição adequada. Segundo o referido autor, "o direito à cognição adequada à natureza da controvérsia faz parte, ao lado dos princípios do contraditório, da economia processual, da publicidade e de outros corolários, do conceito de "devido processo legal", assegurado pelo art.5º, inc.LIV, da Constituição Federal. "Devido processo legal" é, em síntese, processo com procedimento adequado à realização plena de todos esses valores e princípios"[2].

Partindo da idéia de que através do procedimento é que se faz a adoção de várias combinações de cognição, o autor propugna que se deve buscar um procedimento adequado, segundo as exigências das pretensões materiais, sem deixar de atentar que "os limites para a concepção dessas várias formas são os estabelecidos pelo princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional e pelos princípios que compõem a cláusula do "devido processo legal"[3]

No mesmo sentido, leciona Ovídio A. Baptista da Silva[4]:

> Segundo se diz, se a função do processo há de ser verdadeiramente **instrumental**, deverá ele ser concebido e organizado de tal modo que as pretensões de direito material encontrem, no plano jurisdicional, formas adequadas, capazes de assegurar-lhes realização específica, evitando-se, quanto possível, que os direitos subjetivos primeiro sejam violados para, só então, merecer tratamento jurisdicional, concedendo-se a seu titular, às mais das vezes, um precário e aleatório sucedâneo indenizatório. A partir desta idéia básica, busca-se hoje, tanto no campo doutrinário, quanto na prática judiciária, desenvolver formas especiais de procedimentos sumários, por meio dos quais a ordem jurídica assegure a realização efetiva de cada direito subjetivo, protegendo-o, quando necessário, através de alguma forma de tutela preventiva. A partir desta idéia básica, busca-se, hoje, tanto no campo doutrinário, quanto na prática judiciária, desenvolver fórmulas especiais de procedimentos sumários, por meio dos quais a ordem jurídica assegure a realização **efetiva** de cada direito subjetivo, protegendo-o, quando necessário, através de algumas formas de tutela preventiva.

[2]WATANABE, Kazuo. Da cognição no processo civil. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2000, p. 124.
[3] Op. cit. p.124.
[4]SILVA, Ovídio A. Baptista. Curso de Processo Civil. v. I. Porto Alegre: Fabris, 1987, p. 106.

revista pge - 61 - 2006.pmd 39 26/10/2006, 16:16

O eminente processualista José Carlos Barbosa Moreira[5], sintetizou muito bem as principais características que um processo deve ter em busca da efetividade:

> a) o processo deve dispor de instrumentos de tutela adequados, na medida do possível, a todos os direitos (e outras posições jurídicas de vantagem) contemplados no ordenamento, quer resultem de expressa previsão normativa, quer se possam inferir do sistema;
> b) esses instrumentos devem ser praticamente utilizáveis, ao menos em princípio, sejam quais forem os supostos titulares dos direitos (e das outras posições jurídicas de vantagem) de cuja preservação ou reintegração se cogita, inclusive quando indeterminado ou indeterminável o círculo dos eventuais sujeitos;
> c) impende assegurar condições propícias à exata e completa reconstituição dos fatos relevantes, a fim de que o convencimento do julgador corresponda, tanto quanto puder, à realidade;
> d) em toda a extensão da possibilidade prática, o resultado do processo há de ser tal que assegure à parte vitoriosa o gozo pleno da específica utilidade a que faz jus segundo o ordenamento;
> e) cumpre que se possa atingir semelhante resultado com o mínimo dispêndio de tempo e energia.

O devido processo nesta nova tendência deixa de ser apenas a garantia a um procedimento rígido, imutável e intocável, passando a ser um direito a um procedimento que possa levar à efetividade, conferindo-se uma margem de liberdade ao Juiz, dentro de certos parâmetros e respeitando-se as garantias constitucionais.

Novamente cabe citar Cândido Rangel Dinamarco[6], para quem,

> [...] a liberdade das formas, deixando ao juiz entre parâmetros razoavelmente definidos e mediante certas garantias fundamentais aos litigantes, é que, hoje, caracteriza os procedimentos mais adiantados. Não é enrijecendo as exigências formais, num fetichismo à forma, que se asseguram direitos; ao contrário, o formalismo obcecado e irracional é fator de empobrecimento do processo e cegueira para os seus fins.

Nesta nova visão o Juiz deixa de ser mero coadjuvante do processo, assumindo um papel relevante de agente político, preocupado com a efetividade da justiça no caso concreto.

O Professor Carlos Alberto Alvaro de Oliveira[7], em sua obra "*Do Formalismo no Processo*", é um crítico veemente do formalismo despreocupado com a realidade, propugnando uma atitude mais criativa do Juiz, adaptando o

[5] MOREIRA, José Carlos. Notas sobre o problema da "efetividade" do processo, in Temas de direito processual, 3ª série. São Paulo: Ed. Saraiva, 1984, p. 27 e 28.
[6] Op. cit. p. 155.
[7] OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Do formalismo no processo civil. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 213.

revista pge - 61 - 2006.pmd 40 26/10/2006, 16:16

direito à realidade, quando necessário para se chegar a uma solução justa. Segundo o ilustre jurista:

> [...] há de ser rejeitado com veemência o formalismo oco e vazio, que desconhece o concreto e deixa de fazer justiça. A organização do processo e sua ordem, por sua vez, também não são destituídos de conteúdo. Ordem por ordem não tem significado. Assim, se o juiz preservar as garantias das partes, vedado não lhe é adotar um ponto de vista mais maleável, adaptando o direito e o sistema ao caso.

Lançadas as razões para fundamentar a necessidade da adequação do procedimento em função das características peculiares da lide, é preciso discorrer sobre o motivo por que a ação popular tenha uma tramitação diferenciada em relação às lides tradicionais.

A resposta é simples. A ação popular tem como função a preservação de direitos metaindividuais onde cada cidadão defende um direito que é, ao mesmo tempo seu e de toda a coletividade. Pouco importa saber se o autor popular age em nome próprio ou como substituto processual da coletividade, questão polêmica na doutrina, mas sim que defende um direito coletivo e não um direito individual.

O procedimento da ação popular surge assim para romper com o sistema tradicional, mais preocupado para o enfrentamento das ações individuais. De fato, os conceitos de interesse e legitimidade (artigos 3º e 6º, do Código de Processo Civil), e de coisa julgada (artigo 672, do mesmo diploma legal) são adequados aos conflitos individuais, mas não às demandas coletivas. A propósito do tema, vem a calhar a lição de Ruy Armando Gessinger[8], para quem, "as velhas noções de que o autor deva demonstrar interesse pessoal e direito para invocar a proteção jurisdicional começam a apresentar fissuras".

Em poucas palavras, interesse coletivo pode ser definido como aquele comum a um grupo de pessoas, unidas por um vínculo jurídico. Já os interesses difusos, são aqueles que se referem a um grupo indeterminado de pessoas, onde não há uma ligação entre seus titulares. Estes são os interesses tutelados pela ação popular.

Como bem observou Rodolfo de Camargo Mancuso[9] "essa dimensão coletiva do interesse metaindividual é que explica a peculiar natureza da tutela judicial nesse tipo de ação, permitindo soluções singulares e engenhosas".

Como exemplo dessas soluções originais, temos a permissão conferida a qualquer cidadão, bem como ao órgão do Ministério Público, de prosseguir com a demanda popular quando o autor desistir da ação (artigo 9º, da Lei nº 4.717/65). A regra geral, segundo o Código de Processo Civil, é que, angularizada a lide, não pode haver a substituição voluntária das partes (artigo

[8] GESSINGER, Ruy Armando. Da Ação Popular Constitucional. Porto Alegre: Ed. Metrópole, 1985, p. 21.
[9] MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Ação Popular–Proteção do erário público. Do patrimônio cultural e natural; e do meio ambiente. Ed. Revista dos Tribunais. São Paulo, 1993, p. 19.

revista pge - 61 - 2006.pmd 41 26/10/2006, 16:16

264), na medida em que o interesse tutelado pelo processo é unicamente das partes. Já a ação popular tutela direitos que interessam a qualquer cidadão, ao Ministério Público, bem como à pessoa jurídica prejudicada. Nada mais natural, assim, que, com o fito de evitar que a lesão fique sem reparação, em função do desinteresse do autor, em nome da efetividade, o legislador tenha criado o mecanismo do artigo 9º.

Outra solução engenhosa, que visa ao resultado efetivo do processo, encontra-se nos artigos 16 e 17, da Lei nº 4.717/65, que possibilitam a qualquer cidadão, ao Ministério Público, e até mesmo ao ente público que contestou a demanda, promover a execução da sentença de procedência.

Há, ainda, o tratamento específico conferido à coisa julgada (artigo18, da Lei nº 4.717/65), que visa a evitar que o cidadão descuidado na produção da prova impossibilite a nova discussão da lide. Por fim, temos a regra do artigo 6º, da ação popular, cujo conteúdo será analisado nos próximos capítulos.

Cabe observar, finalmente, que em função dos direitos indisponíveis em causa, não é possível a transação.

Também, não há espaço para a reconvenção. Em relação ao tema, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça que:

> [...] o pedido reconvencional pressupõe que as partes estejam litigando sobre situações jurídicas que lhes são próprias. Na ação popular, o autor não ostenta posição jurídica própria, nem titulariza o direito discutido na ação**,** que é de natureza indisponível. Defende-se, em verdade, interesses pertencentes a toda sociedade. É de se aplicar, assim, o parágrafo único, do art. 315, do CPC, que não permite ao réu, "em seu próprio nome, reconvir ao autor, quando este demandar em nome de outrem[10].

Novamente, observa-se que a solução de um impasse procedimental passa pela análise do objeto da demanda.

Assim, fica claro que o procedimento específico da ação popular, embora com mais de 38 anos de vigência, está em sintonia com a tendência do moderno direito processual, oferecendo aos operadores do direito instrumentos capazes de dotar o processo de maior carga de utilidade política e social.

2.2 Causa de Pedir na Ação Popular

A causa de pedir em qualquer ação se compõe das descrições dos fatos e do fundamento jurídico que embasa determinado pedido. A causa de pedir é necessária em qualquer demanda, inclusive a popular, sendo um dos requisitos da petição inicial, nos termos do artigo 282, do Código de Processo Civil Brasileiro.

[10] Recurso Especial nº 72065/RS, Relator(a) Ministro CASTRO MEIRA. Órgão Julgador – Segunda Turma. Data do Julgamento 03/08/2004.

revista pge - 61 - 2006.pmd 42 26/10/2006, 16:16

Busca o autor popular a anulação do ato lesivo ao patrimônio público, à moralidade administrativa, ao patrimônio histórico e cultural e ao meio ambiente. Mas qual a causa de pedir que embasa o pedido?

Para responder essa indagação temos que considerar, em primeiro lugar, qual a causa remota da ação popular. Esta nasce com o direito conferido a qualquer cidadão, juntamente com o sufrágio e outros direitos, de fiscalizar e exigir uma gestão honesta e moral do patrimônio público, "portanto, a causa remota, na ação popular está no direito subjetivo público inerente a cada cidadão, de exigir que a gestão da coisa pública seja proba, eficaz e responsável"[11]. É um direito que surge ou deveria surgir com a formação do Estado, pois o agente público nada mais é do que um mandatário da coletividade.

Neste ponto é importante destacar que a ação popular visa a preservar apenas os interesses difusos e coletivos elencados pelo legislador constitucional, não sendo remédio para a defesa de direitos individuais. Como bem observou Teori Albino Zavascki[12] "não se pode confundir defesa de direitos coletivos com defesa coletiva de direitos individuais." Aqueles são direitos indivisíveis, sem titular determinado, como por exemplo o direito ao meio ambiente. Estes são direitos individuais, cuja ligação com os demais titulares deste direito decorre apenas de uma origem comum.

Não basta que o autor demonstre que seu objetivo é a preservação do erário, da moralidade administrativa, do patrimônio histórico e cultural e do meio ambiente, é necessária a indicação e a afirmação da existência de um ato ilegal que produza lesão ao patrimônio público e à moralidade pública. Trata-se da causa próxima que permite o ajuizamento da ação popular.

Surge, assim, a necessidade do exame do binômio ilegalidade e lesividade como causas de pedir da ação popular.

A alegação da ilegalidade do ato, em sentido amplo, abarcando os atos que atentem a moralidade administrativa, é requisito imprescindível para a propositura da ação popular. De fato, mesmo que esteja presente a lesividade, não é recomendável que o Judiciário analise o mérito do ato administrativo, quando o ato foi praticado em função da finalidade pública, por autoridade competente e na forma prescrita em lei. Neste sentido Acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul:

> **AÇÃO POPULAR. LICITAÇÃO. CRITÉRIO DE MELHOR PREÇO. URGÊNCIA. ILEGALIDADE E LESIVIDADE NÃO DEMONSTRADAS.**
>
> A licitação é instrumento posto à disposição da Administração Pública para a seleção da proposta mais vantajosa.
>
> Em abstrato, o critério de melhor preço não significa que seja o de menor valor nominal, isto é, aquele que se apresente, na proposta, com expressão numérica mais baixa.

[11] Op. cit. p .65.

[12] ZAVASCKI, Teori Albino. Defesa de direitos coletivos e defesa coletiva de direitos. Revista Forense, v. 329. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1995, p. 151.

revista pge - 61 - 2006.pmd 43 26/10/2006, 16:16

A ação popular não autoriza o Judiciário a invalidar opções administrativas ou substituir critérios técnicos por outros que refuta mais convenientes ou oportunos, pois essa valorização refoge da competência da justiça e é privativa da Administração.
O entendimento predominante na doutrina e na jurisprudência é no sentido de que sem lesividade não se caracteriza a ação popular (José Afonso da Silva, Ação Popular Constitucional, Rev. dos Trib. p. 149).
Apelo improvido.
(Apelação Cível nº 70002751725, Rel. Mário Crespo Brum, 1ª Câmara Cível, Data do Julgamento, 30/06/2003)
(grifou-se)

Porém, não é esta a posição de autores como Rodolfo de Camargo Mancuso[13]e José Afonso da Silva[14], para quem "a tendência é a de erigir a lesão, em si, à condição de motivo autônomo de nulidade do ato". Para esses autores, mesmo que o ato seja legal e moral, basta a presença da lesividade para a configuração da nulidade do ato.

Esta tendência reflete a atual concepção[15] sobre o controle judicial dos atos administrativos, em que se impõem limitações à discricionariedade administrativa em casos em que a ação do agente público é desarrazoada, extrapolando o necessário para a consecução dos fins públicos. É a aplicação conjugada dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade[16].

E a lesividade seria requisito imprescindível para o sucesso da demanda popular? Não há dúvida que, quando estivermos diante do binômio lesividade/legalidade estão presentes os motivos suficientes para um juízo de procedência da ação popular.

Porém, pode ocorrer que não se consiga identificar nenhuma lesividade resultante da conduta do agente público, mesmo que esta tenha sido praticada em proveito próprio ou de terceiro e não em nome do interesse público. É a violação moral do ato em função do desvio de finalidade.

Nestes casos, havendo violação da moralidade administrativa, a doutrina e jurisprudência apontam para a existência de uma lesividade presumida, suficiente para ensejar a ação popular, pois o desvio moral atenta contra a própria causa remota da ação popular. A lesividade seria conseqüência necessária da imoralidade do ato.

Sobre o tema, cabe citar as seguintes decisões do Egrégio Supremo Tribunal Federal:

---

[13] Op. cit. p. 68.
[14] SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 9. ed. São Paulo: Ed. Malheiros, 1992, p. 405.
[15] SILVA, Almiro do Couto e. Poder Discricionário no Direito Administrativo Brasileiro. Revista de Direito Administrativo. v. 179 e 180. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 1990, p. 51-67.
[16] A razoabilidade e a proporcionalidade foram positivados pela Lei nº 9784/88, de aplicação restrita ao âmbito da Administração Pública Federal, cujo *caput,* do artigo 2º, os arrolou entre os princípios que devem ser observados pela Administração Pública. Também o inciso V, do parágrafo único, do artigo 2º, da mesma lei, refere-se à necessidade de adequação entre meios e fins, vedada a imposição de gravames aos administrados em medida superior 'aquelas necessárias para o atendimento do interesse público.

revista pge - 61 - 2006.pmd 44 26/10/2006, 16:16

EMENTA: AÇÃO POPULAR. ABERTURA DE CONTA EM NOME DE PARTICULAR PARA MOVIMENTAR RECURSOS PÚBLICOS. PATRIMÔNIO MATERIAL DO PODER PÚBLICO. MORALIDADE ADMINISTRATIVA. ART. 5º, INC. LXXIII, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. O entendimento sufragado pelo acórdão recorrido no sentido de que, para o cabimento da ação popular, basta a ilegalidade do ato administrativo a invalidar, por contrariar normas específicas que regem a sua prática ou por se desviar dos princípios que norteiam a Administração Pública, **dispensável a demonstração de prejuízo material aos cofres públicos**, não é ofensivo ao inc. LXXIII do art. 5º da Constituição Federal, norma esta que abarca não só o patrimônio material do Poder Público, como também o patrimônio moral, o cultural e o histórico. As premissas fáticas assentadas pelo acórdão recorrido não cabem ser apreciadas nesta instância extraordinária à vista dos limites do apelo, que não admite o exame de fatos e provas e nem, tampouco, o de legislação infraconstitucional. Recurso não conhecido

(**RE170768/SP, Relator(a): Min. ILMAR GALVÃO, Julgamento:26/03/1999, Órgão Julgador: Primeira Turma)**

(grifou-se)

Ementa

ADMISSÃO AO SERVIÇO PÚBLICO. AÇÃO POPULAR. CABIMENTO QUANDO O ATO ADMINISTRATIVO É NULO. PRESUNÇÃO LEGAL DE LESIVIDADE. - ADMITIDOS PELA LETRA 'A' DO INCISO III, DO ARTIGO 119, DA EMENDA CONSTITUCIONAL N. 1/69, AMBOS OS RECURSOS PODEM SER EXAMINADOS PELA LETRA 'D' DO MESMO DISPOSITIVO CONSTITUCIONAL (SUMULAS 292 E 528). FALTA DE PREQUESTIONAMENTO DA QUESTÃO RELATIVA A OFENSA AOS ARTS. 6. E 13, I, DA EMENDA CONSTITUCIONAL N. 1/69. –

O entendimento de que, para o cabimento da ação popular, basta a demonstração da nulidade do ato administrativo não viola o disposto no artigo 153, parágrafo 31, da Constituição, nem nega vigência aos arts.1. e 2. da Lei 4717/65, como já decidiu esta corte ao julgar caso análogo (RE 105520).

Dissídio de jurisprudência não demonstrado. Recursos Extraordinários não conhecidos.

(**RE 113729/RJ, Relator(a): Min. MOREIRA ALVES, Julgamento: 14/03/1989, Órgão Julgador: Primeira Turma).**

Tais precedentes reforçam a posição de que a proteção à moralidade administrativa é, por si só, motivo suficiente para a propositura da ação popular.

Mas, nos demais casos em que não há ilegalidade, mas não violação à moralidade administrativa, é consenso na doutrina que não basta a ilegalidade do ato, necessário que o ato seja lesivo ao patrimônio público. Neste sentido, a

revista pge - 61 - 2006.pmd 45 26/10/2006, 16:16

posição de Gessinger[17], para quem "não basta que o ato seja ilegal; a lesividade deve estar presente. Se o administrador agiu ilegalmente, mas disso não decorreu lesão ao patrimônio público, não tem cabida a ação popular". Na mesma direção, precedente do Egrégio Superior Tribunal de Justiça [18].

A ação será admitida mesmo que ainda não concretizados os atos lesivos, é a denominada ação popular preventiva. Basta uma determinação ou autorização da prática do ato potencialmente lesivo para ensejar a propositura da ação. Porém, é sempre importante destacar que a ação popular não é substitutiva da ação direta de inconstitucionalidade. Assim, para que se possa ajuizar a ação popular é necessário que o administrador ou um dos demais legitimados passivos tenham praticado um ato concreto, ou haja justo receio que este venha a ser praticado, não se admitindo a propositura de demanda que vise a atacar a lei em tese. Neste sentido, precedente do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul:

> **CONSTITUCIONAL. AÇÃO POPULAR. CONTROLE DA CONSTITUCIONALIDADE DE LEI. IMPOSSIBILIDADE.**
> 1. O controle concentrado da constitucionalidade da lei somente se revela possível através de Ação Direta de Inconstitucionali-dade, cuja apreciação cabe ao Pleno do Tribunal de Justiça, e, não, como objeto principal de ação popular.
> **2. AGRAVO DE INSTRUMENTO PROVIDO.**
> (Apelação Cível nº º 70004853859, Rel. Araken de Assis, 4ª Câmara Cível, Data do Julgamento, 06/11/2002)

De qualquer sorte, o binômio lesividade e ilegalidade continuam fundamentais para a definição da causa de pedir na ação popular, sem prescindir da presença ou ameaça de um ato, contrário aos interesses tutelados pela norma constitucional.

3 O POSICIONAMENTO DA PESSOA JURÍDICA DE DIREITO PÚBLICO NA AÇÃO POPULAR

Expostas as peculiaridades da tutela dos interesses difusos no procedimento da ação popular, passa-se a estudar a participação da Pessoa Jurídica de Direito Público na fase de cognição da ação popular. Não se está com isto negando a legitimidade passiva das demais pessoas jurídicas de direito privado, integrantes da administração indireta da União, do Estado e dos Municípios, apenas delimitando o campo de estudo.

Sem deixar de considerar a relevância da execução da sentença da ação popular, a presente análise concentrar-se-á no exame do artigo 6º, da Lei nº 4.717/65, mais especificamente em relação ao papel a ser assumido pelo ente público.

[17] Op.cit. p. 46.
[18] Cabe citar os seguintes precedentes: RESP 250593/SP. RESP 185835/RJ, RESP 111527/DF.

revista pge - 61 - 2006.pmd 46 26/10/2006, 16:16

3.1 A Atuação do Poder Público no Pólo Ativo e Passivo da Ação Popular

A Ação Popular possui regras específicas quanto à legitimidade para a causa. No pólo ativo, a iniciativa é exclusiva do cidadão, constituindo-se como um instrumento de atuação da soberania popular.

No pólo passivo, há a formação de um litisconsórcio necessário entre a Pessoa Jurídica de Direito Público ou qualquer outra pessoa jurídica mencionada no artigo 1º, da Lei nº 4717/65, os autores dos atos lesivos e os beneficiários do ato.

Veja-se que o artigo 6º, da Lei nº 4.717/65 se caracteriza como norma cogente, obrigando a presença de todos os legitimados passivos na lide. Isto porque, como bem salienta Ruy Armando Gessinger[19], "admitir pudesse o cidadão–autor discriminar entre os sujeitos passivos da medida, para impedir sua invalidez em relação a alguns deles e omitir qualquer solicitação a respeito de outros, seria descaracterizar a ação popular como meio de preservamento dos patrimônios públicos".

Assim, se o autor não requerer na inicial a citação de todos os beneficiários e autores do ato, e até mesmo a pessoa jurídica cujo patrimônio foi lesionado pelo ato ilegal, deve o Juízo de ofício determinar tal medida. A ausência de citação de um dos legitimados passivos pode levar à nulidade do feito. Nesta linha de raciocínio:

> **AÇÃO POPULAR CONTRA PREFEITO MUNICIPAL. LICITAÇÃO E CONTRATO ADMINISTRATIVO. LITISCONSORCIO. FALTA DE CITAÇÃO. NULIDADE.** Na Ação Popular devem ser citados a Pessoa Jurídica de Direito Público, as autoridades, funcionários ou administradores que houverem autorizado, aprovado, ratificado ou praticado o ato impugnado e os beneficiários, art. 6º da lei 4717, 29.06.65. Tratando-se de litisconsórcio necessário, **é nulo o processo pela falta de citação da Pessoa Jurídica e dos beneficiários do ato. Recurso Provido.**
> **(APELAÇÃO CÍVEL Nº 70000566422, SEGUNDA CÂMARA CÍVEL, TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RS, RELATOR: MARIA ISABEL DE AZEVEDO SOUZA, JULGADO EM 12/04/2000)**
> (grifou-se)

Mais uma vez se observa a adaptação da norma processual como forma de preservar o direito material, na medida em que o cidadão não tem poder de disposição sobre o conteúdo do direito protegido pela ação popular, embora tenha a faculdade de ajuizar a demanda para a proteção destes direitos. Isto porque, "a iniciativa discriminatória transformá-la-ia num instrumento das

[19] Op. cit. p. 39-40.

revista pge - 61 - 2006.pmd 47 26/10/2006, 16:16

preferências, ou prevenções do indivíduo, que, sob a aparência de defender o interesse público, o que em verdade estaria fazendo, ao utilizá-la, era agir em função de sentimentos personalistas seus"[20].

No entanto, embora necessário, o litisconsórcio não será unitário, já que, como bem salienta Ruy Armando Gessinger[21], "examinando a prova, o juiz poderá encontrar diferentes soluções para cada um dos integrantes do pólo passivo da relação processual". E o que caracteriza o litisconsórcio como unitário é o fato de o juiz ter que decidir a lide de maneira uniforme para todos os litisconsortes. Veja-se que o ente público jamais será condenado a ressarcir o dano, na medida em que é tão vítima da ilegalidade quanto a coletividade. Somente os responsáveis e beneficiários do dano é que serão condenados ao ressarcimento em benefício justamente do ente público co-réu na ação. No mesmo sentido, Cândido Rangel Dinamarco[22], para quem não haverá identidade no tratamento dos sujeitos passivos da relação processual na ação popular.

Embora arrolada entre os sujeitos passivos da ação popular, a Pessoa Jurídica de Direito Público não está obrigada a permanecer no pólo passivo da relação processual.

Justamente porque a ação popular visa a combater a lesão sofrida pelo ente público, é que o legislador inseriu o parágrafo 3º, no artigo 6º, da lei da ação popular.

Segundo propugna o referido dispositivo legal, a Pessoa Jurídica de Direito Público, devidamente citada, ficará diante de três perspectivas: contestar a demanda; atuar ao lado do autor ou se omitir.

Trata-se de inovação processual sem precedentes na legislação processual brasileira, que hoje está presente também na Lei nº 8.429/92, que trata dos atos de improbidade administrativa.

Esta peculiaridade se justifica na medida em que o interesse protegido é o patrimônio público, cuja titularidade é da Administração. Tanto é que o artigo 17, da Lei nº 4.717/65, permite que a entidade pública, mesmo que tenha contestado a demanda, promova a execução de sentença. Para José Carlos Barbosa Moreira[23], "essa norma, à primeira vista curiosa, justifica-se pela consideração de que a ação popular, em substância, não se dirige contra a pessoa jurídica supostamente lesada, mas, bem ao contrário, se intenta a seu favor."

Diante das alternativas legais, é necessário saber se há ou não alguma margem de discricionariedade no agir estatal.

Para tanto, é importante discorrer sobre o conteúdo vinculado e discricionário dos atos administrativos, e sua relação com o grau de liberdade conferida ao agente público para a prática dos atos administrativos.

---

[20] Op. cit. p. 40.
[21] Op. cit. p. 41.
[22] DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituição de Direito Processual Civil. v. II. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 360.
[23] MOREIRA, José Carlos Barbosa. A Ação Popular do Direito Brasileiro Como Instrumento de Tutela Jurisdicional dos Chamados "Interesses Difusos". Revista dos Tribunais n. 28. São Paulo: Editora RT, 1982, p. 14.

revista pge - 61 - 2006.pmd 48 26/10/2006, 16:16

Os atos discricionários, segundo Hely Lopes Meireles[24], "são os que a administração pode praticar com liberdade de escolha de seu conteúdo, de seu destinatário, de sua conveniência, de sua oportunidade e do modo de sua realização". Ou seja, a lei confere um certo grau de liberdade ao administrador tanto na escolha do objeto, quanto no momento e na maneira de agir. Já os atos discricionários são aqueles em que a lei estabelece os requisitos e as condições para a realização do ato, inexistindo margem de conveniência e oportunidade para o agir estatal.

Entre os requisitos dos atos, tem-se a finalidade, que é o fim público a ser atingido pela prática do ato. A finalidade é sempre vinculada. O desvio de finalidade leva à ilegalidade do ato pela violação do princípio da moralidade. Nas exatas palavras de Celso Antônio Bandeira de Melo[25], "as pessoas administrativas não têm, portanto, disponibilidade sobre os interesses públicos confiados à sua guarda e realização".

É certo que todo aquele que exerce determinada função pública é investido de determinadas atribuições e possui poderes para exercê-las. No entanto, tais poderes estão intimamente vinculados ao dever de satisfazer o interesse público. É o que a doutrina denomina de poder-dever da administração.

O poder não é um privilégio da pessoa que o exerce, mas sim um instrumento para se chegar a uma determinada finalidade. Em função disto é que Celso Antônio Bandeira de Melo[26] propugna que quem administra tem, na realidade, deveres-poderes, entendendo conveniente inverter a ordem dos termos deste binômio para deixar claro que o poder se subordina ao dever, tendo função meramente instrumental.

Aplicando-se essas definições ao tema sob exame, resta claro que não há um juízo discricionário do administrador diante das hipóteses elencadas no parágrafo 3º, do artigo 6º, da Lei 4.717/65, mas sim um dever-poder de agir desta ou daquela forma segundo o interesse público. Segundo Cirne Lima[27], "a atividade do administrador obedece, cogentemente a uma finalidade, à qual o agente é obrigado adscrever-se qualquer que sejam as suas inclinações pessoais".

Neste sentido, a opinião de Rodolfo de Camargo Mancuso[28]:

> [...] de se observar que essas opções não estão para serem ponderadas ao bel prazer da administração ré, senão ao prudente arbítrio da Autoridade competente, que, deve se precaver para não agir de forma leviana ao decidir qual das opções irá tomar, sob pena de, eventualmente, incorrer na pecha de prevaricação.

[24] MEIRELES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 16. ed. São Paulo: Editora RT, 1991, p. 144.
[25] MELLO, Celso Antônio Bandeira. Curso de Direito Administrativo. 11. ed. São Paulo. Ed. Malheiros, 1999, p. 34.
[26] Op. cit. p. 56.
[27] LIMA, Ruy Cirne. Sistema de direito administrativo brasileiro. v.1. Porto Alegre: Ed. Santa Maria, 1956, p.26.
[28] Op. cit. p. 113.

revista pge - 61 - 2006.pmd 49 26/10/2006, 16:16

Na mesma linha, a Procuradora do Estado de São Paulo Dora Maria de Oliveira Ramo[29], ao afirmar que se o interesse público for pela nulidade do ato, o administrador terá o poder-dever de integrar a lide no pólo ativo da demanda.

Assim, se o ato que deu ensejo à propositura da ação tenha sido praticado em desacordo com os princípios da legalidade e moralidade (artigo 27, da Constituição Federal), não é possível se admitir que haja uma opção, mas sim um dever-poder do administrador em aderir ao pólo ativo.

O que irá pautar o agir estatal será o interesse público. Porém, não há de se identificar o interesse público e o interesse de Estado como organização estatal, na medida em que é equivocada a conceituação de interesse público a partir da identidade de seu titular, isto porque pode ser diverso o interesse público do mero interesse patrimonial da administração.

A partir das lições da doutrina italiana, Celso Antônio Bandeira de Mello[30] distingue os denominados interesses públicos primários, que são os interesses da coletividade, dos interesses secundários, que são aqueles que dizem respeito à Administração Pública como máquina estatal. Segundo propugna o autor:

> [...] os interesses secundários não são atendíveis senão quando coincidirem com interesses primários, únicos que podem ser perseguidos por quem axiomaticamente os encarna e representa. Percebe-se, pois, que a Administração não pode proceder com a mesma desenvoltura e liberdade com que agem os particulares, ocupados na defesa das próprias conveniências, sob pena de trair sua missão própria e sua própria razão de existir.

Se o interesse público que há de mover o agente público na definição da posição a ser assumida na ação popular é o primário, não pode haver qualquer margem de discricionariedade na escolha. Assim, não podemos concordar com a posição de Luiz Manoel Gomes Júnior[31] para quem a opção é discricionária, ficando na livre escolha do agente público.

Somente pode haver margem de discricionariedade no agir estatal quando o administrador se deparar com duas ou mais opções que atendam o interesse público. Na ação popular, contestar ou defender o ato são medidas antagônicas. Nestes casos, como bem explanado por Celso Antônio Bandeira de Melo[32]:

> [...] se a lei, nos casos de discrição, comporta medidas diferentes, só pode ser porque pretende que se dê uma certa solução para um dado tipo de casos e outra solução para outra espécie de casos, de modo a que sempre seja adotada a solução pertinente, adequada

[29] RAMOS, Dora Maria de Oliveira. Princípios da Administração Pública: a supremacia do interesse público sobre o interesse particular. Revista de Direito Administrativo Aplicado. n. 10. Curitiba: Ed. Gênesis, 1996, p. 679.
[30] Op. cit. p. 31-32.
[31] GOMES JUNIOR, Luiz Manoel. Ação Popular – Alteração do Pólo Jurídico da Relação Processual – Considerações – Parecer Jurídico. Repertório de Jurisprudência IOB – 2ª quinzena de junho 2004 – nº 12/2004 – v. I, p. 452.
[32] Op. cit. p. 633.

revista pge - 61 - 2006.pmd 50 26/10/2006, 16:16

> à fisionomia própria de cada situação, a fim de que seja atendida a finalidade da regra em cujo nome é praticado o ato.

Em face do exposto, conclui-se que o interesse público que irá ditar a conduta estatal, segundo o parágrafo 3º, do artigo 6º, da Lei 4.717/65, há de ser o interesse público primário, sendo a decisão do agente público vinculada à satisfação deste interesse.

Voltando à análise do artigo 6º, tem-se que aderindo ao pólo ativo da relação processual, assumiria o Estado o papel de assistente litisconsorcial do autor, e não assistente simples, na medida em que não é simplesmente atingido pelo resultado do processo por ter uma relação jurídica conexa com uma das partes, mas sim porque integra a relação jurídica material, sendo diretamente prejudicado pelo ato que ensejou o prejuízo aos bens tutelados pela ação popular. Esta é a posição propugnada por Ruy Armando Gessinger[33].

O ente público, ao aderir ao pólo ativo poderá postular a produção de provas, bem como recorrer de eventual sentença de improcedência.

Mas se, ao contrário, como bem salienta Rodolfo de Camargo Mancuso[34], a investigação interna revela que a demanda não tem o mínimo fundamento, constituindo-se mera aventura judiciária, deve a demanda ser contestada.

Da mesma forma, se não houver de plano elementos suficientes para a caracterização da ilegalidade do ato lesivo ao patrimônio público, deve a demanda ser contestada, em nome da presunção de legitimidade dos atos administrativos. A presunção de legitimidade é um dos atributos do ato administrativo. Na definição de Bandeira de Melo[35], "é a qualidade que reveste tais atos, de presumirem verdadeiros e conformes ao Direito, até prova em contrário".

A terceira opção, que é a abstenção, que em um primeiro momento poderia parecer uma atuação contrária ao interesse público, pode ser uma opção válida naquelas situações em que o agente público preferir aguardar a fase instrutória, já que não tem de plano elementos para perquirir a ilegalidade do ato. Com a produção da prova, o ente público poderá ter elementos para aderir a um dos pólos, sendo-lhe permitido inclusive recorrer da sentença. A questão da modificação da posição assumida pela Pessoa Jurídica de Direito Público na lide será objeto de análise mais apurada no decorrer deste capítulo.

Claro que esta opção somente será válida em situações muito específicas, em que a ilegalidade ou imoralidade do ato depender da produção da prova, especialmente a prova técnica.

Mesmo que o ente público silencie, deixando de contestar a demanda, não se operam os efeitos da revelia, na medida em que a própria norma permite esta omissão da pessoa jurídica de direito público. Além disto, estamos diante

[33] Op.cit. p. 43.
[34] Op. cit. p. 113.
[35] Op. cit. p. 297.

revista pge - 61 - 2006.pmd 51 26/10/2006, 16:16

de direitos indisponíveis, o que é motivo suficiente para o ente público não ser considerado revel.

Questão interessante e ainda pouco enfrentada pela doutrina, é definir se esta tríplice opção presente no parágrafo 3º, do artigo 6º, da Lei nº 4.717/65, poderia ser estendida a outras demandas coletivas, especialmente à ação civil pública, quando a administração é demandada como responsável indireto pelo dano a direito difuso ou coletivo. Nestes casos, seria muito mais importante que o ente público auxiliasse o autor da demanda coletiva em busca dos responsáveis diretos pelo dano.

A Lei nº 7.347/85, que trata da ação civil pública, prevê no seu artigo 5º, parágrafo 2º, que o poder público poderá habilitar-se no feito na condição de litisconsorte de uma das partes, porém não há referência a possibilidade, quando demandado, de modificar a sua condição no processo.

A ausência de previsão expressa sobre o tema na Lei nº 7.347/85 pode levar o intérprete, em um primeiro momento, a concluir pela impossibilidade de o ente público aderir ao pólo ativo da relação processual.

No entanto, não podemos deixar de considerar o que foi exposto no capítulo primeiro, especialmente em relação ao papel ativo do juiz no atual estágio do moderno processo e a necessidade da adequação do procedimento em função das características peculiares da lide.

Além disto, existe hoje no sistema processual brasileiro uma interação entre os textos reguladores que tratam das ações coletivas, com o claro objetivo de evitar contradições e descompassos entre os diversos diplomas legais.

Exemplo dessa interação é, como já citado, a aplicação do artigo 6º, parágrafo 3º, da Lei nº 4.717/65 às ações civis públicas por ato de improbidade, por expressa disposição do artigo 17, parágrafo 3º, da Lei nº 8.429/92. Ora, se o dispositivo é aplicado à ação civil pública por atos de improbidade, por que não aplicá-lo a todas as ações civis públicas e demais ações coletivas?

Da mesma forma, a remissão expressa à ação popular feita pelo artigo 1º da Lei nº 7.347/85 e aplicação dos dispositivos do Código de Defesa do Consumidor às ações civis públicas, e vice-versa, cujas permissões estão positivadas no artigo 21, da Lei nº 7.347/85, e no artigo 90, do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90).

Esta integração entre os diversos diplomas legais que tratam das demandas coletivas, criando um microssistema das ações coletivas, justifica, assim, a aplicação do artigo 6º, parágrafo 3º, da lei da ação popular às demais ações coletivas.

revista pge - 61 - 2006.pmd 52 26/10/2006, 16:16

3.2 Do Procedimento para Fixação da Atuação Estatal e a Possibilidade de Retratação da Posição Assumida

Autores como Hely Lopes Meirelles[36] e Maria Sílvia Di Pietro[37] costumam associar a opção do ente público de contestar a ação a hipóteses em que o ato impugnado tenha sido praticado pela administração anterior àquela que se encontra no poder.

Sem ignorar que o uso indevido deste importante instituto, com o notório interesse de angariar proveitos eleitorais para esta ou aquela facção política é fato corriqueiro em nosso país, não podemos deixar de considerar que o exame sobre a posição a ser adotada pela Pessoa Jurídica de Direito Público há de ser o mais técnico possível, sem qualquer influência de ordem política. Não há, repita-se, margem de discricionariedade no agir estatal.

Neste sentido, a opinião de Marcelo Figueiredo[38], ao comentar o artigo 17, da Lei nº 8.429/82, cujo parágrafo 3º faz expressa remissão ao parágrafo 3º do artigo 6º, da Lei nº 4.717/65:

> A mencionada "escolha" ou tomada de posição deve ser criteriosamente avaliada pelo administrador. Desnecessário marcar a profunda diferença de efeitos jurídicos existente entre aderir à posição do autor da ação de improbidade, impugná-la ou, simplesmente, nada fazer.
> É preciso que a decisão seja tomada diante de critérios técnico-jurídicos, e não políticos. Há tendência natural do administrador público, sobretudo se dirigente de órgão ou empresa estatal, a sofrer a natural influência político-partidária na tomada de decisões deste jaez. Entretanto, **deve ser o entendimento da consultoria jurídica** a prevalecer. Do contrário o administrador poderá tomar decisão equivocada, que poderá levá-lo ao banco dos réus, até na mesma ação de improbidade, ou outra promovida por irresponsabilidade na questão em foco. (grifou-se)

Por isto, a importância de termos um procedimento que resguarde esta autonomia técnica. Nesse contexto, o Estado do Rio Grande do Sul, de maneira inovadora, regulamentou, através do artigo 27, da Lei Complementar Estadual nº 11.742/2002, a forma através da qual se implementará o parágrafo 3º do artigo 6º, da Lei nº 4.717/65, nas demandas populares propostas contra o Estado e as demais pessoas jurídicas representadas pela Procuradoria-Geral do Estado, em especial as Autarquias e as Fundações Públicas. Estaduais.

Assim dispõe o artigo 27 da Lei Complementar nº 11.742/2002:

[36] MEIRELES, Hely Lopes. Mandado de Segurança. 24. ed. São Paulo: Ed, 2002, p. 137.
[37] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 8. ed. São Paulo: Editora Atlas, 1997, p. 528.
[38] FIGUEIREDO, Marcelo. Comentários a Lei 8429/92 e Legislação Complementar. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 241.

revista pge - 61 - 2006.pmd 53 26/10/2006, 16:16

> **Art. 27** - O Procurador do Estado, para os efeitos do que prevê o artigo 17, § 3.º, da Lei n.º 8.429, de 2 de junho de 1992, e o artigo 6.º, § 3.º, da Lei n.º 4.717, de 29 de junho de 1965, fará manifestação fundamentada acerca da conduta processual a ser adotada pelo Estado ou outra entidade da administração pública estadual que represente no feito respectivo, a ser submetida ao exame e deliberação do órgão colegiado a que estiver vinculado, para encaminhamento à decisão do Procurador-Geral do Estado.

O legislador estadual buscou com a regulamentação da matéria, repita-se, conferir um juízo técnico à decisão a ser tomada pelo ente público, evitando, na medida do possível, que fatores políticos possam influenciar na decisão a ser tomada diante de um caso concreto.

Vê-se que a decisão neste ou naquele sentido deverá ser sempre fundamentada, passando pela análise de um colegiado, o que confere um maior grau de credibilidade à decisão, que obrigatoriamente deverá ser aquela que for mais conveniente ao interesse público.

O advogado público, como representante judicial da Pessoa Jurídica de Direito Público, é o único responsável pelo rumo a ser conferido à atuação processual dos entes públicos. No exercício deste mister são co-responsáveis pelo controle interno da administração.

O representante legal para fins do que dispõe o parágrafo 3º, do artigo 6º, da Lei nº 4.717/65, ao menos em relação à União e aos Estados, há de ser do procurador da Pessoa Jurídica de Direito Público, pois é ele quem tem a atribuição constitucional de representar a entidade em juízo, por expressa imposição dos artigos 131 e 132, da Constituição Federal, e artigo 12, do Código de Processo Civil.

Quanto aos Municípios, Autarquias e Fundações Públicas, a atuação em Juízo poderá ser feita pelo representante político da entidade. Porém, como bem salienta Rodolfo de Camargo Mancuso[39] especificamente em relação aos Municípios, não é prudente que o administrador acumule a representação judicial, na medida em que isto pode evitar futuros constrangimentos na hipótese da procedência do pedido, uma vez que poderá restar configurado seu dever de ressarcir, como agente público responsável direta ou indiretamente pela prática do ato.

A posição técnica do advogado público, assumida no decorrer da lide, por ser fruto de um exercício de atribuição constitucional (artigos 131 e 132 da Constituição Federal), não sofre os efeitos da subordinação hierárquica e nem pode ser substituída ou avocada por decisão do representante político da entidade. Como bem salientou Hely Lopes Meireles[40], não podem ser avocados aqueles atos cuja realização por determinado órgão ou agente é definida por lei. Isto assegura ao advogado público uma ação efetiva e independente em defesa do interesse público.

[39] Op. cit. p. 115.
[40] Op. cit. p. 102.

revista pge - 61 - 2006.pmd 54 26/10/2006, 16:16

Como bem observou Rafael Farinatti Aymone[41]:

> [..] o exercício das atividades de representação judicial [...] não pode estar dissociado da idéia de concretização do interesse público. O ajuizamento de ações [...], enfim, toda a atividade corriqueira do Procurador do Estado há de estar pautada na finalidade de proteção do interesse público, porque para isso se organiza a Administração Pública e seus órgãos (dentre os quais a Advocacia Pública) no Estado Democrático de Direito.

E este interesse público a ser buscado pelo representante judicial do Estado deve ser o primário, pois[42] "a advocacia pública só deve se ocupar da defesa do interesse público secundário à medida que este coincida e sirva de instrumento à concretização do interesse público primário."

Assim, conclui-se que a atuação processual da pessoa jurídica depende de uma decisão técnica, e não política, sendo a responsabilidade desta decisão conferida ao Advogado Público, no âmbito dos Estados e da União. Em relação às demais Pessoas Jurídicas de Direito Público, embora por lei a representação judicial esteja a cargo, em regra, do respectivo gestor administrativo, recomenda-se que a decisão seja conferida ao Advogado Público.

Como vimos nos tópicos anteriores, o administrador na ação popular poderá contestar a demanda, omitir-se ou aderir ao pólo ativo.

Pode acontecer, no entanto, que, em uma fase posterior à postulatória, os elementos probatórios indiquem que a opção do administrador não foi a mais adequada ao interesse público. Neste caso, seria possível a mudança de pólo?

Para Hely Lopes Meireles[43], não é possível, pois:

> [...] uma vez que tenha assumido uma posição no processo, seja no pólo passivo ou no ativo, a pessoa jurídica interessada não poderá mais mudar de postura. As relações processuais se estabilizam com o oferecimento das contestações dos réus ou da concordância com o pedido.

Para os defensores dessa posição, uma vez angularizada a lide não poderia haver modificação das partes do processo (artigos 219 e 264 do CPC), salvo os casos expressos no próprio diploma processual civil. A opção tomada pelo administrador seria irretratável. Uma vez decidido, haveria preclusão.[44]

Assim se manifesta Arnoldo Wald[45]:

---

[41] AYMONE, Rafael Farinatti. Advocacia Pública: advocacia de que interesse público? Cadernos de Teses do XXX Congresso Nacional de Procuradores do Estado. Belém: Imprensa Oficial, 2004, p. 30.
[42] Op. cit. p. 31.
[43] Op. cit. p. 117.
[44] WALD, Arnoldo. Ação Popular para Anulação de Contrato. Revista dos Tribunais. n. 521, p. 52-70, São Paulo: RT, 1979.
[45] Op. cit. p. 58.

revista pge - 61 - 2006.pmd 55 26/10/2006, 16:16

> Mas é preciso salientar que existe um momento oportuno para a decisão da Administração, que é justamente o da apresentação da resposta. Uma vez contestada a ação, surge a *litiscontestatio* que define as posições processuais e não admite qualquer modificação unilateral sem a audiência dos demais interessados no feito. O Código de Processo Civil determina que, feita a citação, não mais pode o autor modificar o pedido ou a causa de pedir sem a permissão do réu (artigo 264). Ora, no caso da ação popular, a empresa pública citada pode optar entre a situação de ré e de autora, mas, uma vez que tenha escolhido uma delas, manifestando-se no processo, não se admite ulterior variação, que importaria em substancial alteração da posição das partes após a *litiscontestatio*.

Em que pese a coerência da solução propugnada com a sistemática processual civil vigente, não há como acolher a solução propugnada pelos referidos autores.

A única solução viável para o problema posto em discussão é admitir a possibilidade de mudança da posição assumida no curso da lide. Pensar o contrário seria obrigar o agente público, uma vez contestada a demanda, a continuar na defesa de ato imoral e ilegal, o que vai de encontro ao interesse público e aos princípios da legalidade e moralidade administrativa.

Nestes casos, não há uma mera faculdade, mas sim um dever-poder de modificação da posição assumida pela Pessoa Jurídica de Direito Público. Neste sentido, a opinião de Luis Manoel Gomes Junior, para quem "não só pode, como deve, o representante da pessoa jurídica de direito público postular a alteração do pólo da relação processual até então ocupado em sede de Ação Popular, desde que se afigure útil para defesa do interesse público[46]".

Mais uma vez não há margem de discricionariedade do agente público na tomada de decisão. É atividade vinculada ao interesse público.

A possibilidade de mudança da posição assumida pela pessoa jurídica de direito público neste tipo de ação, deriva, ainda, do próprio teor do disposto no art. 6º, § 3º, da Lei nº 4.717/65. Com efeito, se a pessoa jurídica interessada, como vimos, tem o dever-poder não apenas de se abster de apresentar contestação, mas ainda atuar como litisconsorte ativo ou passivo, não seria razoável usurpar-lhe o direito de mudar de posição assumida *ab initio*.

Nessa esteira, Alexander dos Santos Macedo[47]:

> Dentre outros institutos processuais excepcionados pela Lei n. 4.717/65 encontra-se justamente o de que aqui se cuida: a estabilidade subjetiva do processo. De fato, mesmo após feita a citação poderá haver mudança das partes, a despeito da ordem de permanência contida no art. 264 do C. Pr. Civ., a qual é

[46] Op. cit. p. 450.

[47] MACEDO, Alexander dos Santos. Da Ação Popular – Retratabilidade da posição assumida pela pessoa jurídica no processo – Possibilidade. Revista Forense. n. 328, p. 3-7, Rio de Janeiro: Forense, 1994, p. 4-5.

revista pge - 61 - 2006.pmd 56 26/10/2006, 16:16

> excepcionada pelo § 3º do art. 6º daquela lei, cujo texto já foi transcrito acima.
> Justifica-se tal mobilidade da pessoa jurídica de direito público ou de direito privado, cujo ato seja objeto de impugnação, com o princípio maior consubstanciado nas razões de interesse público que a tudo sobreleva na ação popular, ao ponto de permitir que a pessoa jurídica mude de posição na relação processual, em qualquer tempo, mesmo depois de contestar a ação, posto que é inaceitável obrigá-la a permanecer defendendo um ato ilegal e a ela danoso. Aliás, neste aspecto, qualquer réu, mesmo no sistema do C. Pr. Civ., após contestar um ação, pode até reconhecer a procedência do pedido (art. 269, II, do C. Pr. Civ.). A fortiori, a pessoa jurídica na ação popular se, a qualquer momento, convencer-se do erro o seu dirigente (....) Se a Autoridade Administrativa pode a todo tempo revogar seus próprios atos; se ela, nos termos consubstanciados nas ementas de ns.346 e 473 do STF, tem o poder-dever de declarar a nulidade dos atos administrativos eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos, e de ordenar as responsabilizações conseqüentes, pois não o fazendo, a omissão pode importar em crime (condescendência criminosa), consoante posto no Código Penal; se tem o dever de apurar no seu âmbito administrativo (controle interno) esses ilícitos, sancioná-los e visar sua reparação na via judicial, se ela tem todos esses poderes-deveres, como, então, admitir-se que a Autoridade Administrativa possa, ao mesmo tempo, continuar no processo da Ação Popular a defender e sustentar atos que reputar imorais e lesivos ao patrimônio ´público? (....) Se a pessoa jurídica, portanto, convencer-se da ilegalidade e lesividade do ato, mesmo depois de a ação ter sido contestada, pode e deve mudar de posição no processo, passando do pólo passivo para o pólo ativo, em prol do interesse público e em obediência ao princípio da moralidade administrativa, aspectos que caracterizam a finalidade da ação popular.

Como bem salientou o referido jurista, as regras do artigo 6º, da lei da ação popular, em nada maculam o princípio da estabilidade subjetiva da demanda, apenas acrescentam uma exceção à regra geral, diante da peculiaridade da demanda popular.

Veja-se que o artigo 264, do Código de Processo Civil, não veda a modificação subjetiva da lide, e nem poderia fazê-lo, pois em casos como a morte de uma das partes esta modificação é necessária. O referido dispositivo processual apenas condiciona a modificação subjetiva da demanda, após a citação, a hipóteses permitidas pela legislação processual, sendo que a permissão do artigo 6º, parágrafo 3º, já se apresenta como uma destas exceções.

E mais, a administração pode de ofício anular seus atos, quando eivados de nulidade. Então por que não permitir que esta nulidade seja reconhecida pela Pessoa Jurídica em Juízo?

revista pge - 61 - 2006.pmd 57 26/10/2006, 16:16

Não podemos esquecer, ainda, que a aplicação dos dispositivos do Código de Processo Civil às ações populares somente é possível, nos termos do artigo 22, da Lei nº 4.717/65, quando **não houver contrariedade aos dispositivos específicos da lei da ação popular ou a natureza específica da ação popular.**

Ora, a impossibilidade de alteração das partes, após a citação, repita-se, por si só, já não se coaduna com o disposto do artigo 6º, parágrafo 3º, da Lei nº 4.717/65. No procedimento ordinário, ou até mesmo nos procedimentos especiais previstos no Código de Processo Civil, seria impensável que um dos réus, quando citado, modificasse sua posição no feito, aderindo ao pólo ativo.

Assim, a natureza peculiar da ação popular chancela, por expressa disposição do artigo 22, do referido diploma, a aplicação de regra diversa. É a aplicação do princípio da adequação formal, que permite ao Juiz, "a possibilidade de amoldar o procedimento à especificidade da causa, por meio da prática de atos que melhor se prestem à apuração da verdade e acerto da decisão, prescindindo dos que se revelem inidôneos para o fim do processo[48]."

Aliás, esta tendência de adequação do procedimento às peculiaridades do direito material, como exposto no Capítulo 1º deste trabalho, já encontra eco nas modernas legislações processuais. O Código de Processo Civil de Portugal, citado pelo jurista Carlos Alberto Álvaro de Oliveira[49] em sua obra *Efetividade e Processo de Conhecimento*, possui dispositivo que, se adotado em nosso ordenamento jurídico, permitiria ao Juiz a adaptação do rito, chancelando a retratação da Pessoa Jurídica de Direito Público. Dispõe o artigo 265 A: "Quando a tramitação processual prevista na lei não se adequar às especificidades da causa, deve o juízo oficiosamente, ouvidas as partes, determinar a prática dos atos que melhor se ajustem ao fim do processo, bem como as necessárias adaptações."

Se na doutrina não há unanimidade de posição, na jurisprudência, a questão parece estar pacificada, pois não foi possível identificar nenhum precedente que inadmitisse a retratação da posição assumida pelo ente público na ação popular. Sobre a possibilidade de mudança de pólo nas ações populares, cabe destacar os seguintes precedentes da 1ª e 2ª Turmas do Superior Tribunal de Justiça:

EMENTA
PROCESSO CIVIL - AÇÃO POPULAR - LEGITIMIDADE – DESISTÊNCIA DA AÇÃO - PÓLO ATIVO ASSUMIDO POR ENTE PÚBLICO - POSSIBILIDADE - SÚMULA 7/STJ.
1. Qualquer cidadão está legitimado para propor ação popular, nos termos e para os fins do art. 1º da Lei 4.717/65.
2. A pessoa jurídica de direito público ou de direito privado, cujo ato seja objeto de impugnação, poderá atuar ao lado do autor,

[48] OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Efetividade e Processo de Conhecimento. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. v. 16, p. 07-19, Porto Alegre: Síntese, 1999. p. 15.
[49] Op. cit. p. 15.

revista pge - 61 - 2006.pmd 58 26/10/2006, 16:16

> desde que isso se afigure útil ao interesse público, a juízo do respectivo representante legal ou dirigente (art. 6º, § 3º da Lei4.717/65.
> **3. Filio-me à corrente que defende a tese da retratabilidade da posição da pessoa jurídica na ação popular, quando esta, tendo atuado no feito no pólo passivo, se convence da ilegalidade e lesividade do ato de seu preposto, lembrando, inclusive, que o ente pode promover a execução da sentença condenatória (art. 17).**
> 4. Tendo sido homologado (indevidamente) o pedido de desistência da ação pelo autor popular, cumpridas os preceitos do art. 9º da Lei 4.717/65, não tendo assumido a demanda o Ministério Público ou outro popular, inexiste óbice em que o ente público assuma o pólo passivo da demanda, em nome do interesse público. Interpretação sistemática da Lei 4.717/65.
> 5. Manutenção do decisum que aplicou a Súmula 7/STJ, diante da necessidade de reavaliação do contexto fático-probatório.
> 6. Agravo regimental improvido.
> **(STJ, AgRg no Recurso Especial nº 439.854–MS, Órgão Julgador: SEGUNDA TURMA, Data da decisão: 08/04/2003, Rel. Ministra Eliana Calmon)**
> AGRAVO-RENÚNCIA - JULGAMENTO - PEDIDO **- AÇÃO POPULAR** - PESSOA JURÍDICA - CONTESTAÇÃO - CONCESSÃO - LICITAÇÃO - REEXAME DE PROVA.
> Não havendo pedido expresso da parte para seu julgamento, não se conhece do agravo de instrumento retido.
> Pode a pessoa jurídica ré na ação popular pleitear pela procedência da mesma.
> A transferência de parte da concessão da VASP dependia de licitação, o que inocorreu.
> Questões de prova não podem ser revistas na via especial.
> Recursos improvidos
> **(STJ, Recurso Especial nº 9669/SP Órgão Julgador: PRIMEIRA TURMA, Data da decisão: 10/02/1998 , Rel. Ministro Garcia Vieira)**

Destaca-se do voto do Excelentíssimo relator, o seguinte trecho que bem espelha a posição daquele órgão julgador, e que vem ao encontro do que é defendido no presente trabalho a respeito do tema:

> No caso concreto, a VASP, inicialmente, contestou a ação, mas passando certo tempo, mudados a sua Diretoria e o próprio Governo de São Paulo, resolveu ficar do lado dos autores populares, pleitear pela procedência da ação e pela decretação de nulidade dos atos impugnados nesta ação. É claro que ela poderia agir desta forma. O que ela não poderia era continuar defendendo a persistência dos atos a ela danosa e se conformar com os vultosos prejuízos a ela por eles causados. Com a mudança da VASP do pólo passivo para o ativo, não houve mudança do pedido. Os autores não alteraram a sua pretensão ou a cauda de

revista pge - 61 - 2006.pmd 59 26/10/2006, 16:16

pedir, não se podendo falar em contrariedade ao art. 264 do CPC. Também não foi vulnerado o artigo 303 do CPC. A VASP passou a ficar ao lado dos autores populares por expressa autorização legal (art.6º, § 3º, da Lei nº 4.717/65) e podia deduzir novas alegações (art. 303, III do CPC).

Observa-se que o citado voto traz a baila outra questão processual relevante, qual seja a possibilidade ou não de modificação da causa de pedir e do pedido com o ingresso do ente público no pólo ativo da relação processual.

Em relação à estabilidade objetiva da demanda, o artigo 264 do Código de Processo Civil veda a modificação do pedido e da causa de pedir após o saneamento do processo. Antes do saneamento e depois da citação esta modificação é possível, desde que haja concordância do réu.

A intenção do legislador é evitar que o réu seja surpreendido com a ampliação da lide. Em função disto, não se vislumbra a possibilidade de ampliação objetiva da lide nas ações populares, quando a Pessoa Jurídica de Direito Público modificar sua posição no curso da demanda.

No entanto, se permitíssemos a alteração do pedido ou da causa de pedir no curso da lide, necessariamente teríamos que oportunizar novo prazo para a apresentação da defesa e para a produção da prova, sob pena de macularmos o contraditório e a ampla defesa.

Tal fato alongaria o tempo de tramitação da lide. Em conseqüência, admitir que com a alteração de pólo pudesse a Pessoa Jurídica de Direito Público formular novos pedidos, ao contrário de beneficiar, poderia retardar a solução da demanda, indo de encontro aos valores da efetividade e celeridade do processo.

Assim, seria mais conveniente ao interesse público que não houvesse a modificação objetiva da lide com a mudança de pólo da Pessoa Jurídica de Direito Público na ação popular.

Por fim, a possibilidade de retratação pode se efetivada enquanto não transitada em julgado da decisão. Após este momento, não há de se falar em retratação de posição, apenas em legitimidade para a execução da sentença, conferida ao ente público por expressa disposição do artigo 17, da Lei nº 4.717/65.

Por tudo que foi exposto, não se pode deixar de concluir que a retratação da posição da pessoa jurídica de direito público, se conveniente ao interesse público, é mais que uma faculdade, uma obrigação do ente público, um poder-dever, sob pena de violação do princípio da moralidade administrativa.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em seu *Curso de Direito Administrativo,* o ilustre Jurista Celso Antônio Bandeira de Melo[50] refere ser a Ação Popular a única medida judicial efetivamente temida pelo administrador.

[50] Op. cit. p. 173.

revista pge - 61 - 2006.pmd 60 26/10/2006, 16:16

O que se procurou ressaltar no presente estudo é que a Ação Popular deve ser efetivamente temida pelo mau administrador. Porém, em relação ao administrador probo, preocupado com a busca do bem comum, a medida judicial em análise pode ser um eficaz instrumento de auxílio ao controle interno da administração, na medida em que alerta eventuais desvios de rumo praticados nos mais diversos níveis governamentais.

Para isto é importante que a atuação estatal na Ação Popular seja pautada pelo interesse público primário.

Como conseqüência, não pode haver qualquer margem de discricionariedade na tomada de decisão em relação ao papel a ser desempenhado pelo ente público na ação popular.

Se restar demonstrada, de plano, a prática de ato ilegal e lesivo ao erário, à moralidade, ao patrimônio historio e cultural e ao meio ambiente, tem o agente público o poder-dever de aderir ao pólo ativo da demanda popular.

No mesmo sentido, se os elementos indicarem que não há ilegalidade e ou desvio de finalidade na prática do ato, o único caminho possível é contestar a demanda.

Imprescindível, assim, que a decisão sobre o papel a ser desempenhado pela Pessoa Jurídica de Direito Público na ação seja tomada em função de uma avaliação técnica, e não política.

É atribuição do procurador judicial da Pessoa Jurídica de Direito Público, agente constitucionalmente investido da função de representante judicial da entidade (artigos 131 e 132 da Constituição Federal, combinados com o artigo 12º, do Código de Processo Civil), o dever-poder de decidir, no caso concreto, a atuação processual mais adequada a atingir o interesse público primário.

Tal decisão não pode ser avocada ou substituída por decisão do agente político do ente público, ao menos em relação aos Estados e à União.

Para que tal decisão não sofra a influência ou a pressão externa ou até mesmo de outros órgãos da administração, é fundamental a fixação de um procedimento para a apuração do agir estatal, nos mesmos moldes do já fixado pelo Estado do Rio Grande do Sul, através da Lei Complementar Estadual nº 11.742/2002 .

Por fim, procurou-se demonstrar que, uma vez constatado o equívoco na linha de atuação da Pessoa Jurídica de Direito Público na lide, o agente público não somente pode, mas sim deve modificar a atuação do ente público, aderindo ao pólo passivo da relação processual, se a ação foi contestada.

Agindo sempre em busca do interesse público, o agir estatal estará colaborando com o fortalecimento do estado democrático de direito, ao valorizar este importante instrumento de participação do cidadão, constitucionalmente assegurado pelo artigo 5º, inciso LXXIII, da Constituição Federal.

revista pge - 61 - 2006.pmd 61 26/10/2006, 16:16

REFERÊNCIAS

AYMONE, Rafael Farinatti. **Advocacia Pública: advocacia de que interesse público?** Cadernos de Teses do XXX Congresso Nacional de Procuradores do Estado. Belém, Imprensa Oficial, 2004.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo.** 8. ed. São Paulo: Atlas, 1997.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Instrumentalidade do Processo.** 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituição de Direito Processual Civil.** v. II, 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

FIGUEIREDO, Marcelo. **Comentários a Lei 8429/92 e Legislação Complementar.** 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

FREITAS, Juarez. **O Controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais.** 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

GESSINGER, Ruy Armando. **Da Ação Popular Constitucional.** Porto Alegre. Ed. Metrópole, 1985.

LIMA, Ruy Cirne. **Sistema de Direito Administrativo.** v.1. Porto Alegre: Ed. Santa Maria, 1953.

MACEDO, Alexander dos Santos. Da Ação Popular – Retratabilidade da posição assumida pela pessoa jurídica no processo – Possibilidade. **Revista Forense**, n. 328, p. 3-7, Rio de Janeiro, Forense, 1994.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Ação Popular – Proteção do erário público. Do patrimônio cultural e natural; e do meio ambiente.** São Paulo:Editora RT, 1993.

MEIRELES, Hely Lopes. **Mandado de Segurança.** 24. ed. São Paulo: Ed, 2002.

MEIRELES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro.** 16. ed. São Paulo: Editora RT. 1991.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo.** 11. ed. São Paulo: Ed. Malheiros, 1999.

revista pge - 61 - 2006.pmd 62 26/10/2006, 16:16

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional.** 12. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. A Ação Popular do Direito Brasileiro Como Instrumento de Tutela Jurisdicional dos Chamados "Interesses Difusos". **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 28, p.07-19, 1982.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Notas sobre o problema da "efetividade" do processo. In: **Temas de direito processual.** 3.ª série. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 27-42.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Do formalismo no processo civil.** São Paulo : Saraiva, 1997.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Efetividade e Processo de Conhecimento. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre v. 16, p.07-19, 1999.

RAMOS, Dora Maria de Oliveira. Princípios da Administração Pública: a supremacia do interesse público sobre o interesse particular. **Revista de Direito Administrativo Aplicado**, Curitiba, n. 10 , p.677-689, 1996.

SILVA, Almiro do Couto e. Poder Discricionário no Direito Administrativo Brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 179 e 180, p.51-67, 1990.

SILVA, José Afonso da. **Ação Popular Constitucional**: doutrina e processo. São Paulo: **Revista dos Tribunais.** 1968.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 9. ed. São Paulo: Malheiros, 1992.

SILVA, Ovídio Baptista da. **Curso de Processo Civil.** v. I, Porto Alegre: Fabris, 1987.

WALD, Arnoldo. Ação Popular para Anulação de Contrato. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 521, p.52-70, 1979.

WATANABE, Kazuo. **Da cognição no processo civil.** 2. ed. Campinas: Bookseller, 2000.

ZAVASCKI, Teori Albino. Defesa de direitos coletivos e defesa coletiva de direitos. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 329, p.147-160, 1995.

revista pge - 61 - 2006.pmd 63 26/10/2006, 16:16

TUTELA DE URGÊNCIA EM AÇÃO CIVIL PÚBLICA PARA DEFESA DO MEIO AMBIENTE*

Katia Dal Moro**

1 INTRODUÇÃO

O direito ambiental é uma área relativamente nova do direito que se relaciona intimamente com vários outros ramos da ciência jurídica, como por exemplo, o direito constitucional, administrativo, penal e processual civil, e suas normas têm como principal objetivo a preservação do meio ambiente e dos recursos naturais.

Embora o meio ambiente saudável e a preservação dos recursos naturais sejam de suma importância, deve-se ter em mente que a necessidade de desenvolvimento econômico não permite tornar a natureza um bem intocável, sendo imprescindível às gerações futuras que se encontre um equilíbrio entre o progresso e a preservação das riquezas naturais.

Nesse contexto, nas diversas áreas de atuação e de conhecimento são desenvolvidos esforços para compatibilizar o crescimento econômico e social com a preservação dos recursos naturais, estando o direito a desempenhar papel de grande relevância nessa busca.

Antigamente, o direito tratava os bens resguardados pelo direito ambiental como *res nullius*, ou seja, bens não pertencentes a ninguém. Sendo que o Direito Romano oferecia como exemplos dos mesmos a água dos rios e oceanos, o ar atmosférico, dentre outros. Tais bens por não pertencerem a ninguém eram de livre acesso, não havendo responsáveis pela sua degradação. Hoje esses bens são considerados *res omnium*, pertencentes a todos, sendo bens de uso comum do povo (art. 225 da CF), merecendo a proteção da sociedade, cabendo a todos sua preservação.

O sistema jurídico clássico era centralizado na visão individualista do processo, utilizando um modelo, fundamentalmente, voltado para solução de situações de conflito entre interesses individuais, não possuindo capacidade para responder adequadamente aos anseios da sociedade moderna.

As profundas mudanças sociais e econômicas, ocorridas, principalmente, nas últimas décadas do século XX, com a crescente urbanização e industrialização, criaram uma sociedade de massa, aumentando a complexidade das relações de produção e de consumo e as agressões ao meio ambiente, com isso obrigando o sistema jurídico a se adaptar aos novos fenômenos sociais surgidos.

*O artigo tem como base a monografia apresentada no Curso de Especialização em Processo Civil - Processo e Constituição da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2004.

**Procuradora do Estado do Rio Grande do Sul. Especialista em Processo Civil.

revista pge - 61 - 2006.pmd 65 26/10/2006, 16:16

Diante dessa nova realidade, a ordem jurídica passou a proteger de forma diferenciada os direitos metaindividuais (coletivos, difusos e individuais homogêneos), criando novas formas de tutela ou aperfeiçoando o sistema, para torná-lo capaz de atender aos diferentes conflitos sociais criados.

Com essa visão, a partir da década de 1980, a legislação para tutela do ambiente passou a se desenvolver, primeiramente com a edição da Lei 6.938/81, a qual ao definir a Política Nacional do Meio Ambiente, estabeleceu pela primeira vez no País uma hipótese de ação civil pública ambiental.

Posteriormente foi promulgada a Lei 7.347/85, a qual cria um mecanismo de defesa dos interesses transindividuais, trazendo, sem dúvida, uma evolução ao nosso sistema jurídico, permitindo-se o acesso à justiça de certos interesses (coletivos, difusos e individuais homogêneos) que de outra forma permaneceriam num certo "limbo jurídico", pois não possuíam um instrumento processual adequado para sua defesa.

A Constituição Federal de 1988, também é um marco nas reformas ocorridas, haja vista ter consagrado definitivamente vários direitos sociais, sendo para este trabalho importante destacarmos, o reconhecimento do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado como um direito humano fundamental, essencial à sadia qualidade de vida, impondo sua preservação.

A efetivação desse direito constitucionalmente estabelecido deve ser buscada através da utilização de todos os meios jurídicos e processuais disponíveis, nesse contexto, destaca-se a ação civil pública que é o mais importante meio processual de defesa ambiental.

O manejo da ação civil pública, em particular para defesa do meio ambiente, revelou-se de inegável alcance e conteúdo social, bem como de grande efetividade, tornando maior a vinculação do direito processual ao direito material, haja vista que instrumento típico de efetivação do direito material conferido pelo ordenamento jurídico.

Dessa forma, resta demonstrado que a ação civil pública se coaduna perfeitamente com o princípio constitucional de acesso ao Poder Judiciário, insculpido no art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, garantindo a proteção aos interesse transindividuais, destacando-se o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, e incluindo-se a defesa quando da ameaça de lesão ao direito. Com o acolhimento, expresso, da possibilidade de tutela do judiciário em caso de ameaça de lesão, é possível, o ajuizamento de demandas visando a evitar que o dano ocorra, o que no caso do direito ambiental, diante da freqüente irreparabilidade dos mesmos, é de suma relevância.

O fato de os danos ambientais serem reconhecidamente de difícil ou, em alguns casos, como no de extinção de espécies, de impossível reparação torna necessária a tutela desses interesses de forma preventiva e eficaz, sendo que essa efetividade da prestação jurisdicional é somente alcançada, muitas vezes, através da concessão de tutela antecipatória ou asseguratória de forma urgente, daí advindo a importância das tutelas de urgência na defesa do meio

revista pge - 61 - 2006.pmd 66 26/10/2006, 16:16

ambiente.

A rapidez na prestação jurisdicional, mesmo que provisória, é de grande significância para a proteção do meio ambiente e efetivação do direito fundamental a um ambiente ecologicamente equilibrado.

Deve-se mencionar que o presente trabalho analisará somente as medidas de urgência em sede de ação civil pública para defesa do meio ambiente, sendo que a restrição do tema se deve a relevância dos interesses postos em causa, os quais face a sua indisponibilidade e imprescindibilidade, necessitam de uma intervenção rápida e efetiva conseguida por meio das tutelas cautelares e antecipatórias.

Nas ações civis públicas para defesa do meio ambiente, os provimentos antecipatórios e cautelares assumem peculiar importância, diante da possibilidade de prestação jurisdicinal efetiva, alcançada através da rápida atuação do ordenamento jurídico.

Assim, as medidas de urgência são de grande utilidade porque fazem cumprir com um dos princípios basilares do direito ambiental, o princípio da prevenção, onde mais vale prevenir o dano ambiental que remediá-lo, haja vista que em muitos casos este pode ser irreparável.

Nesse contexto, o presente trabalho será dividido em uma análise das tutelas de urgência (medida liminar, ação cautelar e antecipação de tutela) em sede de ação civil pública para defesa do meio ambiente, suas características distintivas e assemelhadas, bem como a possibilidade de fungibilidade entre essas medidas, no entanto não se objetiva esgotar o assunto, mas apenas iniciar o estudo de alguns tópicos relevantes ao tema.

2 TUTELAS DE URGÊNCIA EM AÇÃO CIVIL PÚBLICA

2.1 Ação Cautelar (art. 4º da Lei 7.347/85)

A lei da ação civil pública prevê em seu texto duas possibilidades de obtenção de tutela de urgência, uma pleiteando-se a medida cautelar (art. 4º), inclusive de cunho satisfativo, como se verá a seguir, e também a liminar (art. 12), a qual adianta os resultados práticos da futura sentença, ambas com idêntica finalidade de salvaguarda dos interesses postos em juízo. No entanto, deve-se frisar que são situações diversas, pois "a ação cautelar será proposta, de regra, quando o risco de lesão que se pretende evitar necessite de medida de urgência que não poderia esperar pela preparação mais criteriosa que exige a petição inicial da ação principal (ação civil pública), seja porque os elementos de prova ainda não estejam à disposição do titular da ação, seja porque demanda a sua propositura maiores estudos. Ao revés, se o titular já tiver todos os dados suficientes para a propositura da ação, presente a situação de urgência, deverá requerer a liminar que alude o art. 12 da Lei 7.347/85. O que pode parecer verdadeiro malabarismo para justificar a previsão legal de uma espécie cautelar

revista pge - 61 - 2006.pmd 67 26/10/2006, 16:16

satisfativa – de trânsito restrito na doutrina - acaba se justificando ante a impossibilidade de se propor de imediato a ação principal, quando se poderia requer a liminar antecipatória (satisfativa)"[1].

A medida cautelar terá, ao contrário do que possa parecer, grande utilidade mesmo com a previsão de antecipação de tutela, pois existirão casos em que esteja sendo praticada ou exista ameaça de prática de conduta lesiva ao meio ambiente e o representante do Ministério Público, por exemplo, ainda não tenha concluído o inquérito civil. Nessa hipótese para não obrigar o autor a promover, de forma açodada, a ação principal, é mais conveniente a propositura de ação cautelar objetivando a paralisação de determinada atividade, sendo nesse caso medida cautelar típica, porque asseguratória e não satisfativa.

A ação civil pública embora seja, em verdade, uma ação de rito ordinário, admite a suspensão liminar do ato ou fato impugnado, podendo ser precedida ou acompanhada de medida cautelar nominada ou inominada, visando a impedir ou minimizar o dano ecológico. Contudo em virtude do advento da antecipação de tutela, e principalmente com o reconhecimento da fungibilidade entre os pedidos cautelares e antecipatórios, as cautelares incidentais perderam sua utilidade.

A tutela cautelar, conforme afirma Rodolfo de Camargo Mancuso[2], há de ser muito utilizada no campo dos interesses metaindividuais, em que muitas vezes o que interessa é a prevenção do dano e não sua reparação, esta tornada às vezes impossível ou ineficaz, como, por exemplo, na extinção de espécies. Essa ênfase dada à tutela judicial preventiva, em especial aos interesses relativos ao meio ambiente, é devida ao princípio da prevenção ou precaução, o qual é basilar nessa matéria.

As medidas cautelares "são providências que o juiz determinará, quando houver fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, fruste a efetividade do mandamento jurisdicional principal, assim causando no direito da outra lesão grave ou de difícil reparação"[3].

Entre as diferenciações da tutela cautelar e da tutela antecipada se pode afirmar que as cautelares se prestam a garantir o resultado útil de um processo que ainda será ajuizado (processo cautelar antecedente) ou a um processo já em curso (processo cautelar incidental), sendo assim, a ação cautelar é instrumental, não se justificando por si mesma. Nessa ação não há correspondência entre a liminar e o conteúdo da sentença que será proferida no processo principal.

Outra diferenciação está no grau do juízo de probabilidade para concessão da medida, pois o requisito do *fumus boni iuris* é bem mais tênue, menos intenso do que o requisito de prova inequívoca capaz de convencer da verossimilhança do direito alegado, exigido para a tutela antecipatória, sendo

[1] VAZ, Paulo Afonso Brum. *Manual de tutela antecipada:* doutrina e jurisprudência de acordo com as leis nº 10.352/01, 10.358/01 e 10.444/02. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 57.

[2] MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação civil pública:* em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores. 9.ed. São paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 262.

[3] FERRAZ, Sérgio. Provimentos antecipatórios na ação civil pública. In *Ação civil pública – lei 7.347/85 – 15 anos.* 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 830.

revista pge - 61 - 2006.pmd 68 26/10/2006, 16:16

que basta a visualização de um contorno do direito alegado para o deferimento de medida cautelar.

A principal nota de diferenciação da tutela cautelar para a tutela antecipada, no entanto é a satisfatividade da antecipação de tutela, na qual se antecipa total ou parcialmente os efeitos da sentença de mérito, enquanto a medida cautelar visa apenas assegurar a fruição futura de um direito, tendo função conservativa, pois está exclusivamente a serviço de viabilizar condições para a efetivação do comando sentencial a ser proferido no processo principal. Entretanto, o que deve ser considerado é a satisfação do direito objeto da lide (principal), o atendimento da pretensão de direito material vertida pelo autor. Sendo que a satisfatividade a que se alude é a de fato, não a jurídica, pois esta está intimamente relacionada com a definitividade do provimento. Se considerada a ausência de definitividade, tanto a tutela cautelar como a tutela antecipatória não seriam satisfativas, mas não se pode negar que a fruição do direito pelo autor, como decorrência da tutela antecipada, representa a satisfação, ainda que provisória, deste direito. De concluir-se, pois que a satisfatividade ínsita à tutela cautelar está atrelada à situação de perigo, não ao direito material posto em juízo, que somente alcançará satisfação na ação principal[4].

Deve-se ter em mente que a afirmação de existência de cautelares satisfativas é uma contradição em termos, pois as medidas cautelares têm como uma de suas principais características estarem vocacionadas a assegurar o resultado útil do processo principal, conservando e garantindo o bem da vida em conflito, com aspecto meramente preventivo, não antecipando no plano substancial os efeitos da sentença. Portanto, é comum encontrar na jurisprudência e na doutrina a afirmação de que as medidas cautelares não podem ser satisfativas, no entanto esse fenômeno da satisfatividade esteve e está intimamente ligado às cautelares[5].

A simples coincidência material não pode obstaculizar a concessão da medida cautelar, tendo em vista sua raiz constitucional, como forma de garantir o direito fundamental à prestação jurisdicional efetiva e eficaz. Portanto, não se conceder a medida cautelar somente porque o efeito prático perseguido poderia coincidir com o decorrente do julgamento do mérito da causa, sem dúvida, conflitaria com o princípio da inafastabilidade da prestação jurisdicional, pois algumas vezes se faz necessário antecipar para, com isso, acautelar, ou seja, tornar possível a plena eficácia do processo principal.

Sérgio Ferraz reconhece a existência em sede de ação civil pública da possibilidade de cautelares satisfativas:

> Logo em seu artigo 4º a lei 7.347/85 já alarga o âmbito de ação cautelar, fazendo-a mais profunda, no campo da ação civil pública.

[4] VAZ, Paulo Afonso Brum. *Manual de tutela antecipada:* doutrina e jurisprudência de acordo com as leis nº 10.352/01, 10.358/01 e 10.444/02. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 97.

[5] ALVIM, Arruda. Anotações sobre alguns aspectos das modificações sofridas pelo processo hodierno entre nós. *Revista de Processo,* São Paulo, v. 97, p. 51-106, jan./março de 2000.

revista pge - 61 - 2006.pmd 69 26/10/2006, 16:16

> É o que se colhe desenganadamente de sua previsão no sentido de que a ação cautelar possa, aqui, ter o fito de *evitar o dano*, cuja reparabilidade (este é o alvo principal consagrado no art. 1º do diploma), ao lado da recomposição do *status quo ante* (este o alvo basilar no art. 2º), constituem as metas desse precioso instrumento. É dizer, a ação cautelar na ação civil pública, em razão do ora examinado art. 4º se reveste inclusive de feição satisfativa, de regra de se repelir nas medidas dessa natureza[6].

Arruda Alvim[7], corroborando o pensamento de que nosso sistema admite medidas que acautelam satisfazendo, aí incluídas as prescritas nas disposições dos arts. 4º e 12º da Lei 7.347/85, afirma que mesmo sendo desaconselhável que, como regra, se concedessem medidas de natureza cautelar satisfativas, ou seja, que representassem providências práticas irreversíveis no mundo empírico, ainda assim, em casos extremos, justamente em virtude da raiz constitucional das cautelares, é que se deve ter presente e ser utilizado como auxílio para ponderadamente decidir, o princípio da proporcionalidade.

Elucidativa, nesse ponto, a lição de Rodolfo de Camargo Mancuso[8], ressaltando que:

> [...] o art. 4º contém uma peculiaridade: a cautela não é apenas *preventiva*, como seria curial, mas pode conter um comando, uma determinação para um *non facere*, ou mesmo para um *facere,* tudo em ordem a 'evitar o dano ao meio ambiente, ao consumidor...'etc.; quer dizer, em nível preventivo, já se pode obter um provimento de conteúdo executório, v.g., o fazendeiro que ameaça atear fogo à floresta para implantar o seu *soi disant* 'projeto agropecuário' será impedido de fazê-lo; o industrial cuja empresa lança dejetos na atmosfera será constrangido, desde logo, a instalar os equipamentos antipoluentes; a companhia de pesca que recalcitra em desrespeitar o período de desova dos peixes será proibida de fazê-lo, tudo em nível cautelar.

Poder-se-á dizer que nos casos acima apresentados a tutela cautelar se apresenta descaracterizada, colorida com matizes de uma ação de conhecimento, de conteúdo mandamental ou preponderantemente executivo. Não será de todo equivocada tal impressão, mas superiormente se dirá que se trata de uma cautelar cuja força coercitiva se faz necessária, a fim de que a tutela pretendida seja eficaz. É preciso que não se olvide que estamos em sede de proteção a interesses metaindividuais, não intersubjetivos: sendo assim, o que conta é evitar o dano, pois a reparação pecuniária não tem o condão de restituir ao *status quo ante.*

[6] FERRAZ, Sérgio. Provimentos antecipatórios na ação civil pública. In *Ação civil pública – lei 7.347/85 – 15 anos.* 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 831-832.

[7] ALVIM, Arruda. Anotações sobre alguns aspectos das modificações sofridas pelo processo hodierno entre nós. *Revista de Processo,* São Paulo, v. 97, p. 51-106, jan./março de 2000.

[8] MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação civil pública:* em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores. 9.ed. São paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 265.

revista pge - 61 - 2006.pmd 70 26/10/2006, 16:16

Sendo por esse motivo muitas vezes imperioso que a cautelar possua cunho satisfativo[9].

2.2 Medida Liminar Antecipatória (art.12 da Lei 7.347/85)

Os interesses postos em juízo através da ação civil pública, por sua relevância e diante da dificuldade de reparação ou recomposição, despertaram no legislador a necessidade de dotar o sistema de instrumentos de defesa que pudessem tornar a prestação jurisdicional o mais eficaz e efetiva possível, diante desse quadro, estabeleceu-se a possibilidade de concessão de liminar antecipatória.

Dispõe o art. 12 da Lei 7.347/85 que poderá o juiz conceder mandado liminar, com ou sem justificação prévia, em decisão sujeita a agravo, ou seja, o magistrado, em verdade, concede medida liminar, providência *in limine litis*, objetivando impedir ou paralisar a conduta ofensiva ao direito cuja proteção é perseguida. Deve-se entender esse dispositivo como autorizador de se conceder a liminar dentro da ação cautelar ou da ação civil pública principal[10].

A medida liminar objetiva realizar, em vista das peculiaridades do interesse tutelado e do custo do procedimento comum, antecipadamente um direito. Tendo em vista que a demora na obtenção da tutela definitiva do direito, em muitos casos pode tornar o provimento judicial inócuo, os direitos que podem, *prima facie,* serem evidenciados devem ter uma tutela imediata, reputando-se injusta a espera do procedimento de cognição exauriente. Existem, ainda, como no caso da ação civil pública, procedimentos que são construídos com previsão expressa de tutela antecipatória, por se supor que os direitos que através deles devem ser tutelados, por sua própria natureza não podem suportar a demora da ordinariedade, isto é necessitam de uma tutela preventiva[11].

O disposto no art. 12 da Lei 7.347/85 deverá ser interpretado conjuntamente com o § 3º do art. 84 do Código de Defesa do Consumidor, que exige para o deferimento de liminar a conjugação de dois requisitos, "a relevância do fundamento da demanda e o justificado receio de ineficácia do provimento final", equivalentes ao *fumus boni iuris* e ao *periculum in mora,* essa interpretação conjunta se deve ao fato do art. 21 da Lei 7.347/85 estabelecer ser aplicável à defesa dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, no que for cabível, o disposto no Título III da Lei 8.078/90, sendo esse título composto dos artigos 81 ao 104.

Essa liminar, embora possua requisitos mais brandos e diversos dos exigidos pelo art. 273 do Código de Processo Civil, constitui uma inequívoca modalidade de antecipação de tutela, constituindo-se em esforço do legislador

[9] MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação civil pública:* em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores. 9.ed. São paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 266.

[10] CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Ação civil pública:* comentários por artigos lei 7.347, de 24.07.85. 3.ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2001. p. 334.

[11] MARINONI, Luiz Guilherme. E a efetividade do direito de ação? *Revista forense*, Rio de Janeiro, v. 336, p. 137-143, out.-nov.-dez. 1996.

revista pge - 61 - 2006.pmd 71 26/10/2006, 16:16

de 1985 em disciplinar modalidades de provimento jurisdicional de urgência para melhor tutelar o direito material[12].

O texto legal afirma que o juiz *poderá* conceder mandado liminar, no entanto tal expressão não deve ser entendida como faculdade do juiz, pois presentes os pressupostos da medida deverá este concedê-la, não havendo discricionariedade a respeito.

Deve ser registrada, ainda, a possibilidade levantada por Galeno Lacerda[13], defendida também por Celso Antônio Pacheco Fiorillo[14], de ser concedida a medida liminar *ex officio*, em virtude da natureza indisponível dos direitos da sociedade tutelados por ação civil pública, mais uma diferenciação com relação a antecipação de tutela prevista no art. 273 do CPC, que exige pedido expresso da parte para concessão da medida. Essa posição é contrariada por Hugo Nigro Mazzill[15], que afirma poder o juiz nas ações coletivas e na ação civil pública impor multa para assegurar o cumprimento da decisão independente de pedido, mas depender de requerimento do autor para conceder liminar ou antecipação de tutela.

Embora possa o juiz, salvo posições em contrário, conceder a medida liminar independentemente de pedido da parte, sua decisão deverá obrigatoriamente ser fundamentanda, respeitando ao disposto no art. 93, inciso IX, da Constituição Federal, possibilitando a parte prejudicada recorrer da decisão.

Merece uma pequena nota o disposto no § 1º do art. 12 da Lei 7.347/85, o qual estabelece a possibilidade de suspensão da execução da medida liminar. Condicionando a suspensão a necessidade de evitar "grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas", no entanto para que o Presidente do Tribunal efetive essa suspensão mister exista prova robusta, concreta da ocorrência das situações amparadas pela norma, principalmente tomando por base os interesse em conflito.

Sérgio Ferraz[16] considera "altamente criticável a previsão da possibilidade de suspensão da liminar pelo Tribunal em ação civil pública", assim se manifestando:

> a suspensão da liminar, por autoridade diversa da que a concedeu, é constitucionalmente inadmissível, à vista dos princípios norteadores da função jurisdicional, bem como das garantias do contraditório, da ampla defesa e, particularmente, do devido processo legal. O fato de estar esse tremendo poder nas mãos solitárias do presidente da Corte para a qual o feito deverá subir em recurso, aliado à circunstância de decidir ele sem audiência de qualquer interessado na manutenção do decisório cuja suspensão

[12] VIGLIAR, José Marcelo Menezes. *Ação civil pública*. 5.ed. São Paulo: Editor Atlas S.A., 2001. p. 79.
[13] LACERDA, Galeno. Ação civil pública e meio ambiente. *Revista AJURIS*, v. 43, julho de 1988, Porto Alegre.
[14] FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. *Curso de direito ambiental brasileiro*. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 339
[15] MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*: meio ambiente, consumidor e outros interesses difusos e coletivos. 11.ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 259.
[16] FERRAZ, Sérgio. Provimentos antecipatórios na ação civil pública. In *Ação civil pública – lei 7.347/85 – 15 anos*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 836-837.

revista pge - 61 - 2006.pmd 72 26/10/2006, 16:16

> se requer, somente torna mais aguda a inaceitabilidade dessa espúria ablação da função jurisdicional regular. Se a liminar for deferida com desprezo a outros interesses supostamente mais relevantes, o remédio não é sua cassação de cima para baixo imposta, mas seu ataque, seja pela via recursal, seja por mandado de segurança, seja, enfim, por outra ação, eventualmente apta para o fim colimado.

A possibilidade de aplicação subsidiária à tutela antecipatória em ação civil pública das disposições contidas no art. 273 do Código de Processo Civil é indubitável, face ao disposto nos artigos 19 da Lei 7.347/85, 90 da Lei 8.078/90 e 272 do Código de Processo Civil. No entanto, deve-se mencionar que não haveria qualquer vantagem ou interesse do autor da ação civil pública em pleitear a tutela antecipada com base no inciso I do art. 273 do CPC, cujos requisitos são mais rigorosos dos que os exigidos pela Lei 7.347/85.

Relativamente à tutela antecipatória punitiva, prevista no inciso II do art. 273 do CPC, por não haver previsão expressa nem no Código de Defesa do Consumidor, nem na lei da ação civil pública seria perfeitamente possível sua aplicação sempre que houver abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu.

Interessante mencionar, ainda, que embora as disposições do CPC sejam aplicáveis subsidiariamente, o disposto no art. 461, § 3º, do CPC, o qual contém previsão de antecipação de tutela relativamente às obrigações de fazer e não fazer, é inaplicável a ação civil pública, devendo ser utilizado, se for o caso, a disposição contida no art. 84, § 3º, do CDC, o qual em verdade é a matriz do dispositivo do CPC. A aplicação primeiramente do CDC às ações civis públicas (e somente subsidiária do CPC) se deve ao fato de o CDC ter como objetivo a defesa de interesses transindividuais, através de ações coletivas, enquanto a base do CPC são os conflitos individuais.

2.3 Antecipação de Tutela (art.273 do CPC)

Interessante lembrar que a antecipação de tutela surgiu, embrionariamante, em dois textos legislativos voltados para a defesa de interesses metaindividuais, o Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90, art. 84) e o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90, art. 213), o que demonstra a aplicação desse instituto na defesa dos direitos transindividuais, haja vista que se baseou em normas voltadas a garantia de interesses outros que não os meramente individuais.

A antecipação de tutela, introduzida pela Lei nº 8.952, de 13 de dezembro de 1994, passou a integrar todo o sistema jurídico pátrio e constituiu-se na mais expressiva modificação legislativa ocorrida na época.

revista pge - 61 - 2006.pmd 73 26/10/2006, 16:16

Antes da universalização da antecipação de tutela, através da reforma ocorrida em 1994, conforme bem analisado por Kazuo Watanabe[17], a inexistência de instrumento processual adequado para a tutela dos direitos não patrimoniais, somada a lentidão da Justiça, estimulou a criatividade dos operadores do direito, que se utilizavam intensamente da ação cautelar inominada como meio de obtenção da tutela antecipada postulada ou a ser postulada na ação principal, dessa forma ocorreu um desvio e exagero na utilização da ação cautelar inominada, que passou a ser usada para obtenção de provimento satisfativo, e não meramente acautelatório.

A diferenciação da tutela antecipada para a medida cautelar está na natureza das liminares, pois a antecipação dos efeitos da tutela, ainda que fundada na urgência (art. 273, inciso I, do CPC) tem como finalidade adiantar os efeitos da tutela de mérito, de sorte a propiciar sua imediata execução, dispondo sobre o direito material objeto da lide.

A disposição contida no art. 273 do CPC, trata-se de provimento que antecipa efeitos executivos que poderão decorrer da futura sentença de procedência, ou seja, antecipa a fruição, mesmo que em caráter provisório, do bem da vida que o autor visa obter com a demanda proposta[18], sendo que seu conteúdo deve guardar identidade com o conteúdo da tutela definitiva, ainda que parcialmente. Tendo como possibilidades de sua aplicação quando houver prova capaz de convencer da verossimilhança do direito alegado e existir fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação (inciso I) ou ficar caracterizado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu (inciso II).

Relevante, no entanto, é a questão da aplicação do instituto da antecipação de tutela, como previsto no art. 273 do CPC, nos casos em que o procedimento legal já estabeleceu a possibilidade de concessão de liminar antecipatória, como é o caso da ação civil pública. Tendo a lei 7.347/85 previsto em seu art. 12 a liminar antecipatória, conforme anteriormente explicitado, pelo princípio da especialidade deve prevalecer a lei extravagante, exceto no concernente aos pontos em que a lei especial não cogita da liminar antecipatória ou quando ausentes os requisitos específicos autorizadores da medida.[19]

Aplicável que seja a antecipação de tutela no âmbito da ação civil pública, essa técnica processual, no entanto, deverá ser empregada com cautela e moderação, pois se está em campo diverso do plano da jurisdição singular, em que as partes trazem posições jurídicas individuais, atuando no campo da jurisdição coletiva, na qual o autor da ação na verdade é o representante adequado de certas "massas de interesses", concernentes a segmentos da sociedade civil e onde os efeitos do julgado se projetam, conforme o caso, *ultra partes* ou

[17] WATANABE, Kazuo. Tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e não fazer (arts. 273 e 461 do CPC). *Revista AJURIS*, Porto Alegre, v. 66, p. 160-190, março de1996.

[18] ZAVASCKI, Teori Albino. Reforma do sistema processual civil brasileiro e reclassificação da tutela jurisdicional. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 88, p 173-178, out./dez. 1997.

[19] VAZ, Paulo Afonso Brum. *Manual de tutela antecipada:* doutrina e jurisprudência de acordo com as leis nº 10.352/01, 10.358/01 e 10.444/02. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 49.

revista pge - 61 - 2006.pmd 74 26/10/2006, 16:16

erga omnes (art. 16 da Lei 7.347/85 com redação dada pela lei 9.494/97)[20].

No que tange à aplicação do instituto da tutela antecipada à ação civil pública, alguns autores, como, por exemplo, José dos Santos Carvalho Filho[21], fazem uma diferenciação afirmando que é necessário distinguir entre pedido condenatório e pedido constitutivo, sendo neste último cabível a tutela antecipada. Relativamente aos pedidos de natureza condenatória, de regra, seria incabível a antecipação de tutela, pois, para o autor citado, embora possam estar presentes os requisitos da presunção de veracidade, o risco de dano irreparável ou de difícil reparação e o abuso do direito de defesa, se afigura praticamente impossível preencher o requisito da prova inequívoca, haja vista que as controvérsias que dizem respeito à interesses difusos e coletivos, dentre eles os relativos à proteção do meio ambiente, são caracterizadas pela complexidade, exigindo significativo suporte probatório para possibilitar ao juiz formar seu convencimento objetivando à solução do litígio. Devendo ser dada, ainda, maior ênfase à observância dos princípios fundamentais do contraditório e da ampla defesa. Além disso, deve-se mencionar que será incabível a antecipação dos efeitos da tutela quando houver o risco de ser irreversível eventual dano à outra parte, podendo ocorrer situação inversa, ou seja, o juiz tentando evitar o dano a uma das partes, antecipando a tutela causaria dano irreversível à outra, devido a isso deve o julgador cuidar para que a antecipação de tutela não seja causa de dano irreversível à parte.

A diferenciação acima não pode ser considerada com a finalidade de indeferimento de antecipação de tutela em ações civis públicas, pois primeiramente, o requisito da "prova inequívoca" não deve ser interpretado de forma tão rígida devendo ser considerada a que baste para o convencimento a respeito da verossimilhança da alegação, conforme bem esclarecido por Carlos Alberto Alvaro de Oliveira[22] quando se refere à tutela antecipada:

> Nesta, impõe-se a prova inequívoca, vale dizer, clara, sem jaça, evidente, mas quanto baste para o convencimento da *probabilidade* da alegação e não de sua certeza (a certeza, aliás, em direito processual é sempre relativa, como sabido). Assim, tanto pode atender ao modelo legal um começo de prova por escrito, como a justificação prévia. A cognição , portanto, continua sendo incompleta, não exauriente: nada impede, por exemplo, que no curso do processo venha a ser provado que aquela determinada alegação fática, a princípio considerada evidente, não corresponda exatamente à realidade.

[20] MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação civil pública:* em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores. 9.ed. São paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 126.

[21] CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Ação civil pública:* comentários por artigos – lei 7.347, de 24.7.85. 3.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 107-108.

[22] OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Aspectos da reforma do Código de Processo Civil: alcance e natureza da tutela antecipatória. *Revista de Processo*. São Paulo, v. 84, p. 11-17, out./dez. de 1994.

revista pge - 61 - 2006.pmd 75 26/10/2006, 16:16

Teori Albino Zavascki[23], também, esclarece que o requisito da prova inequívoca, presente no art. 273 do CPC, deve ser analisado conjuntamente com a verossimilhança da alegação, ou seja:

> [...] a antecipação de tutela de mérito supõe *verossimilhança* quanto ao fundamento de direito, que decorre de (relativa) *certeza* quanto à verdade dos fatos. [...]Assim, o que a lei exige não é, certamente, prova de verdade absoluta - , que sempre será relativa, mesmo quando concluída a instrução – mas uma prova robusta, que, embora no âmbito de cognição sumária , aproxime, em segura medida, o juízo de probalidade do juízo de verdade.

Importante ressaltar que a necessidade de prova robusta para propiciar ao julgador formar sua convicção para conceder a tutela antecipada em matéria ambiental, embora, em alguns casos, seja de difícil elaboração, deve ser levado em consideração o princípio da prevenção ou da precaução, tendo como uma de suas características, apontada por Paulo Afonso Leme Machado[24], que:

> [...] em caso de certeza do dano ambiental, este deve ser prevenido, como preconiza o princípio da prevenção. Em caso de dúvida ou de incerteza, também se deve agir prevenindo. Essa é a grande inovação do princípio da precaução. A dúvida científica, expressa com argumentos razoáveis, não dispensa a prevenção.

Portanto, a dificuldade de apontar provas seguras da existência de risco para o meio ambiente em determinado caso, não pode ser utilizada como empecilho à concessão de antecipação de tutela.

No que concerne a irreversibilidade do provimento antecipatório, este, também, não deve ser tido como um entrave à concessão da antecipação de tutela de mérito em matéria ambiental, pois os interesses protegidos devem ser sopesados, haja vista que a "tutela jurisdicional que chega quando o dano ambiental já ocorreu perde, no plano da garantia dos valores constitucionalmente assegurados, muito, quando não a totalidade de sua relevância ou função social"[25].

Transcreve-se, também, elucidativa lição de Teori Albino Zavascki[26] quando se refere a determinação contida no § 2º do art. 273 do CPC, que veda a concessão da antecipação de tutela se houver perigo de irreversibilidade da medida:

> [...] a vedação inscrita no citado § 2º deve se relativizada, sob pena de comprometer quase por inteiro o próprio instituto da antecipação de tutela. Com efeito, em determinadas circunstâncias, a reversibilidade corre algum risco, notadamente quanto à

[23] ZAVASKI, Teori Albino. *Antecipação de tutela.* 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 76.
[24] MACHADO, Paulo Afonso Leme. *Direito ambiental brasileiro.* 10.ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 62.
[25] MILARÉ, Édis. *Direito do ambiente*: doutrina, jurisprudência, glosário. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2004, p. 879.
[26] ZAVASKI, Teori Albino. *Antecipação de tutela.* 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 97.

revista pge - 61 - 2006.pmd 76 26/10/2006, 16:16

> reposição *in natura* da situação fática anterior. Mesmo nestas hipóteses, é viável o deferimento da medida desde que manifesta a verossimilhança do direito alegado e dos riscos decorrentes da sua não fruição imediata. Privilegia-se, em tal situação, o direito provável em relação ao improvável.

Acresça-se, ainda, a relevância dos direitos em juízo, e a conseqüente necessidade de o julgador avaliar, no caso concreto, se a irreversibilidade do provimento é motivo suficientemente forte para que deixe de conceder a tutela.

Deve-se ter em mente, também, que nem sempre os bens jurídicos em disputa são qualitativamente iguais, possuindo mesma valoração. Diante dessa, desigualdade valorativa e com base no princípio da proporcionalidade é permitido ao magistrado ponderar, no caso concreto, estando presentes os pressuposto de concessão da medida, da não aplicação do disposto no § 2º do art. 273 do CPC, mesmo que isso signifique proteger uma das partes colocando em situação de irreversibilidade a outra[27].

Para Sérgio Ferraz[28] a tutela antecipada possui superioridade, em termos de conveniência para o interesse público, sobre a medida cautelar e o mandado liminar, pois através desse pronunciamento podem ser adotadas providências mais consistentes do que as ensejadas por uma decisão liminar ou cautelar. Dando o seguinte exemplo:

> Pense-se, por exemplo, em ação civil pública voltada à cessação de uma atividade de desmatamento de uma floresta de preservação permanente, na qual se busque, também, a imposição de uma obrigação de replantio. A execução desta, por força da tutela antecipada, gozará de uma feição de utilidade bem mais estável do que a tutela de efeitos idênticos que se obtivesse por liminar (na própria ação civil pública ou em cautelar a ela conectada) ou em medida cautelar.

Destaca-se, ainda, que no plano da ação civil pública o raciocínio dos operadores do direito deve ser pautado, primordialmente, pela imperiosidade de uma efetiva tutela ao interesse transindividual objetivado, sendo cabível a antecipação de tutela.

3 FUNGIBILIDADE DAS MEDIDAS DE URGÊNCIA

A partir do momento em que foi proibido ao particular a autotutela de seus direitos, o Estado tomou para si a titularidade da prestação jurisdicional, comprometendo-se a de forma imparcial solucionar os conflitos existentes, buscando a pacificação social.

---

[27] BUENO, Cassio Scarpinella. *Tutela antecipada.* São Paulo: Saraiva, 2004, p. 60

[28] FERRAZ, Sérgio. Provimentos antecipatórios na ação civil pública. In *Ação civil pública – lei 7.347/85 – 15 anos.* 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 837.

revista pge - 61 - 2006.pmd 77 26/10/2006, 16:16

A substitutividade, com ânimo de imperatividade, é uma das características mais marcantes da tutela jurisdicional e conseqüência imediata do monopólio da jurisdição exercida pelo Estado, dessa forma se faz necessário que a atuação do Estado-juiz não signifique qualquer forma de perda ou de prejuízo para a expectativa que o jurisdicionado tem, legitimamente, no direito material.

Em verdade um dos grandes adversários da efetividade processual é o tempo, pois muitas vezes o lapso temporal necessário para o desenvolvimento normal do processo, até a obtenção do provimento, constitui óbice à tutela do direito. Não sendo admissível que a demora no processo possa vir a tornar ineficaz ou inútil a tutela jurisdicional. Sendo que em muitos casos a justa solução do litígio, conforme José Roberto dos Santos Bedaque[29], exige atividade urgente do juiz, que terá de dispensar o pleno conhecimento da relação substancial.

No tocante às tutelas de urgência, o que se pretendeu foi distribuir de forma mais eqüanime os ônus do tempo no processo. Como o lapso temporal para solução dos conflitos pode levar a situações de perigo de dano ou de lesão a direitos se buscou através da tutela antecipada e da medida cautelar dar um conteúdo mais concreto ao art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, pois o indivíduo quando busca a tutela do Estado com base no princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, objetiva a efetiva e tempestiva proteção aos seus direitos, porquanto a justiça tardia é fonte de injustiça social.

Nosso ordenamento jurídico, tendo por finalidade a convivência harmônica dos princípios da segurança jurídica e da efetividade da jurisdição, ambos oriundos de disposições constitucionais e sem hierarquia entre si, autoriza a concessão de medidas de caráter provisório, que permitam superar situações de risco de perecimento do direito, com o mínimo sacrifício de ambos os direitos.

Objetivando solver ao conflito pode o juiz se utilizar de duas técnicas distintas, cautelar ou antecipatória, concedendo tutelas de urgência no intuito de minimizar os efeitos negativos do decurso do tempo no processo, harmonizando e dando condições de convivência simultânea aos direitos fundamentais da efetividade da jurisdição e da segurança jurídica.

Como corretamente concluiu Teori A. Zavascki[30]:

> [...] as medidas antecipatórias e as medidas cautelares têm um objetivo e uma função constitucional comuns: são instrumentos destinados a, mediante a devida harmonização, dar condições de convivência simultânea aos direitos fundamentais da segurança jurídica e da efetividade da jurisdição. E é nesta função instrumental concretizadora que ditas medidas legitimam-se constitucionalmente.

[29] BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo*: influência do direito material sobre o processo. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 115.

[30] ZAVASCKI, Teori Albino. Medidas cautelares e medidas antecipatórias: técnicas diferentes, função constitucional semelhante. *Revista de Processo*, v. 82, p 53-69.

revista pge - 61 - 2006.pmd 78 26/10/2006, 16:16

A tutela de urgência é gênero no qual estão compreendidas as medidas cautelares e as medidas antecipatórias, as quais visam, além de harmonizar direitos fundamentais conflitantes, distribuir os ônus do tempo no processo, mantendo a efetividade do direito, principalmente, no que se refere a direitos não patrimoniais, dentre os quais destacamos o direito ao meio ambiente saudável, pois a estes não pode ser concedida apenas uma tutela reparatória, sendo necessário uma tutela jurisdicional capaz de impedir a ocorrência do dano.

Nesse contexto, surgiu a Lei nº 10.444/2002 que acresceu ao art. 273 do Código de Processo Civil o parágrafo 7º, cuja redação consagra a fungibilidade entre as medidas urgentes. Essa mudança legislativa, aclama a idéia de identidade dessas medidas, sejam elas antecipatórias ou asseguratórias, sendo ambas pertencentes ao gênero de tutelas urgentes, e teve a intenção de evitar que dúvidas relativas à natureza da tutela de urgência a ser requerida, pudessem comprometer a efetividade do processo[31].

A distinção entre essas duas modalidades de provimentos de urgência (cautelar e antecipatório), embora seja em alguns casos difícil, é de todo evidente, haja vista que a medida cautelar é cabível quando for urgente assegurar o resultado útil do processo, ou seja, que o bem da vida objeto do litígio venha a ser entregue ao interessado, caso esse seja vitorioso na demanda. Já na antecipação de tutela há urgência na satisfação do direito afirmado, sendo coincidente o conteúdo da medida e a conseqüência jurídica resultante do direito material que o autor veio a juízo buscar.

Outro critério utilizável para a diferenciação entre tutela antecipada e tutela cautelar é verificar em que condições aquilo que se quer antecipar coincide ou não com o que se pretende ao final, havendo uma coincidência total ou parcial, o caso será de tutela antecipada. Não existindo a hipótese é de tutela cautelar[32].

Desde a introdução da tutela antecipada no ordenamento jurídico, em 1994, a doutrina e a jurisprudência não conseguiram estabelecer um parâmetro objetivo de classificação para distinguir a tutela antecipada da tutela cautelar, não havendo unicidade em determinar quais características diferenciam uma espécie da outra.

Essa incerteza na distinção das medidas urgentes, no dia-a-dia do foro, iniciou por causar prejuízos aos jurisdicionados que passaram a ter seus pleitos indeferidos em virtude de questões meramente técnicas.

O reconhecimento da fungibilidade entre as medidas de urgência é fruto da compreensão, por parte do legislador, de que embora no campo doutrinário seja nítida a diferenciação técnica ou teórica entre as medidas cautelares e a antecipação de tutela, nem sempre o mesmo ocorre nas situações práticas levadas

[31] MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória:* individual e coletiva. 3.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p.205

[32] BUENO, Cassio Scarpinella. *Tutela antecipada.* São Paulo: Saraiva, 2004, p. 23.

revista pge - 61 - 2006.pmd 79 26/10/2006, 16:16

ao Poder Judiciário, havendo casos situados em uma zona cinzenta de difícil distinção.

Registra-se aqui valiosa lição de J. C. Barbosa Moreira[33] que assim dispõe:

> Não sei se vale a pena, aliás, insistir nessa preocupação de traçar uma linha divisória, absolutamente rígida, que separe esses institutos, como se tratasse de compartimentos estanques, de fronteiras sem nenhum poro. De algum tempo para cá, venho tendendo a convencer-me de que, por vezes esse tipo de preocupação é fútil, porque no Direito, como na vida as distinções nem sempre refletem contraposições; o direito e a vida são realidades que se desenvolvem e se estruturam gradualmente, sem essa obsessão por muros opacos que separem, de maneira radical, um compartimento do outro. A própria ciência processual reconhece hoje que muito do que se tentou fazer em matéria de distinção rigorosa, de quase que separação absoluta entre institutos, na verdade, constituía uma preocupação metodologicamente discutível e, em certos casos, francamente equivocada, porque há sempre uma passagem gradual de uma realidade a outra, e quase sempre se depara uma espécie de zona de fronteira, uma faixa cinzenta, que nem o mais aparelhado cartógrafo saberia dizer com precisão em qual dos dois terrenos estamos pisando.

A intenção do legislador ao criar uma espécie de fungibilidade entre a tutela antecipada e cautelar é clara, objetiva que ninguém mais seja impedido de litigar em função de uma discussão importante no plano teórico, mas de pouca significância no dia-a-dia forense. Em nada diferindo, aliás, do que o art.12, *caput*, da Lei nº 7.347/85 sempre admitiu, ou seja, a possibilidade de concessão de mandado liminar no bojo da ação, sem prejuízo do ajuizamento de uma ação cautelar preparatória referida no art. 4º do mesmo diploma legal[34].

A redação dada ao parágrafo 7º é a seguinte: "Se o autor, a título de antecipação de tutela, requerer providência de natureza cautelar, poderá o juiz, quando presentes os respectivos pressupostos, deferir a medida cautelar em caráter incidental do processo ajuizado".

Diante desse texto, alguns juristas admitem apenas a possibilidade de, caso pleiteada medida cautelar como se fosse tutela antecipada, concedê-la considerando que seus pressupostos ou requisitos constituem um *minus* em relação aos que autorizam a antecipação de tutela, sempre que a medida possa ser examinada com base no poder geral de cautela do juiz, no bojo do processo de conhecimento, não haveria óbice em deferi-la[35]. Tendo em vista que os requisitos para concessão da antecipação de tutela são mais rigorosos (verossimilhança do direito alegado e *periculum in mora*) que os das cautelares

[33] MOREIRA, José Carlos Barbosa. A antecipação de tutela jurisdicional na reforma do código de processo civil. *Revista de Processo,* nº 81, p. 201.

[34] BUENO, Cassio Scarpinella. *Tutela antecipada.* São Paulo: Saraiva, 2004, p. 123.

[35] VAZ, Paulo Afonso Brum. *Manual de tutela antecipada:* doutrina e jurisprudência de acordo com as leis nº 10.352/01, 10.358/01 e 10.444/02. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 100.

revista pge - 61 - 2006.pmd 80 26/10/2006, 16:16

(*fumus boni iuris e periculum in mora*), vigoraria o princípio de quem pode o mais pode o menos.

Outro argumento utilizado para admitir-se somente a fungibilidade de mão única[36], seria a inexistência de autorização para a utilização de procedimento cautelar objetivando a obtenção de provimento satisfativo, principalmente em razão das peculiaridades do procedimento cautelar, mais singelo do que o procedimento comum de conhecimento, sendo esse incompatível com a pretensão satisfativa[37].

Essa opinião também é expressada por Humberto Theodoro Júnior[38] quando afirma que não se pode tolerar manobra para transmutar medida antecipatória em medida cautelar, visando alcançar tutela preventiva, sem observar os pressupostos específicos mais rigorosos da antecipação de providências satisfativas do direito subjetivo em litígio.

No entanto, a maioria da doutrina visualiza nesse dispositivo uma "via de mão dupla", ou seja, também quando feito um pedido a título de medida cautelar, o juiz estará autorizado a conceder a medida a título de antecipação de tutela, se esse for seu entendimento e os pressupostos estiverem satisfeitos. Não havendo fungibilidade em uma só mão de direção. Em direito, se os bens são fungíveis isso significa que tanto se pode substituir um por outro, como outro por um.[39]

Mesmo entendendo-se a fungibilidade expressa no parágrafo 7º do art. 273 do CPC como sendo de duplo sentido vetorial[40], é necessário, para alguns autores, não se olvidar da necessidade de adaptar-se o procedimento indevidamente escolhido[41], pois o que reconheceu o Código foi a fungibilidade apenas de pedidos. Ditos autores, entendem que no caso de ser requerida medida antecipatória via processo cautelar, estando, no entender do juiz, preenchidos os requisitos da tutela antecipada, deve ser concedida a medida, desde que este determine a conversão do procedimento para o rito comum, intimando o autor para que realize as devidas adaptações da petição inicial emendando-a antes da citação do réu.[42] Para outros juristas, no entanto, necessário seria somente realizar uma adaptação do requerimento formulado, inclusive para que a parte possa demonstrar a presença dos requisitos legais específicos da medida a ser concedida.[43]

---

[36] Também é encontrada a expressão fungibilidade "regressiva" se contrapondo a fungibilidade de mão dupla ou fungibilidade "progressiva".

[37] JORGE, Flávio Cheim. DIDIER JÙNIOR, Fredie. RODRIGUES, Marcelo Abelha. *A nova reforma processual*: comentários às leis nº 10.317/2001, 10.352/2001, 10.358/2001 e 10.444/2002. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 83-94.

[38] THEODORO JÚNIOR, Humberto. Tutela de segurança. *Revista de Processo*, v. 88. p. 29.

[39] DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma da reforma*. 6.ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 92.

[40] DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma da reforma*. 6.ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 92.

[41] JORGE, Flávio Cheim. DIDIER JÙNIOR, Fredie. RODRIGUES, Marcelo Abelha. *A nova reforma processual*: comentários às leis nº 10.317/2001, 10.352/2001, 10.358/2001 e 10.444/2002. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 83-94.

[42] No mesmo sentido DANTAS, Marcelo Busaglo. Reflexos da nova reforma do CPC na ação civil pública ambiental. *Aspectos processuais do direito ambiental*. José Rubens Morato Leite e Marcelo Busaglo Dantas (Coords.) Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003. p. 201-229.

[43] NERY JÚNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de processo civil comentado e legislação extravagante*. 7.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 653.

revista pge - 61 - 2006.pmd 81 26/10/2006, 16:16

Deve ser observada, ainda, a existência de dúvida razoável e fundada quanto à natureza da tutela urgente postulada, ou para alguns a ausência de erro grosseiro na elaboração do pedido, não sendo permitido com a aplicação pura e simples do § 7º, eximir-se o requerente do preenchimento de requisitos indispensáveis a concessão da medida.

A admissão expressa do princípio da fungibilidade, nos casos de requerida a título de antecipação de tutela medida de natureza cautelar, demonstra a possibilidade de ser concedida medida cautelar no bojo do processo de conhecimento, dispensando o ajuizamento de ação própria, com isso, para alguns, denunciando a tendência de nossa legislação de unificação dos "processos"[44]. Isso traz como conseqüência a provável redução de processos cautelares autônomos, tornando admissível, de forma genérica, atividades cognitivas e cautelares no processo de conhecimento[45] .

Ressalte-se, também, o comentário de Cândido Rangel Dinamarco[46] declarando que a fungibilidade entre as tutelas de urgência:

> [...] deve ser o canal posto pela lei à disposição do intérprete e do operador para a necessária caminhada rumo à unificação da teoria das medidas urgentes – ou seja, para a descoberta de que muito há na disciplina explícita das medidas cautelares, que comporta plena aplicação às antecipações de tutela.

Registra-se, ainda, que o disposto no § 7º do art. 273 embora não tenha aptidão para revogar o Livro III do CPC, tem tudo para determinar que suas normas caiam em desuso, pelo menos do ponto de vista prático. No entanto, com relação a ação cautelar prevista na Lei nº 7.347/85, esta permanecerá sendo utilizada de forma preparatória.

O que deve ser bem compreendido é que o equívoco da parte em formular o pedido não pode ser tido como fator para o indeferimento da medida mais adequada a situação em concreto, principalmente porque as tutelas de urgência visam a evitar que o direito fundamental da efetividade da prestação jurisdicional seja subjugado em situações de urgência e de direito aparente, as quais justifiquem a relativização do direito fundamental à segurança jurídica. Nesse aspecto conveniente observar que questões meramente formais não podem obstar à realização de valores constitucionalmente garantidos.[47]

No caso específico da ação civil pública para defesa do meio ambiente, deve ser reconhecido o duplo sentido vetorial da fungibilidade entre as medidas de urgência, principalmente tomando por base os interesses postos em causa, os quais não podem por meros equívocos formais serem prejudicados, devendo-

[44] JORGE, Flávio Cheim. DIDIER JÙNIOR, Fredie. RODRIGUES, Marcelo Abelha. *A nova reforma processual*: comentários às leis nº 10.317/2001, 10.352/2001, 10.358/2001 e 10.444/2002. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 83-94.

[45] BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência* (tentativa de sistematização). 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 382

[46] DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma da reforma*. 6.ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 91.

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

revista pge - 61 - 2006.pmd 82 26/10/2006, 16:16

se sempre priorizar sua tutela efetiva, com a observância do princípio da prevenção.

Deve-se ressaltar, também, que um dos argumentos levantados para considerar-se inaplicável a fungibilidade de mão dupla – requisitos mais rigorosos para concessão da antecipação de tutela - , no caso da ação civil pública é irrelevante, haja vista que com base nas disposições contidas no art. 12 da lei 7.347/85, os requisitos tanto para a concessão de medida cautelar como de medida antecipatória são os mesmos, ou seja, *fumus boni iuris* e *periculum in mora*, não havendo gradação com relação a demonstração dos requisitos para a obtenção da tutela de urgência do direito.

No entanto, a tutela antecipada pode ser concedida sem a ocorrência do requisito do *periculum in mora*, bastando que se conjuguem os requisitos da verossimilhança da alegação e do manifesto propósito protelatório do réu ou abuso do direito de defesa (art. 273, inciso II, do CPC) ou que haja, em alguma medida, pedidos, total ou parcialmente incontroversos (art. 273, § 6º, do CPC). Nestes casos, não é necessário que se comprove a urgência no deferimento da medida. Sendo esta a causa de muitos juristas negarem a possibilidade de conversão ou de fungibilidade entre as tutelas cautelar e antecipada.

No caso acima narrado, não há como admitir-se a fungibilidade, pois não existe correspondência de pressupostos, portanto, se uma petição inicial de ação cautelar descrever situação de abuso de direito de defesa do réu, o § 7º do art. 273 não deve ser aplicado. Isso, contudo, não significa que o magistrado não possa "indicar" ao interessado o caminho que deve ser tomado para esse mesmo fim[48].

A fungibilidade de "mão dupla" existe naquelas situações em que concorrem os pressupostos comuns de uma e da outra, ou seja, há situação de plausibilidade (verossimilhança da alegação e *fumus boni iuri*) e necessidade de prestação jurisdicional urgente (*periculum in mora*).

4 CONCLUSÃO

No presente estudo foram analisadas as tutelas cautelares e antecipada empregadas nas ações civis públicas para defesa do meio ambiente, seus requisitos específicos, diferenças e semelhanças, bem como examinada a fungibilidade entre as medidas de urgência.

Do exposto extrai-se que na ação civil pública para defesa do meio ambiente são de grande valia as tutelas de urgência, tendo em vista a importância dos interesses postos em causa e a necessidade de efetivação desses direitos.

A ação cautelar, prevista no art. 4º da Lei 7.347/85, permanece com sua aplicabilidade, principalmente nos casos em que não seja possível de imediato formular a inicial da ação, por falta de elementos, sendo, no entanto, urgente a atuação do judiciário para preservação dos bens jurídicos. Com a admissão em

[48] BUENO, Cassio Scarpinella. *Tutela antecipada.* São Paulo: Saraiva, 2004, p. 128.

revista pge - 61 - 2006.pmd 83 26/10/2006, 16:16

nosso ordenamento da antecipação de tutela e, mais especificamente, com o reconhecimento da fungibilidade entre as medidas cautelar e antecipatória, as cautelares incidentais perderam sua utilidade, caindo em desuso.

No que tange à medida liminar antecipatória (art. 12, *caput*, da Lei 7.347/85), além de se tratar de procedimento especial, esta possui requisitos específicos mais brandos e diversos dos exigidos pelo art. 273 do CPC, sendo sua aplicação vantajosa ao jurisdicionado. Deve-se mencionar, também, outro traço distintivo que é a possibilidade de concessão da medida de ofício pelo juiz, presentes seus requisitos.

A tutela antecipada prevista no art. 273 do CPC é aplicável, subsidiariamente, à ação civil pública, no entanto, relativamente ao disposto no inciso I, não há vantagens em sua utilização, tendo em vista que os requisitos do art. 12 da Lei nº 7.347/85 são menos rigorosos. Quanto à tutela antecipada punitiva, prevista no inciso II do art. 273 do CPC, por não possuir disposição equivalente na lei da ação civil pública é útil e admissível seu emprego.

Em ação civil pública para defesa do meio ambiente é admissível a fungibilidade entre as medidas cautelares e antecipada. Devendo ser reconhecido o duplo sentido vetorial, haja vista que os requisitos estabelecidos para a concessão de mandado liminar são os mesmos utilizados para o deferimento de medida cautelar, ou seja, *fumus boni iuris* e *periculum in mora.* Além disso, a relevância do direito posto em causa exige uma atuação mais rápida e eficaz do judiciário.

Deve-se destacar que as tutelas de urgência , antecipatórias ou cautelares, têm uma aplicação relevante na ação civil pública para defesa do meio ambiente, pois tornam mais efetiva a prestação jurisdicional, prevenindo os danos e possibilitando a preservação dos recursos naturais.

REFERÊNCIAS

ASSIS, Araken de. Fungibilidade das medidas inominadas cautelares e satisfativas. **Revista Jurídica**, Porto Alegre, v. 272, p. 5-24, jun-2000.

ALVIM, Arruda. Anotações sobre alguns aspectos das modificações sofridas pelo processo hodierno entre nós. **Revista de Processo***,* São Paulo, v.97, p. 51-106, jan-março 2000.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e processo*:* influência do direito material sobre o processo**. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. **Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)**. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Tutela antecipada**. São Paulo: Saraiva, 2004.

revista pge - 61 - 2006.pmd 84 26/10/2006, 16:16

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Ação civil pública: comentários por artigos lei 7.347, de 24.07.85**. 3.ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2001.

DANTAS, Marcelo Buzaglo. **Reflexos da nova reforma do CPC na ação civil pública ambiental. In: Aspectos processuais do direito ambiental**. José Rubens Morato Leite e Marcelo Buzagio Dantas (coords). Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003, p. 201-229.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A reforma da reforma**. 6.ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

FERRAZ, Sérgio. Provimentos antecipatórios na ação civil pública. In: **Ação civil pública**: lei 7.347/1985 – 15 anos. 2.ed. Édis Milaré (coord.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FIORILLO, Celso Pacheco. **Curso de direito ambiental brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2001.

FREITAS, Vladimir Passos de. **Direito administrativo e meio ambiente**. Curitiba: Juruá, 2004.

FURASTÉ, Pedro Augusto. **Normas Técnicas para o trabalho científico: Explicitação das normas da ABNT**. 13.ed. Porto Alegre: 2004.

GRINOVER, Ada Pellegrini. et al. **Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto.** 6.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999.

JORGE, Flávio Cheim; DIDIER JÚNIOR, Fredie; RODRIGUES, Marcelo Abelha. **A nova reforma processual: comentários às leis n. 10317/2001, 10.352/2001, 10.358/2001 e 10.444/2002**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

LACERDA, Galeno. Ação civil pública e meio ambiente. **Revista Ajuris**, Porto Alegre, v. 43, p.14, julho 1988.

MACHADO, Paulo Afonso Leme. **Direito ambiental brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2000.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Ação civil pública: em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores**. 9.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

revista pge - 61 - 2006.pmd 85 26/10/2006, 16:16

MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela inibitória**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

_____. A Efetividade e o Direito de Ação? **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 336, p. 137/146, out-nov-dez 1996.

_____. Efetividade do processo e tutela antecipatória. **Revista dos Tribunais,** São Paulo, v. 706, p. 56-60, agosto 1994.

MAZZILI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo**. 11.ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Proteção ambiental e ação civil pública**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 165, p. 1-10, jul-set. 1986.

MILARÉ, Édis. Direito do ambiente. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2000.

_____. Tutela jurisdicional do ambiente. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 676, p. 48-59, fevereiro 1992.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. A antecipação da tutela jurisdicional na reforma do código de processo civil. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 81, p. 198-211, jan-março 1996.
OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Efetividade e processo cautelar. **Revista da Ajuris**, Porto Alegre, n. 61, p. 175/182, julho 1994.

_____. Alcance e natureza da tutela antecipatória. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 84, p. 11-17, out-dez 1994.

_____. Perfil dogmático da tutela de urgência. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 342, p. 13-28, abril-maio-junho 1998.

SANCHES, Sydney. O poder judiciário e a tutela do meio ambiente. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 706, agosto 1994.

SILVA, José Afonso da. **Direito ambiental constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2002.

SOUZA, Paulo Roberto Pereira de. **A tutela jurisdicional do meio ambiente e seu grau de eficácia**. In: Aspectos processuais do direito ambiental. José Rubens Morato Leite e Marcelo Buzagio Dantas (coords). Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003, p. 230-275.

revista pge - 61 - 2006.pmd 86 26/10/2006, 16:16

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Tutelas de segurança. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 88, p. 9-30, out-dez 1997.

VAZ, Paulo Afonso Brum. **Manual da tutela antecipada**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

VIGLIAR, José Marcelo Menezes. **Ação civil pública**.5.ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2001.

WATANABE, Kasuo. Tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e não fazer (art. 273 e 461 do CPC). **AJURIS**, Porto Alegre, v. 66, p. 160-190, março 1996.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da tutela**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

_____. Medidas cautelares e medidas antecipatórias: técnicas diferentes, função constitucional semelhante. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 82, p. 53-69, abril-junho 1996.

_____. Reforma do sistema processual civil brasileiro e reclassificação da tutela jurisdicional. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 88, p. 173-178, out-dez 1997.

revista pge - 61 - 2006.pmd 87 26/10/2006, 16:16

PARTICULARIDADES DE LA VALORACION DE LOS MEDIOS PROBATORIOS PRODUCIDOS EN PROCESOS COLECTIVOS

Jorge W. Peyrano*

1 INTRODUCCIÓN

Interesa, y mucho, la regulación legal general, todavía pendiente en nuestro país, de los llamados procesos colectivos. Es que éstos abarcan una gama muy amplia y diversificada de intereses: de los consumidores, de los usuarios de servicios públicos, de los beneficiarios de la previsión social, de los inversores, de los que pretenden la tutela del ambiente; tutela ésta última que suscita actualmente un acentuado grado de atención por su riqueza de contenidos (preservación de la calidad de vida, de los recursos naturales, del patrimonio artístico y cultural, y defensa hasta de los excesos de la biotecnología hoy puestos en tela de juicio –a raíz de los alimentos transgénicos- en homenaje de la Seguridad alimentaria). La confirmación de la trascendencia del Derecho Ambiental en Argentina resulta de su reconocimiento constitucional expreso y se le hace no sólo en mérito de la incorporación de la cláusula ambiental (artículo 41 C.N.), sino también en virtud de constituir el daño ambiental el único perjuicio civil previsto por la Constitución Nacional[1].

Tanta amplitud e importancia de los intereses en juego no ha generado en nuestro país, a diferencia de otros, una regulación integral de la materia. Sí existen cuerpos legales que disciplinan algunos de los sectores que la integran[2]. Seguramente, el vacío legal señalado, suplido las más de las veces por creaciones pretorianas, es lo que ha provocado que el asunto haya sido elegido como uno de los temas centrales del XXIII Congreso Argentino de Derecho Procesal. De todos modos, la referida tarea pendiente se encuentra facilitada por la concreción del Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica aprobado por el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal en Caracas, en octubre de 2004. Se le podrá objetar alguna debilidad a dicho instrumento, pero

* Magistrado judicial (juez de la Cámara de Apelaciones en lo Civil de Rosario); Docente de grado y posgrado en materia procesal civil y comercial, desarrollada en Argentina y en el exterior. Doctor en Ciencias Jurídicas por la U.N.L.

[1]MENÉNDEZ, Augusto, "La Constitución Nacional y el medio ambiente", Mendoza 2000, Ediciones Jurídicas Cuyo, passim.
[2]Así, por ejemplo, la Ley General del Ambiente 25675 y la ley santafesina 10.000 que protege Intereses Difusos.

revista pge - 61 - 2006.pmd 89 26/10/2006, 16:16

igualmente constituye un serio esfuerzo por servir de faro de inspiración a las legislaciones nacionales carentes de una regulación integral de la materia.

En las líneas que siguen analizaremos los aspectos que nos han parecido más salientes acerca de cómo debería ser la valoración probatoria dentro del régimen general regulatorio de los procesos colectivos, para después examinar el caso especial de la carga probatoria cuando está en juego el principio precautorio[3], tan caro al proceso ambiental que es uno de los tipos de procesos colectivos que concita mayor atención y que, afortunadamente, se encuentra disciplinado en nuestro medio por la ley 25.675. Concluiremos con una exposición respecto de las particularidades que rodean a un medio probatorio contemplado expresamente por la ley 25.675.

2 LAS CARGAS PROBATORIAS DINAMICAS EN LOS PROCESOS COLECTIVOS

Desde el vamos[4], la doctrina de las cargas probatorias dinámicas –también conocida en España como la de la mayor facilidad o disponibilidad probatorias[5]- sostiene que, excepcionalmente, corresponde apartarse de las reglas normales de distribución del *onus probandi*; reconociendo una nueva pluralidad de nuevas reglas de reparto[6]. Así, aquella de acuerdo con la cual le incumbe probar a la parte que pretende ir contra el orden normal y corriente de las cosas o aquella otra que estima que igual carga probatoria pesa respecto de quien intenta alterar el estado actual de las cosas. De todas maneras, la regla de carga probatoria dinámica más difundida, usada y hasta aceptada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación[7], es la que se acuñara en certámenes científicos y que reza lo siguiente: "La llamada doctrina de las cargas probatorias dinámicas puede y debe ser utilizada por los estrados judiciales en determinadas situaciones en las cuales no funcionan adecuada y valiosamente las previsiones legales que como norma, reparten los esfuerzos probatorios. La misma importa un desplazamiento del *onus probandi*, según fueren las circunstancias del caso, en cuyo mérito aquél puede recaer, verbigracia, en cabeza de quien está en mejores condiciones técnicas, profesionales o fácticas para producirlas, más allá del emplazamiento

[3]Más adelante, desarrollaremos el tema.

[4]El primer trabajo que publicáramos sobre el tema, en colaboración con Julio Chiappini, data de 1976, fue publicado en El Derecho Tomo 107 página 1005 y siguientes y lleva por título "Lineamientos de las cargas probatorias dinámicas"; y ya en él consignamos lo medular de doctrina tan exitosa.

[5]PEYRANO, Marcos, "La teoría de las cargas probatorias dinámicas en la flamante ley de enjuiciamiento civil española" (ley 1/ 2000)", en "Cargas probatorias dinámicas", obra colectiva del Ateneo de Estudios del Proceso Civil de Rosario dirigida por Jorge W.Peyrano, Santa Fe 2004, Editorial Rubinzal Culzoni, página 179 y siguientes.

[6]PEYRANO, Jorge W., "Procedimiento civil y comercial", Rosario 1991, Editorial Juris, tomo 1, página 78.

[7]C.S.J.N. 10-12-97, "Recurso de hecho deducido por la actora en la causa Pinheiro, Ana María y otro c/ Instituto de Servicios Sociales para el Personal Ferroviario".

revista pge - 61 - 2006.pmd 90 26/10/2006, 16:16

como actor o demandado o de tratarse de hechos constitutivos, impeditivos, modificativos o extintivos"[8].

Las particularidades de los procesos colectivos –que muchas veces enfrentan partes con desequilibrios de fuerzas- justifican, ampliamente, que el artículo 12 del Código Modelo para Procesos Colectivos de Iberoamérica ya mencionado, haya incorporado a la susodicha doctrina al texto de tan importante documento: "Artículo 12. Pruebas ... La carga de la prueba incumbe a la parte que posea conocimientos científicos, técnicos o informaciones específicas sobre los hechos, o mayor facilidad para su demostración.."

Dicho ideario, entonces, está presente en el mencionado documento salido de las plumas más granadas del procesalismo iberoamericano. El hecho de que aluda a una sola regla de carga probatoria dinámica no excluye, obviamente, que puedan considerarse aplicables otras, y ya pusimos de resalto que son varias.

3 OPERATIVIDAD DE LAS CARGAS PROBATORIAS DINAMICAS CUANDO ESTÁ EN JUEGO EL PRINCIPIO PRECAUTORIO APLICABLE EN LOS PROCESOS AMBIENTALES

El denominado "principio precautorio" se encuentra establecido en el artículo 4 de la Ley General del Ambiente (25.675) que dispone: "La interpretación y aplicación de la presente ley, y de toda otra norma a través de la cual se ejecute la política ambiental estarán sujetas al cumplimiento de los siguientes principios...Principio precautorio Cuando haya peligro de daño grave o irreversible la ausencia de información o certeza científica no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces, en función de los costos, para impedir la degradación del medio ambiente..". Tal principio se originó en los años 70 en Alemania, constituyendo uno de los pilares del Derecho Ambiental Alemán y hoy de toda la legislación ambiental

Presupone que los efectos posiblemente nocivos de un procedimiento o de un producto no pueden ser identificados, con certeza, mediante los actuales conocimientos científicos. En su mérito, no es necesario disponer ya de un conjunto de pruebas científicas demostrativas del riesgo cierto de consecuencias nocivas, para que se puedan adoptar –judicialmente, llegado el caso- las medidas

[8]La Comisión de Derecho Procesal de las Quintas Jornadas Bonaerenses de Derecho Civil, Comercial, Procesal e Informático, celebradas en Junín en octubre de 1992, sentó la declaración transcripta. Posteriormente, el XVII Congreso Nacional de Derecho Procesal (Termas de Río Hondo- mayo de 1993) concluyó "que la temática del desplazamiento de la carga probatoria reconoce como capítulo más actual y susceptible de consecuencias prácticas sa la denominada doctrina de las cargas probatorias dinámicas, también conocidas como principio de solidaridad o de efectiva colaboración de las partes con el organo jurisdiccional en el acopio del material de convicción. Constituye doctrina ya recibida la de las cargas probatorias dinámicas. La misma importa un apartamiento excepcional de las normas legales sobre la distribución de la carga de la prueba a la que resulta procedente recurrir sólo cuando la aplicación de aquélla arroja consecuencias manifiestamente disvaliosas. Dicho apartamiento se traduce en nuevas reglas de reparto de la imposición probatoria ceñida a las circunstancias del caso y renuentes a enfoques apriorísticos (tipo de hecho a probar, rol de actor o demandado, etc.) Entre las referidas nuevas reglas se destaca aquella consistente en hacer recaer el onus probandi sobre la parte que está en mejores condiciones profesionales, técnicas o fácticas para producir la prueba respectiva".

revista pge - 61 - 2006.pmd 91 26/10/2006, 16:16

necesarias y conducentes para evitar o reducir los efectos de un riesgo sospechado[9]. El principio de precaución privilegia la hipótesis de que suceda lo peor, aún en un plazo muy largo. Apunta a impedir la materialización de un riesgo. Opera así, en el ámbito de la incertidumbre. Decreta que cuando surja una duda razonable respecto de la peligrosidad de cualquier actividad con repercusiones ambientales, se deben tomar medidas para que ese eventual daño –no materializado todavía- no llegue a producirse. Son condiciones de aplicabilidad del principio precautorio, la "gravedad" e "irreversibilidad" del daño en ciernes

Por supuesto que la adopción del principio precautorio –que representa una nueva forma de "gestión de riesgos"- no implica, necesariamente, que se descarten determinadas tecnologías, pues puede auspiciar, también, soluciones intermedias.

Abundante doctrina autoral[10] interpreta que en la materia se produce una singular situación que justifica la aplicación de la doctrina de las cargas probatorias dinámicas; aplicación que acarrea que la carga de probar la inocuidad de la actividad sospechada recaiga en el titular de ella y no en el potencial afectado. Llegados aquí, debemos recordar que las reglas de las cargas probatorias dinámicas son plurales, como ya hemos subrayado. Obviamente, nada impide que –respetando su ideario- la doctrina y la jurisprudencia encuentren todavía más reglas operativas como formando parte de la doctrina de las cargas probatorias dinámicas.

Establecido lo anterior, consignamos que algún autor[11] considera que la referida inversión probatoria encuentra apoyo en la regla de carga probatoria dinámica más difundida, puesto que, de ordinario, quien introduce el riesgo (muy frecuentemente, grandes empresas dedicadas a la explotación del ramo) está en mejores condiciones técnicas para demostrar, hasta donde se pueda, el carácter inocuo del proceso o procedimiento respectivo. Asimismo se podría llegar a igual solución (inversión probatoria) recurriendo a la regla de carga probatoria dinámica de acuerdo con la cual debe probar quien pretenda alterar el actual estado de cosas; y el actual estado de cosas sería la "sospecha de nocividad". Quien afirme lo contrario (es decir, v.gr., que la sospecha es mínima), deberá acreditarlo. Finalmente, también existen opiniones[12] acerca de que se estaría en la especie ante una nueva regla de carga probatoria dinámica concebida, aproximadamente, de la siguiente forma: "corre el esfuerzo probatorio

[9]BERGEL, Salvador "La recepción del principio precautorio en la ley general del ambiente", en El Derecho, boletín del 22 de abril de 2004.

[10]ESAIN, José, "El derecho agrario ambiental y la cuestión de los *feed lots* en J.A. 2002- IV, página 407; "El rol del Derecho ante la incertidumbre científica en los casos ambientales". Por Anibal Falbo, J.A. 1995-IV pág.977; "El Debido proceso ambiental" por Walter Carnotta, en El Derecho Tomo 161, página 365; "Particularidades del proceso civil por daño ambiental", por Carlos Camps, en J.A 1998 IV página 967.

[11]ANDORNO, Roberto "Pautas para una correcta aplicación del principio de precaución " en J.A. 2003-III, página 969: "Esta exigencia de mayor compromiso del introductor del riesgo se explica no sólo por una razón de justicia ya que él es quien se beneficia económicamente con el producto o actividad en cuestión, sino también por motivos prácticos porque normalmente serán los mismos fabricantes del producto quienes están en mejores condiciones técnicas para demostrar, hasta donde se pueda, su carácter inocuo".

[12]Ibidem página 969.

revista pge - 61 - 2006.pmd 92 26/10/2006, 16:16

en la materia, por parte de quien introduce el riesgo y aprovecha el correlativo beneficio económico".

Claro está que quien debe soportar la carga probatoria de referencia, sólo debe levantar una suerte de "carga limitada", porque no está compelido a eliminar cualquier duda acerca de la posible nocividad del producto o actividad de que se tratare, sino a acreditar la escasa intensidad del riesgo correspondiente. Debemos insistir en que la aplicación del principio precautorio requiere "buenas razones", vale decir la concurrencia de una "sospecha fundada". El accionar del introductor del riesgo debe procurar erosionar el carácter de "sospecha fundada" que preside el episodio.

Una muy interesante aplicación del principio precautorio se produjo, recientemente, por mano de la Sala II de la Cámara Federal de Apelaciones de La Plata[13] y en una causa excelentemente comentada por Nelson Cossari[14]. En ella se ordenó a una empresa de electricidad "que suspenda las obras de cableado destinadas a la sobrealimentación de la estación transformadora en cuestión y que, juntamente con el ente controlador del servicio público, presente en el plazo de 15 días un informe en el cual se indiquen las medidas que pondrán en práctica para proteger a los vecinos de los efectos potencialmente nocivos de dicha planta"[15]. En verdad, en el caso estaba en juego el tema de la nocividad de los campos electromagnéticos generados, entre otras fuentes, por las torres de alta tensión, las antenas de telefonía celular y los grandes conductores de electricidad. Los C.E.M. se encuentran bajo sospecha y estudio por parte de la Organización Mundial de la Salud desde 1996, entidad que ha anunciado que todavía faltan un par de años de estudios para que se pronuncie sobre el particular. Cabe recordar que los materiales de construcción no bloquean ni atenúan los efectos propios de los campos electromagnéticos. En la resolución judicial de referencia se lee lo siguiente: "los campos electromagnéticos son más intensos cuanto menor es la distancia a la carga o conductor cargado que los genera y su intensidad disminuye rápidamente al aumentar la distancia desde la fuente…Por otro lado, si bien la mayoría de los materiales de construcción protegen en cierta medida de los campos eléctricos, no ocurre lo mismo con los campos magnéticos, ya que este tipo de materiales (v.gr. paredes de edificios) no bloquean ni atenúan los efectos propios de estos campos…la Hoja Informativa nº 263 del Proyecto Internacional CEM, publicada en el mes de octubre de 2001, da cuenta de una reciente investigación llevada a cabo por la Agencia Internacional para la Investigación del Cáncer (IARC) –una agencia de la OMS especializada en la investigación de esa enfermedad- que concluyó el primer paso sobre el proceso de evaluación del riesgo a la salud de los campos electromagnéticos de frecuencia extremadamente baja, clasificando dichos campos con respecto a la fuerza de la

[13]Se trata de "Asociación Coordinadora de Usuarios, Consumidores y Contribuyentes c. ENRE Edesur s/ cese de obra de cableado y traslado de Subestación Transformadora", causa en la cual recayó el pronunciamiento citado el 8 de julio de 2003; resolución que fuera publicada en El Derecho, boletín del 22 de abril de 2004.

[14]Conf. "Electropolución y daño ambiental" por Nelson Cossari, en El Derecho, boletín del 22 de abril de 2004.-

[15]Vide fallo citado en nota 13.

revista pge - 61 - 2006.pmd 93 26/10/2006, 16:16

evidencia como que podrían causar cáncer en humanos". Sin embargo, las empresas de telefonía celular persisten en la condenable práctica –prohibida en varios lugares- de instalar antenas sobre edificios de propiedad horizontal y hasta sobre escuelas; haciendo caso omiso del principio precautorio.

No abrigamos dudas acerca de que se está frente a una actividad sospechada a la cual le es aplicable el principio precautorio, tal como lo hiciera el recordado y elogiado fallo de la Sala II de la Cámara Federal de Apelaciones de La Plata. Más aún: la lectura de dicha decisión, informa respecto de que la empresa eléctrica demandada no produjo prueba de descargo alguna; limitándose a aducir sobre la falta de certeza de los efectos negativos de los campos electromagnéticos sobre la salud humana. Dicha argumentación fue considerada, con razón, insuficiente para desvirtuar la incidencia del principio precautorio en el caso.

4 EL CASO DE LA PRUEBA PERICIAL ESTABLECIDA POR EL ARTICULO 33 de la ley 25.675

La ley general del ambiente 25.675 – ésa gran ignorada pese a que sus normas son aplicables por la Justicia ordinaria- constituye el sueño del "progresismo" procesal civil. Es que incluye legitimaciones amplias, el despacho de autosatisfactivas, acentuadas iniciativas probatorias judiciales, una inclinación hacia un accionar judicial preventivo y no meramente resarcitorio de daños, la cosa juzgada "expansiva" y la aplicabilidad, como ya hemos señalado, de las cargas probatorias dinámicas, por lo menos en materia de principio precautorio. Creemos que en buena parte, la ley 25.675 debería servir de fuente de inspiración para futuras regulaciones integrales de los procesos colectivos en Argentina.

Sucede, y es lo que nos interesa ahora, que existe la peculiar "prueba pericial" prevista por el artículo 33 de la ley 25.675 que dispone: "Los dictámenes emitidos por organismos del Estado sobre daño ambiental, agregados al proceso, tendrán la fuerza probatoria de los informes periciales, sin perjuicio del derecho de las partes a su impugnación..." Indudablemente, dicha norma apunta a facilitar el esfuerzo probatorio. Sobre el punto, Cafferatta enseña lo siguiente: "Esta normativa, en su primera parte, se encuadra dentro de la idea de facilitar el onus probandi. O en otras palabras, en un régimen de protección del ambiente, tender a facilitar la valoración de las pruebas, como se logra dando fuerza probatoria iuris tantum, a los informes emanados de organismos oficiales, prueba que por supuesto puede ser revertida por otra de equivalente valor técnico"[16].

Ahora bien: pensamos que la citada disposición legal no es aplicable siempre y sin formular discriminaciones. Así, no parece que el dictamen del correspondiente organismo del Estado deba gozar en cualquier caso del valor probatorio pericial asignado por el artículo 33 de la ley 25.675. Creemos que

[16]CAFFERATTA, Néstor, "Ley 25.675 general del ambiente" comentada, interpretada y concordada", en "Antecedentes Parlamentarios", Editorial La Ley, Buenos Aires 2003, página 709.

revista pge - 61 - 2006.pmd 94 26/10/2006, 16:16

para que ello ocurra se debe tratar de un organismo estatal de reconocida solvencia en la materia correspondiente porque, palmariamente, la singular prueba pericial "en estudio" se encuentra muy próxima a la denominada "pericial informativa"[17]; prueba ésta cuyo valor probatorio depende, en buena porción, del prestigio de la entidad que la genera[18]. Igualmente, nos asaltan dudas acerca de si tales dictámenes periciales estatales pueden disfrutar de dicha fuerza probatoria cuando se encuentra involucrado en la causa correspondiente el propio Estado. Participamos de la idea de que, por lo menos, disminuirá el valor probatorio del mencionado dictamen pericial estatal cuando se presenta la situación recordada.

Con lo cual,resultará un tanto más aliviada la tarea impugnativas de la parte perjudicada por el dictamen pericial estatal del caso.

5 CONCLUSIONES

El tema probatorio en materia de procesos colectivos en general[19] y de procesos ambientales en particular[20], presenta múltiples particularidades que lo tornan, necesariamente, objeto de una regulación legal futura diferente y específica.

En el curso del presente, solamente hemos anotado y comentado algunas. Pero con lo expuesto, es suficiente para justificar la existencia de una suerte de autonomía del régimen probatorio en la materia. Ojalá el legislador argentino persista en la brecha abierta con el dictado de la ley 25675, perfeccionándola y diseñando una regulación integral de los procesos colectivos que, insoslayablemente, deberá incluir un capítulo dedicado a su régimen probatorio, tan particular y distinto del común y corriente.

[17]El artículo 476 del C.P.N. reza: " A petición de parte o de oficio, el juez podrá requerir opinión a universidades, academias, corporaciones, institutos y entidades públicas o privadas de carácter científico o técnico cuando el dictamen pericial requiriese operaciones o conocimientos de alta especialización".

[18]PEYRANO, Jorge W., "Apuntes sobre la pericial informativa", en "Tácticas en el proceso civil", Santa Fe 1984, Editorial Rubinzal Culzoni, tomo 2, página 57 y siguientes.

[19]HUTCHINSON, Tomás , en "Daño ambiental", Santa Fe 1999, Editorial Rubinzal Culzoni, tomo II, página 193.

[20]GOLDENBERG Isidoro y Néstor CAFFERATTA, "Daño ambiental" Buenos Aires 2001, Editorial Abeledo Perrot, página 44.

revista pge - 61 - 2006.pmd 95 26/10/2006, 16:16

BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE OS FUNDAMENTOS DA SUBSTITUIÇÃO OU EMENDA DA CDA NA EXECUÇÃO FISCAL

Ernesto José Toniolo*

INTRODUÇÃO

De modo geral, quase toda atenção dos processualistas tem se voltado para o processo de conhecimento, deixando o estudo dos princípios e fundamentos que regem a execução quase na mais absoluta penumbra. O problema não é sentido somente no Brasil, podendo-se afirmar que, de um modo geral, a doutrina dos princípios e fundamentos do processo de execução possui pequena ou quase nenhuma tradição.[1]

Contudo, se o estudo dos fundamentos do processo de execução - mormente os constitucionais – apenas paulatinamente começa a abrir caminho, o mesmo não se verifica com o processo de execução por quantia certa, regido pela Lei 6830/80, deixado na miséria quase franciscana.

Nesse breve ensaio, pretende-se abordar os fundamentos de uma das principais características da execução fiscal: a substituição do título executivo no curso do processo.

DOS FUNDAMENTOS DA POSSIBILIDADE DE SUBSTITUIÇÃO DO TÍTULO (CDA) NO CURSO DA EXECUÇÃO FISCAL

Com certeza, uma das questões mais complicadas que envolvem a Execução Fiscal diz respeito à possibilidade de substituição ou emenda da Certidão da Dívida Ativa (CDA), prevista no parágrafo 8º do art. 2º da Lei n.º 6830/80, que possui a seguinte redação: *§ 8º - **Até a decisão de primeira instância**, a Certidão de Dívida Ativa poderá ser **emendada ou substituída**, assegurada ao executado a devolução do prazo para embargos.*

A possibilidade de emenda ou substituição da CDA constitui uma das principais características do processo executivo fiscal, presente no direito brasileiro desde os tempos das Ordenações, conferindo-se ao Ente Público a "faculdade" de substituir ou emendar seu título executivo.

Trata-se de disposição diversa (mais abrangente) daquela contida no art. 616 do CPC, segundo a qual verificando o juiz que a inicial possua algum defeito,

*Procurador do Estado do Rio Grande do Sul, Mestrando em Direito pela UFRGS, professor da Faculdade de Direito do UniRitter, do Curso de Especialização em Direito do Estado do UniRitter, da Fundação Escola Superior da Defensoria Pública – FESDEP e professor convidado do curso de Especialização em Processo e Constituição da UFRGS.

[1] BAUR, Fritz e STÜRNER,Rolf. *Zwangsvollstreckungsrecht*. Heidelberg: C.F. Müller, 1996. p. 51-52.

revista pge - 61 - 2006.pmd 97 26/10/2006, 16:16

ou se encontre desacompanhada de documentos indispensáveis à propositura da execução, deverá determinar que o exeqüente a emende. A "faculdade" prevista na LEF, além de não depender de prévio despacho judicial, implica, segundo Araken de Assis[2], em poder à Administração Pública de alterar a própria *causa petendi* da execução.[3]

Já doutrinava Milton Flaks,[4] que a "faculdade" sempre foi atribuída em contrapartida ao rigorismo formal que rege o ato de inscrição da dívida ativa, possuindo como objetivo assegurar à Fazenda Pública maior efetividade e economia processual na cobrança judicial de seu crédito, além de validar a citação realizada com base na certidão defeituosa, aproveitando-se a interrupção do prazo prescricional.[5]

Conforme se constata já da exposição de motivos do projeto que resultou na Lei 6830/80, o § 8º do art. 2º buscou estabelecer *"o justo equilíbrio entre os interesses da Fazenda Pública, como credora, a qual assegura a possibilidade de retificar a CDA, e o direito de defesa do executado, devolvendo-lhe, nesse caso, o prazo para embargos."*[6]

Contudo, na busca dos valores efetividade e economia processual, ao assegurar à Fazenda Pública o poder-dever de substituir a CDA defeituosa, o legislador não poderia deixar desalbergado o direito de defesa do executado, sob pena de ofensa ao art. 5º incs. XXXV e LV da CF. Dessa composição de valores constitucionais nasceram o § 8º do art. 2º da LEF, bem como o art. 203 do CTN, que asseguram ao executado o direito de reabertura do prazo para oferecer novos embargos sempre que emendada ou substituída a CDA.

Da decisão que recebe a emenda ou a substituição da CDA, deve o executado ser intimado pessoalmente para oferecer novos embargos. Como se está tratando de ato que visa a preservar direito constitucionalmente previsto, a intimação, que se assemelha em importância à citação,[7] deve ser aquela que garanta na maior medida possível a defesa do devedor, não bastando para isso a simples intimação do advogado da parte.[8]

Na realidade, a previsão de substituição ou a emenda da CDA sempre que possuir algum vício não representa de mera faculdade, como aduzem alguns

---

[2] Nesse sentido Araken de Assis, in *Manual da Execução*. 9. ed. São Paulo: RT, 2005. p. 956.

[3] Ainda, segundo Humberto Theodoro Júnior, o dispositivo constitui um privilégio à Fazenda Pública que excepciona a regra insculpida nos arts. 583 e 586 do CPC, sem os quais não há execução sem título líquido, certo e exigível. (*in Lei de Execução Fiscal*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, p.19.

[4] FLAKS, Milton. *Comentários à Lei da Execução Fiscal*. Rio de Janeiro: Forense, 1981. p. 107.

[5] É que se a CDA defeituosa não pudesse ser emendada ou substituída, o processo deveria ser extinto (CPC, arts. 267, IV, 583 e 586), sendo necessário ajuizar-se nova execução, desta vez com a CDA correta. Contudo, embora o crédito expresso na CDA fosse o mesmo da execução extinta, a interrupção do prazo prescricional com a citação ali ocorrida não aproveitaria à segunda execução. Nesse sentido, já decidiu o STF, e que é exemplo o AgRAg n.º 92546, 1ª Turma, rel. Min. Alfredo Buzaid, DJ 23.9.83, em aresto assim ementado: *Execução Fiscal. Julgado extinto o primeiro processo sem julgamento do mérito, cessam os efeitos da citação, notadamente o de interromper a prescrição. Na segunda execução entende-se por válida a citação nela realizada, não aproveitando, para interrupção da prescrição, a citação feita no processo findo.* A matéria, contudo, apresenta grande complexidade, merecendo estudo específico que ainda não foi empreendido pela doutrina.

[6] Exposição de motivos, nota 33.

[7] Por assemelhar-se à citação em importância, e não superá-la, a intimação da decisão que aceita a emenda ou substituição da CDA pode realizar-se nas diversas modalidades especificadas no art. 8º da LEF, não necessitando ser feita por mandado.

[8] Nesse sentido, o REsp. 504.168, rel. Min. Franciulli Netto, Segunda Turma, julgado em 19.8.2003.

revista pge - 61 - 2006.pmd 98 26/10/2006, 16:16

doutrinadores, mas de poder-dever[9] da Administração Pública, que possui suas atividades, dentre as quais encontra-se o ato de inscrever seus créditos em dívida ativa, plenamente vinculada à legalidade e moralidade nos termos do art. 37 da CF. Assim, verificando o Ente Público que a certidão apresenta algum vício, não possui apenas a faculdade, como também a obrigação de retificar seus atos, produzindo as alterações necessárias no título executivo. Ademais, toda atividade administrativa é exercida com vista à consecução do interesse público – do *bem comum*[10] - e este abrange não somente o interesse meramente patrimonial da Fazenda, como também a preservação das garantias constitucionais conferidas pela CF aos indivíduos.[11]

No executivo fiscal, verificando o juiz que o título que lhe deu ensejo possui defeito quanto a algum de seus requisitos, não pode extinguir de plano o processo, devendo intimar a Fazenda Pública para que, em sendo o caso, emende ou substitua a CDA defeituosa sob pena de extinção do feito. Tal decorre da aplicação do disposto no 203 do CTN (quanto aos créditos tributários) e do princípio da instrumentalidade do processo, previsto nos arts. 243 e 244 do CPC (para os créditos tributários ou não).[12] O erro de extinguir de ofício a execução fiscal por vício da CDA mostra-se tão comum entre os juízes de primeiro grau que o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul chegou a editar a súmula n.º 19 com o seguinte teor: *Descabe ao juiz extinguir de ofício execução fiscal ajuizada com certidão de dívida ativa.*

Também não pode o Judiciário determinar ou realizar de ofício a emenda da CDA, pois isso importaria em alteração do objeto do processo, o que lhe é vedado nos termos dos arts. 2º e 128 do CPC, dentre outros. Ademais, estaria o juiz realizando atividade de competência exclusiva da autoridade fiscal responsável por realizar o lançamento.[13]

---

[9] Nesse sentido Carlos Henrique Abrão. *Substituição e Cancelamento da CDA*. Revista Dialética de Direito Tributário, n.º 25. p. 45.

[10] Adotamos aqui o conceito de bem comum presente em Tomás de Aquino, o qual, na sua *Summa Theologica*, colocava como bem comum tudo aquilo que o homem deseja, seja de que natureza for: bem material, moral, espiritual, intelectual. Contudo, sendo o homem um ser social, ele procura não só o seu próprio bem, mas também aquele do grupo a que pertence. Cada grupo tem o seu próprio bem. Ao Estado cabe perseguir o bem comum, visto sob estes dois aspectos. (Apud Marie-Pauline Deswarte. *Intérêt généreal, bien commun. Revue de Droit Public*, 5, 1988.p. 1294)

[11] Conforme salienta o jurista alemão Hartmut Maurer, o conteúdo da expressão *interesse público* deve ser buscado na Constituição bem como na legislação infraconstitucional. Os interesses públicos ora compreendem os individuais, ora são com eles conflitantes. Para o autor, em lição perfeitamente aplicável ao direito brasileiro, tendo a Constituição estatuído, como seu fundamento, o princípio da dignidade da pessoa humana, e prevendo expressamente direitos fundamentais, a Administração, ao perseguir o interesse público, deve também observar os direitos individuais. (*Allgemeines Verwaltungsrecht.*14. ed. München: C. H. Beck, , 2002.p. 5).

[12] Comentando o caso de ausência de requisitos formais da CDA, Mauro Luís Rocha Lopes menciona que *"a jurisprudência tem aplicado, in casu, o princípio da pas de nullité sans grief, pois se a CDA indica perfeitamente o devedor e especifica a exigência fiscal, indicando os dispositivos legais pertinentes, eventual omissão, incapaz de causar prejuízo ao executado – v.g., ausência de indicação do livro e da folha de inscrição – não macula o processo"* (*in Execução Fiscal e Ações Tributárias*. São Paulo:Lumen Juris, 2. ed. p.10). Entendemos ser o exemplo mencionado pelo autor caso típico em que, pela ausência de prejuízo ao devedor, não seria necessário nem mesmo reabrir-se o prazo para embargos, sob pena de restringir-se a celeridade processual sem necessidade.

[13] Adverte Hugo de Brito Machado que *"tem sido freqüente o equívoco, cometido por alguns juízes, de acolher, em parte, embargos a execução fiscal, e determinar o prosseguimento desta pelo saldo. Isso na verdade não é juridicamente possível, porque o juiz não reforma o lançamento tributário. Decreta seu anulamento, se entende que efetuado com ilegalidade."* (*Lançamento Tributário, Execução Fiscal e Mandado de Segurança*. Revista Dialética de Direito Tributário, vol. 47. p. 56)

revista pge - 61 - 2006.pmd 99 26/10/2006, 16:16

LIMITES MATERIAIS DA EMENDA OU SUBSTITUIÇÃO DA CDA

Impera salientar-se que os erros ou incorreções podem existir em três momento diferentes: 1º) no lançamento, quando este possui algum vício; 2º) na inscrição, que não transcreve fielmente o lançamento apresentando alguma falha; 3º) na extração da Certidão de Dívida Ativa (CDA), que não espelha exatamente o termo de inscrição. Como se vê, pode dar-se que o vício existente na CDA não ocorra no momento de sua produção, mas em fases anteriores como na inscrição ou no próprio lançamento.

Primeiramente, coloca-se a seguinte pergunta: a emenda ou substituição deve restringir-se à correção de erros na reprodução ou transcrição do que se acha inscrito em dívida ativa ou pode abranger também a correção do próprio termo de inscrição, por erro ou omissão quanto aos seus requisitos?

A resposta parece não encontrar divergência em sede doutrinária ou jurisprudencial, tendo prevalecido o entendimento de que a emenda pode abranger também a correção de elementos do termo de inscrição, que excedem à simples correção de erros de transcrição da certidão, até mesmo por força do art. 203 do CTN (aplicável ao menos quanto aos créditos tributários)[14].

Caso típico da existência de erro na própria inscrição, muito presente na jurisprudência, ocorre quando há pagamento parcial do débito previamente à inscrição da dívida ativa,[15] e a Fazenda procede a inscrição pelo valor total. Nesse caso, a CDA será substituída não por conter erro quanto à transcrição do crédito inscrito, mas por espelhar dívida inscrita a maior.[16]

Quanto aos vícios meramente formais existentes na inscrição ou na certidão que a representa, a matéria não oferece maiores dificuldades. Contudo, existem casos em que o vício remonta ao lançamento, ato distinto da inscrição, mas que lhe afeta, pois esta não pode ser mais do que um retrato fiel do crédito lançado anteriormente pela autoridade competente. Tomemos, como exemplo, o IPTU lançado sobre área maior do que a existente. Nesse caso, o vício encontra-se no próprio lançamento, calculado sobre a base de cálculo errada. Coloca-se, pois, a seguinte indagação: verificando a Fazenda que o imposto foi lançado tomando base de cálculo equivocada (erro no lançamento), pode emendar a

[14] Nesse sentido, por todos, Maria Helena Rau de Souza. *Execução Fiscal, Doutrina e Jurisprudência* (Coord. Vladimir Passos de Freitas) São Paulo: Saraiva, 1998. p. 32-33.

[15] Note-se que só é caso de emenda da CDA quando o pagamento ocorreu em momento anterior à inscrição. Paga parte do débito após a inscrição em dívida ativa, não será o caso de emenda ou substituição da CDA, que se apresenta correta, e sim de readequação do débito, que se pode realizar por meio de simples cálculo no curso do processo de execução.

[16] Nesse sentido, decidiu a 4ª Turma do TFR no julgamento da AC 85.354, Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, DJU 24.11.83, *in verbis: "se a inscrição do débito cobrado efetivou-se sem considerar os pagamentos parciais efetivados pelo devedor, devidamente comprovados, nula é a correspondente certidão de dívida expedida. Não substituída esta até a decisão de primeiro grau, só com o ajuizamento de nova execução, após sua regular inscrição, pode o credor cobrar o débito remanescente."*

revista pge - 61 - 2006.pmd 100 26/10/2006, 16:16

CDA prosseguindo o executivo fiscal quanto ao valor correto (a maior ou a menor)?[17]

Segundo Luiz Carlos Derbi Bittencourt :

> [...] o título executivo deve reportar fielmente o processo administrativo, indicando os fatos como nele se reportam e a legislação tributária aplicada.[18] Quer-se dizer, com isso, que a Certidão de Dívida Ativa será mera reprodução, em síntese, do processo administrativo. (...) O processo administrativo, em resumo, não poderá ser revisto e alterado após deflagrado o executivo fiscal, mediante iniciativa do credor.[19]

Contudo, aduz que em casos de meros erros aritméticos que digam respeito ao lançamento seria possível a correção da CDA, como, por exemplo, a denúncia errônea do valor a pagar em débito confessado. Assim, admite, embora de forma estreita, exceção à regra de que a CDA não pode ser corrigida ou substituída se contiver erros que remontem ao lançamento.

Passo mais além, reportando-se ao mesmo autor, deu Maria Helena Rau Souza, aduzindo arrolar aquele

> entre os casos que se encontra vedada a possibilidade de emenda ou substituição da certidão, equívoco na multiplicação da alíquota pela base de cálculo, o que, venia concessa, parece-nos típico caso de erro material, cuja correção não adentra o mérito do auto de lançamento, ensejando, destarte, a substituição do respectivo título executivo.[20]

Assim, seria possível a substituição da CDA quando o vício existente no lançamento não adentrasse seu mérito.

Como se vê, encontra-se arraigada em nossa doutrina, já há longa data, a interpretação restritiva do âmbito de emenda autorizado pela LEF, havendo-se, de certa forma, consolidado o entendimento de que só alcança aos vícios que tenham origem na inscrição ou na certidão que a representa, não se estendendo ao lançamento. Os argumentos giram em torno da restrição à defesa do executado na via administrativa[21] bem como da chamada imutabilidade ou

---

[17] Caso semelhante ao colocado decidiu a 2ª Turma do STJ, no julgamento do REsp. 87.768, Rel. Min. Francisco Peçanha Martins, em acórdão que expressa o entendimento pacífico daquele tribunal (*in verbis*): *"Inadmissível a Substituição da CDA referente à cobrança de IPTU ou Taxas lançadas sobre área maior, por isso que não se trata de simples correção de erro material ou formal do título executivo, mas de modificação do próprio* lançamento, com alteração do valor do débito, o que não guarda apoio no art. 2º, § 8º, da Lei 6.830/80."

[18] O autor confunde o título executivo (CDA) com o momento de inscrição. Contudo, tal imprecisão não afeta a conclusão a que se quer chegar.

[19] *In Substituição ou Emenda do Título Executivo Fiscal*, *Processo Tributário* (coordenação Teresa Arruda Alvim, Eduardo Arruda Alvim e James Marins). 1. ed. São Paulo: RT, 1995. p. 206-207.

[20] SOUZA, Maria Helena Rau de, *Execução Fiscal, Doutrina e Jurisprudência* (Coord. Vladimir Passos de Freitas). São Paulo: Saraiva, 1998. p. 34.

[21] Milton Flaks afirma que *"outra interpretação implicaria em prejudicar, na maioria dos casos, a defesa oposta pelo devedor na via administrativa, o que equivaleria a suprimir um grau de jurisdição previsto em lei, particularmente nas hipóteses em que o lançamento resulta de um procedimento fiscal contencioso. Convencida a Administração de que o lançamento é nulo ou incompleto, resta-lhe a alternativa de desistir da execução."* (*Comentários á Lei da Execução Fiscal*. Rio de Janeiro: Forense, 1981. p. 107)

revista pge - 61 - 2006.pmd 101 26/10/2006, 16:16

estabilidade do processo administrativo.[22] Como exemplo de vício já presente no lançamento está o caso acima citado, no qual o erro ocorreu na própria base de cálculo sobre a qual incidiu o IPTU.

Contudo, embora se admita, como regra geral, o entendimento do parágrafo anterior, parece acertada a posição menos formalista daqueles que entendem ser possível a emenda da CDA nos casos de mero erro material, mesmo que remontem ao lançamento. Trata-se de interpretação que privilegia a economia, a efetividade e a celeridade processuais, bem como a preservação do bem comum perseguido pela Administração Pública, sem que se cause qualquer gravame ao executado (pelo menos em tese), que terá devolvido o prazo para embargos.

Obviamente, a decisão acerca da possibilidade de corrigirem-se defeitos existentes no lançamento deve ser casuística, levando-se em consideração importantes garantias e direitos fundamentais conflitantes no caso concreto, por meio da aplicação do postulado da proporcionalidade, quase desconhecido do processo de execução.[23]

LIMITE TEMPORAL PARA A SUBSTITUIÇÃO OU EMENDA DA CDA DENTRO DA MARCHA PROCESSUAL – ALCANCE DA EXPRESSÃO: "ATÉ A DECISÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA"

É de se ressaltar que, no contexto da LEF, a expressão "decisão de primeira instância" significa sentença. Para que possuísse o significado de decisão interlocutória seria necessário especificá-la. O processo de execução, assim como o de conhecimento ou cautelar, possui um infindável número de interlocutórias, daí não se poder falar em "a decisão de interlocutória", pois daria idéia de uma única e final. [24]

Superada a questão da natureza da decisão – que é terminativa – impera referir-se que a expressão "decisão de primeira instância" poderia gerar duas interpretações: *i)* ela se refere à decisão que extingue o processo executivo fiscal; *ii)* ela se refere à decisão prolatada em sede de embargos do devedor.

Embora possa existir, no processo de execução, decisão judicial terminativa, enquadrando-se no conceito de sentença do art. 262 do CPC, boa parte da doutrina vem se posicionando no sentido de que o dispositivo legal, ao

[22] Nesse sentido James Marins, Direito Processual Tributário (Administrativo e Judicial). 3. ed. São Paulo: Dialética, 2003. p. 606.

[23] A aplicação do postulado da proporcionalidade (ou princípio para alguns), já incorporado em nossa Constituição pela jurisprudência do STF, apenas de forma tímida vem sendo aplicado ao estudo do processo de execução no Brasil. Na Alemanha, contudo, o postulado já foi amplamente aplicado pelo *Bundesverfassungsgericht*, cuja jurisprudência foi amplamente analisada pela tese de Eberthard Wieser (*in Der Grundstaz der Verhältnismassigkeit in der Zwangsvollstreckung*, Berlin, Carl Heymanns Verlag KG, 1989)

[24] Existe ainda um posicionamento doutrinário que entende que ao não utilizar a LEF a expressão "sentença", alundindo à *decisão de primeira instância,* o limite temporal à substituição ou emenda da CDA seria o momento em que o juiz determina a lavratura do auto de adjudicação ou arrematação dos bens, em atenção aos princípios da ampla de defesa e da segurança jurídica.(FERNANDES, Odmir; CHIMENTI, Ricardo Cunha; ABRÃO, Carlos Henrique; ALVES, Manuel; BOTTESINI, Maury Ângelo. *Lei de Execução Fiscal Comentada e Anotada*. 4. ed. São Paulo, RT, 2002. p. 64-65)

revista pge - 61 - 2006.pmd 102 26/10/2006, 16:16

assegurar a devolução do prazo para embargos ao executado, referiu-se à sentença prolatada no incidente.[25]

Contudo, mais adequada se apresenta a interpretação de Teori Albino Zavascki, segundo o qual,

> diferentemente dos demais títulos executivos, a certidão de dívida ativa poderá ser emendada ou substituída pelo exeqüente enquanto não for proferida a decisão de primeira instância (§ 8º do art. 2º da Lei 6.830, de 1980), assim entendida a sentença que julga os embargos do executado ou a que extingue o processo de execução (por exemplo, quando o juiz reconhece de ofício ou provocado por exceção de pré-executividade, matéria relacionada com pressupostos processuais ou condições da ação, ou mesmo com a nulidade do título).[26]

Assim, a decisão de primeira instância a que se refere a LEF pode tanto significar a sentença prolatada em sede de embargos do devedor (acolhendo ou desacolhendo o pedido, julgando ou não o mérito do incidente), quanto aquela sentença que extingue o processo executivo em face de alguma irregularidade processual ou material decorrente, por exemplo, do acolhimento de exceção de pré-executividade.

EFEITO DA SUBSTITUIÇÃO DA CDA SOBRE O DIREITO DE DEFESA DO EXECUTADO – EXTENSÃO DO BENEFÍCIO DE DEVOLUÇÃO DO PRAZO PARA EMBARGOS

Ao atribuir à Fazenda o privilégio de alterar ou emendar seu título, a LEF não deixou desalbergado o direito de defesa do executado, a quem é devolvido integralmente o prazo para embargar,[27] nascendo exatamente aí mais uma controvérsia acerca do dispositivo legal. Qual o âmbito de abrangência destes novos embargos? Os novos embargos podem conter toda matéria ou somente aquela que foi objeto de emenda ou modificação?

Quanto ao âmbito da devolução do prazo para os embargos do devedor existem duas possibilidades: *i)* abrange toda CDA; *ii)* abrange somente a parte modificada.

Pela leitura do art. 203 do CTN, vê-se que a oposição através dos embargos se restringe somente à parte modificada da CDA. Já o art. 2º, § 8 da LEF não restringe expressamente o âmbito da devolução.

---

[25] Nesse sentido Araken de Assis, *in Manual da Execução* 9.ed. São Paulo:RT, 2005. p. 955-956.

[26] ZAVASCKI,Teori Albino. *Título Executivo e Liquidação*. São Paulo, RT, 1999. p. 129.

[27] Não tendo o executado dado causa à substituição ou emenda da CDA, desnecessário preparo dos novos embargos, se a taxa já houver sido paga em momento anterior. Assim já decidiu o TJRS em acórdão relatado pelo Des. Irineu Mariani que conclui seu voto da seguinte forma: "*se, por um lado, a lei concede ao exeqüente o bônus da substituição da CDA e por elementar princípio constitucional (CF, art. 5º, LV), garante ao executado novo prazo para embargar, também, por outro lado, impõe a ele, exeqüente, o ônus de suportar com as despesas decorrentes da repetição, caso o executado exercer a faculdade. Evidente a erronia da decisão que, nas circunstâncias, determina que o executado prepare novamente os embargos.*" (Primeira Câmara Cível, AI 70007941743, j. 28.4.2004)

revista pge - 61 - 2006.pmd 103 26/10/2006, 16:16

Segundo Milton Flaks,[28] como o art. 203 do CTN determina que a oposição de embargos restringe-se à parte modificada da CDA, quando se tratar de execução de crédito tributário e a CDA for substituída, os embargos só podem versar sobre a parte modificada. Já à execução de crédito não tributário aplica-se a LEF, ou seja, nela existente, devolve-se ao devedor o prazo para embargar de toda a matéria constante na CDA. Para o autor, a diferença estaria na hierarquia superior de que dispõe o CTN, por se tratar de lei materialmente complementar, em ralação à LEF – lei ordinária.

Em primeiro lugar, não há como falar em hierarquia entre a lei complementar e ordinária, mas sim em exigência pela CF de lei complementar para tratar de determinadas matérias ou não.[29] Assim, se uma lei complementar dispõe sobre matéria em que a CF não exige reserva de lei qualificada, posterior lei ordinária poderia revogá-la. É exatamente esse o caso, pois se está diante de matéria eminentemente processual, e não tributária, para a qual a CF não exige lei complementar.

Entende-se que a solução mais adequada ao problema seria dar a ambos dispositivos legais interpretação sistemática e de acordo com a Constituição, levando-se em consideração mormente o direito fundamental do credor a uma execução efetiva[30] e o direito fundamental do devedor de acesso à jurisdição, à ampla defesa, e ao devido processo legal.[31] Sem esquecer, contudo, que o crédito executado destina-se à persecução do *bem comum* pela Administração através da realização de suas atividades estabelecidas pelo próprio ordenamento constitucional de forma quase exaustiva.

Assim, sempre que a emenda da CDA comprometer o direito do devedor de insurgir-se contra o título, deve ser devolvido integralmente o prazo para oposição de embargos. Quando não houver prejuízo à defesa do executado, fica restrito o âmbito de impugnação em relação à parte emendada. Entendimento em contrário implicaria em restrição excessiva e desnecessária à efetividade do processo executivo. Contudo, existem situações em que a emenda de uma parte da CDA pode, direta ou indiretamente, afetar seus demais elementos, sendo difícil precisar previamente em quais deles há prejuízo à defesa do executado. As decisões referentes ao âmbito de devolutividade dos embargos devem ser tomadas caso a caso, aplicando-se os critérios de ponderação entre os direitos fundamentais conflitantes no caso concreto.

---

[28]FLAKS, Milton. *Comentários a Lei da Execução Fiscal*. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

[29] Nesse sentido a doutrina de Michel Temer *(In Elementos de Direito Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 7. ed.., 1990. p. 150), para quem não haveria hierarquia entre lei ordinária e lei complementar, mas tão somente âmbitos materiais constitucionalmente fixados.

[30] No direito pátrio, a questão do direito fundamental do credor à execução efetiva é tratado de forma inovadora (para não dizer brilhante) por Marcelo Lima Guerra (*in Direitos Fundamentais e a Proteção do Credor na Execução Civil*. São Paulo: RT, 2003). Ainda, conforme já asseverava Comoglio, muito antes dos juristas tedescos, ao juiz devem ser atribuídos poderes idôneos que permitam dar a maior efetividade possível aos meios de atuação da tutela executiva (COMOGLIO,Luigi Paolo. *in Principi Constituzionali e Processo di Esecusione*. Milano: Rivista de Diritto Processuale, p. 153-154.

[31] Tanto os direitos do credor quanto os direitos do devedor não devem ser vistos como garantias formais (de meios), mas substanciais (de resultado), capazes de assegurar aos titulares um resultado efetivo mínimo dentro do processo. Nesse sentido, Luigi Paolo Comoglio, *in Principi Constituzionali e Processo di Esecusione*. Milano: Rivista de Diritto Processuale**,** vol. p. 153-154.

revista pge - 61 - 2006.pmd 104 26/10/2006, 16:16

Ademais, como a questão do âmbito de devolução dos embargos pode beirar o formalismo permicioso,[32] extremamente oportuna ao caso a lição de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira,[33] que invoca decisão do Tribunal Constitucional espanhol, assim traduzida:

> as normas que contêm os requisitos formais devem ser aplicadas tendo sempre presente o fim pretendido ao se estabelecer os ditos requisitos, evitando qualquer excesso formalista os converteria em meros obstáculos processuais e em fonte de incerteza e imprevisibilidade para a sorte das pretensões em jogo.

Outra questão que se coloca é a da necessidade de reforço da penhora, ou mesmo de substituição do bem penhorado, caso alterado o valor da execução para maior ou para menor. Caso a substituição ou a emenda da CDA resulte em diminuição do valor executado, pode haver a necessidade de substituição do bem penhorado por outro que mais se adeqúe ao crédito,[34] sob pena de caracterizar-se a figura do excesso de penhora. A questão fica mais delicada quando há majoração do valor executado, pois a necessidade de reforço de penhora que se apresenta evidente pode inviabilizar a interposição de novos embargos pelo executado. Nesse caso excepcional, não dispondo o devedor de outros bens para reforçar a penhora, deve fazer prova cabal disso nos autos, devendo o juiz permitir o processamento dos embargos sob pena de ofensa às garantias contidas no art. 5º incs. XXXV e LV da CF[35]. Ressalte-se que a prova deve ser cabal, incumbindo seu ônus ao embargante, sempre podendo ser afastada pela Fazenda Pública, por meio do exercício do contraditório.

SUBSTITUÍDA OU EMENDADA A CDA, HAVERIA CONDENAÇÃO DA FAZENDA PÚBLICA EM HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS?

Obviamente não se pode pretender que a substituição da CDA acarrete sempre a condenação da Fazenda em honorários advocatícios, como não se pode pretender que deixe de arcar com os ônus de haver obrigado o devedor a constituir advogado nos autos para defender-se de crédito ou parcela de crédito indevida.

O estudo da questão atinente à condenação da Fazenda em honorários advocatícios deve ser realizado, levando-se, primeiramente, em consideração, os dois momentos processuais em que ocorre a substituição da CDA (antes de

[32] O termo "formalismo permicioso" foi cunhado por Carlos Alberto Alvaro de Oliveira que o diferenciou do *formalismo virtuoso*, garantia das partes contra a surpresa ou o arbítrio judicial (*in Do formalismo no Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 1997)

[33] Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, *in O Processo Civil na Perspectiva dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Revista da Ajuris, vol. 87, 2002. p. 47.

[34] Nesse sentido Leandro Palsen e René Bergmann Ávila, *in Direito Processual Tributário*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 195.

[35] Se no caso concreto restar comprovada cabalmente a impossibilidade de nomear bens à penhora, o juiz deve afastar a regra da exigência de penhora para não vedar a garantia do acesso à jurisdição. Ressalte-se que a decisão é excepcional e deve ser casuística, devendo o magistrado atentar também a um possível dano marginal causado à Fazenda com afastamento do dispositivo legal.

revista pge - 61 - 2006.pmd 105 26/10/2006, 16:16

oferecidos embargos do devedor e após a oposição destes ou de exceção de pré-executividade) e as conseqüências para o processo de execução ou para o incidente (extinção do processo ou não).

No caso em que a substituição é realizada após o oferecimento de embargos do devedor, ocasionando-lhe a extinção, como o exeqüente onerou o executado com a contratação de advogado para oferecer defesa, teoricamente, deveriam ser estabelecidos honorários de sucumbência. Nesse caso, a regra insculpida no art. 26 da LEF não se aplica, pois se refere ao processo de execução em si e não ao incidente, caso em que haveria a condenação da Fazenda em honorários advocatícios nos termos da súmula 153 do STJ.

Ocorrida a substituição antes da oposição de embargos ou de qualquer defesa do devedor, a questão não apresenta maiores complexidades. Como a decisão que aceita a substituição ou emenda do título possui natureza interlocutória, não se estaria diante da hipótese prevista no art. 20, caput, do CPC onde consta que "a sentença condenará o vencido a pagar ao vencedor as despesas que antecipou e os honorários advocatícios." Consoante o entendimento pacífico da jurisprudência de nossos tribunais superiores, como não se está diante de sentença, não há falar em condenação em honorários.[36]

Contudo, embora se concorde com a posição do STJ acerca do tema, entende-se que o simples fato de não se tratar de sentença e sim de decisão interlocutória não deve ser o principal fundamento para a impossibilidade de condenação em honorários. É que o próprio STJ tem admitido a fixação de honorários em decisões interlocutórias, tais como as que acolhem exceção de pré-executividade em relação a um dos litisconsorte, prosseguindo a execução quanto aos demais. Melhor seria nos referirmos à aplicação da regra contida no art. 26 da LEF, segundo a qual mesmo que extinta a execução fiscal pelo cancelamento da inscrição em dívida ativa não haveria qualquer ônus para as partes.

Finalmente, levando-se em consideração que a jurisprudência do STJ vem admitindo a fixação de honorários advocatícios em incidente de exceção de pré-executividade, deve-se perguntar como fica a questão, quando a substituição ou emenda da CDA é feita após ter o devedor constituído procurador nos autos, apresentando defesa. Essa indagação só pode ser respondida analisando-se o objeto da exceção bem como a medida da substituição ou emenda da CDA. Assim, veja-se alguns exemplos.

1º O incidente de exceção de pré-executividade foi oposto por Massa Falida buscando unicamente excluir a multa administrativa do valor executado. A CDA foi emendada para excluir da execução justamente a parcela da multa. Nesse caso, a emenda ou substituição da CDA equivaleria ao reconhecimento do pedido, devendo ser fixados honorários de sucumbência por haver a Fazenda dado causa à contratação de advogado pela massa.

[36] Nesse sentido o REsp. 388.764, rel. Min. Franciulli Netto, 2ª Turma, j. 6.5.2004,

revista pge - 61 - 2006.pmd 106 26/10/2006, 16:16

2º Em execução movida contra sociedade dissolvida irregularmente, um dos sócios contra o qual foi redirecionada a execução opõe exceção de pré-executividade alegando unicamente a prescrição intercorrente. A Fazenda altera algum elemento da CDA que nenhuma correspondência guarda com o objeto da exceção. Nesse caso, mesmo que a emenda ou substituição do título tenham importado em redução do valor executado não haveria condenação em honorários de sucumbência, pois a alteração da CDA se deu em ponto alheio ao objeto da exceção, não havendo reconhecimento do pedido. Aliás, o incidente deverá ser apreciado e, caso rejeitado pela inocorrência da prescrição intercorrente, deverão ser fixados honorários em favor da Fazenda.

3º O incidente de exceção de pré-executividade foi oposto por Massa Falida buscando excluir a multa administrativa do valor executado bem como reduzir o valor do crédito executado sob argumento de inconstitucionalidade da cobrança. A CDA foi emendada para excluir da execução somente a parcela da multa, permanecendo inalterado o restante. Nesse caso, a emenda ou substituição da CDA equivaleria ao reconhecimento apenas parcial do pedido. Nesse caso, o valor dos honorários deveria ser calculado apenas sobre o valor da multa.

Assim, a resposta à fixação de honorários ou não passa por três indagações: O devedor ofereceu defesa nos autos? A substituição ou emenda da CDA importou em reconhecimento dos pedidos formulados na defesa do devedor? Qual relação de correspondência entre a parte substituída ou emendada da CDA e a defesa do devedor?

CONCLUSÃO

Como se viu, quase todos os temas polêmicos relacionados à substituição ou emenda da CDA não podem ser resolvidos por meio de simples leitura dos dispositivos legais, com interpretações aplicáveis a todos os casos concretos. Deve-se, antes de tudo, observar os fundamentos – mormente os constitucionais – sobre os quais se assenta a regra especial prevista pela LEF, para, após, procurar estabelecer sua melhor aplicação nas diferentes situações processuais que se configuram.

Conforme advertem o juristas alemães Fritz Baur e Rudolf Stürner,[37] em lição perfeitamente aplicável ao caso em estudo, os fundamentos processuais constituem o parâmetro para solucionar, de forma igual ou diferenciada, o caso individual. Não existe, contudo, um esquema uniforme pré-estabelecido, no qual se amoldem todos os casos individuais. Então, raramente se aplica um fundamento processual de modo absoluto. Freqüentemente, um regramento legal reserva a princípios que se imbricam maior ou menor âmbito. Quando se deixam de fora os questionamentos acerca das linhas mestras de um ordenamento jurídico, cedo ou tarde, deixa-se de entendê-lo, caindo a norma jurídica no formalismo vazio.

[37] in *Zwangsvollstreckungsrecht*.Heidelberg: C.F. Müller, 1996. p. 51-52

revista pge - 61 - 2006.pmd 107 26/10/2006, 16:16

Trata-se de estender a mudança de paradigma no estudo do processo de civil[38] também à execução fiscal. As abordagens formais que vêem no procedimento especial apenas normas técnicas de cobrança diferenciada do crédito público não se coadunam com a moderna concepção do processo civil, como instrumento de realização de valores constitucionais. Tanto os direitos fundamentais dos devedores como o direito fundamental do credor à execução efetiva devem ser levados em consideração.

Contudo, há que se atentar à circunstância de que o crédito cobrado por meio da execução fiscal destina-se a um fim muito caro ao ordenamento constitucional pátrio (embora não absoluto como um gigante que se diverte ao lançar dardos sobre as cabeças dos pobres mortais contribuintes): o interesse público como bem comum.[39]

REFERÊNCIAS

ABRÃO, Carlos Henrique. Substituição e Cancelamento da CDA. **Revista Dialética de Direito Tributário**, n. 25, p. 45.

ASSIS, Araken de. *Manual da Execução*. 9. ed. São Paulo: RT, 2005.

BAUR, Fritz e STÜRNER, Rolf. *Zwangsvollstreckungsrecht*. Heidelberg: C.F. Müller, 1996. p. 51-52.

COMOGLIO, Luigi Paolo. In Principi Constituzionali e Processo di Esecusione.: **Rivista de Diritto Processuale**, Milano, p. 450-469.

DESWARTE, Marie-Pauline. Intérêt généreal, bien commu. **Revue de Droit Public**, vol. 5, 1988.p. 1294.

FLAKS, Milton. *Comentários à Lei da Execução Fiscal*. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

LIMA GUERRA, Marcelo. *Direitos Fundamentais e a Proteção do Credor na Execução Civil*. São Paulo: RT, 2003.

MACHADO, Hugo de Brito. Lançamento Tributário, Execução Fiscal e Mandado de Segurança. **Revista Dialética de Direito Tributário**, vol. 47, p. 56.

[38] O tema do processo como realizador de valores constitucionais é exaustivamente abordada por Carlos Alberto Alvaro de Oliveira em sua tese de doutorado: *Do formalismo no Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 73-76 e 83-84.

[39] Como já mencionado na nota nº 11, adotou-se o conceito de interesse público formulado por Hartmut Maurer (*in Allgemeines Verwaltungsrecht.14. ed.* München: C. H. Beck, 2002. p. 5).

revista pge - 61 - 2006.pmd 108 26/10/2006, 16:16

SOUZA, Maria Helena Rau de. *Execução Fiscal, Doutrina e Jurisprudência* (Coord. Vladimir Passos de Freitas). São Paulo: Saraiva, 1998. p. 32-33.

MARINS, James. *Direito Processual Tributário* (Administrativo e Judicial). 3. ED.São Paulo: Dialética, 2003.

MAURER, Hartmut. *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 14. ed. München: C. H. Beck, 2002.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo* no *Processo Civil*, , São Paulo, Saraiva, 1997.

_____ O Processo Civil na Perspectiva dos Direitos Fundamentais. **Revista da Ajuris**, Porto Alegre , vol. 87, 2002. p. 47.

PALSEN,Leandro; ÁVILA, René Bergmann. *Direito Processual Tributário*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

SOUZA, Maria Helena Rau de. *Execução Fiscal, Doutrina e Jurisprudência* (Coord. Vladimir Passos de Freitas) São Paulo, Saraiva, 1998, p. 34.

_____ *Substituição ou Emenda do Título Executivo Fiscal, Processo Tributário* (coordenação Teresa Arruda Alvim, Eduardo Arruda Alvim e James Marins). São Paulo:RT, 1995.

TEMER, Michel. *Elementos de Direito Constituciona.*7. ed. São Paulo:Revista dos Tribunais, 1990.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Lei de Execução Fiscal*.7. ed. São Paulo: Saraiva. p.19)

WIESER, Eberthard. *Der Grundstaz der Verhältnismassigkeit in der Zwangsvollstreckung*. Berlin, Carl Heymanns KG, 1989.

ZAVASCKI, Teori Albino, *Título Executivo e Liquidação. São* Paulo: RT, 1999.

EFETIVIDADE DO PROCESSO EXECUTIVO FISCAL*

Jucilene Cardoso Pereira**

1 INTRODUÇÃO

O presente estudo pretende demonstrar que é possível dar uma maior efetividade na cobrança da dívida ativa da Fazenda Pública, sem que isso implique em desequilíbrio entre as partes do litígio ou insegurança nas relações jurídicas.

A pesquisa se justifica pela quase que total ineficácia do processo executivo fiscal na atualidade, sendo o Fisco um dos maiores "clientes" do Poder Judiciário.

Atualmente, os processos executivos fiscais contribuem de forma significativa para o acúmulo de processos no Poder Judiciário, não só pelo eventual desconhecimento da matéria pelos operadores do direito (advogados, procuradores públicos e magistrados), mas também pela importância dos temas (direitos fundamentais) que acabam sendo trazidos ao debate no processo (como por exemplo: segurança jurídica, ampla defesa, contraditório, direito de propriedade, interesse público, etc).

O trabalho será dividido em dois capítulos. No primeiro capítulo serão apontados os fatores de crise do processo executivo e serão colocadas algumas ponderações sobre a efetividade e os princípios constitucionais envolvidos no processo. No segundo capitulo serão apresentadas algumas das sugestões e os projetos de reforma da Lei de Execução Fiscal. Ainda, no mesmo capítulo, são expostos os termos do projeto apresentado pelo STJ, que atualmente está em andamento, bem como, apresentar algumas críticas e sugestões ao mesmo.

Observadas a necessária celeridade do processo e a segurança jurídica das partes, o estudo proporá a utilização de métodos legais compatíveis com a realidade, bem como o aperfeiçoamento dos métodos existentes, com o objetivo de tornar a execução fiscal um processo de resultados.

* O artigo tem como base a monografia apresentada no Curso de Especialização em Direito Processual Civil da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2004.

** Procuradora do Estado do Rio Grande do Sul. Especialista em Direito Processual Civil.

revista pge - 61 - 2006.pmd 111 26/10/2006, 16:16

2 A CRISE DE EFETIVIDADE DO PROCESSO EXECUTIVO FISCAL

2.1 Diagnóstico da Crise de Efetividade do Processo Executivo Fiscal

A Lei 6.830/80[1] institui regras tanto de direito material quanto de direito processual, possibilitando a aplicação do Código de Processo Civil apenas de forma subsidiária e trazendo diversas peculiaridades.

Segundo o professor Leon Frejda Szklarowsky[2], o objetivo da LEI 6.830/80 era:

"a) simplificar o processo de execução judicial da Dívida Ativa;

"b) descongestionar as vias judiciais, nas duas instâncias;

"c) assegurar rapidez na realização da receita da União, do Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e suas autarquias; e

"d) criar condições mais eficazes para o exercício do direito de defesa."

As normas contidas na Lei de Execuções Fiscais são preponderantemente processuais, mas a lei também possui normas de direito material, como por exemplo: a definição de dívida ativa, a forma como ocorre a inscrição, as preferências e os privilégios do crédito tributário, etc.[3]

Fazendo uma relação entre o processo executivo fiscal e a execução por quantia certa, afirma o Professor Humberto Teodoro Júnior[4]: "Em linhas gerais, a sistemática da execução fiscal introduzida pela L. n. 6.830 é a mesma do CPC, ou seja, a da execução por quantia certa, como processo de pura atividade de realização do direito do credor."

Em sentido semelhante, informa Maria Helena Rau de Souza[5]: "A Execução Fiscal se revela uma subespécie da execução singular por quantia certa, com base em título executivo extrajudicial".

Em que pese a evolução do processo de execução, o problema da efetividade do processo executivo, em especial do executivo fiscal, não é exclusivo

---

[1] Alguns dados históricos: Antes do Código de Processo Civil de 1973, a execução fiscal da dívida ativa da União Federal deveria seguir o procedimento traçado pelo título III do Decreto 10.902, de 20.05.1914. O Decreto 10.902, de 20.05.1914 substituiu a Lei 10.524, de 31.12.1911 e o Decreto 9.957, de 21.12.1912, que anteriormente regulamentavam a matéria. Após, a execução fiscal foi regulada pelo Decreto-lei 960, de 17.01.1938.
Todavia, mesmo com a vigência do Código de 1973, algumas disposições do Decreto-lei 960 permaneceram em vigor até a efetiva vigência da Lei 6.830, de 22.09.1980. Ou seja, somente foram implicitamente revogadas as disposições do Decreto-lei 960 que eram incompatíveis com as novas normas do Código de Processo Civil.
O Código de 1973 adotou o princípio da prioridade da penhora e também eliminou os privilégios da Fazenda Pública no processo executivo, de forma que, a dívida ativa seria executada pelo procedimento comum. Em 1980, através da Lei 6.830/80, a cobrança da dívida pública volta a ser regida integralmente pelas normas traçadas por lei especial, e a Fazenda pública recupera seus privilégios no processo de execução, sendo restaurado o procedimento especial para execução da dívida ativa.

[2] SZKLAROWSKY, Leon Frejda. *Execução Fiscal.* Brasília: Escola de Administração Fazendária, 1984 , p. 41.

[3] SOUZA, Maria Helena Rau. FREITAS, Vladimir Passos de (cord.). *Execução Fiscal:* Doutrina e Jurisprudência: Saraiva, 1998, p. 01

[4] THEODORO JÚNIOR, Huberto. *A Execução Fiscal. Procedimento Administrativo. Penhora. Embargos do devedor.* Revista Forense, Vol. 330, 1995, p. 98.

[5] SOUZA, Maria Helena Rau. FREITAS, Vladimir Passos de (cord.). *Execução Fiscal:* Doutrina e Jurisprudência: Saraiva, 1998, p. 01

revista pge - 61 - 2006.pmd 112 26/10/2006, 16:16

do Brasil. Nos últimos trinta anos, muitos países vêm procurando soluções para a ineficácia do processo executivo.[6]

O processo executivo fiscal (como de resto todo o processo executivo) é orientado justamente pela necessidade de satisfação rápida e eficaz do direito tutelado, pois pressupõe, em primeiro lugar, um título executivo líquido, certo e exigível.

Todavia, é "curiosa" a realidade do processo executivo Fiscal atualmente, pois o processo que mais se orienta na celeridade e na efetividade (até porque o título executivo possui presunção de liquidez e certeza) acaba sendo o mais moroso e ineficaz.

Ao analisar a crise do processo de execução fiscal, inevitavelmente, é preciso verificar as relações de direito material e direito processual, pois a crise do processo de executivo não tem uma única causa, muitos fatores a influenciam, como por exemplo, fatores sociais, políticos, culturais, legislativos e jurídicos, de forma que não se pode falar em reforma legislativa sem se considerar a realidade fática que envolve o processo executivo.

Nas palavras de José Roberto Santos Bedaque[7]: "A efetividade da tutela jurisdicional depende muito da sensibilidade do jurista, principalmente do estudioso do direito processual, que deve criar soluções visando a tomar o instrumento adequado à realidade social a que ele será aplicado".

Vale transcrever, ainda, o seguinte excerto da mesma obra de José Roberto dos Santos Bedaque[8]:

> A eficácia do sistema processual será medida em função de sua utilidade para o ordenamento jurídico material e para a pacificação social. Não interessa, portanto, uma ciência processual conceitualmente perfeita, mas que não consiga atingir os resultados para que se propõe. Menos tecnicismo e mais justiça, é o que se pretende.
>
> Se fosse possível sintetizar em poucas palavras o que se pretende, dir-se-ia que um programa de computador é desenvolvido em função dos fins pretendidos. Obviamente que o editor de textos, tão útil para os profissionais do Direito, não é o mais adequado as necessidades do arquiteto ou do matemático.
>
> Por isso, o instrumento precisa ser desenvolvido a partir das necessidades peculiares de cada área de atuação.

[6] No direito comparado: "Enquanto Espanha, Portugal e os países libero americanos, mantendo a tradição romano-germânica , atribuem ao juiz a função de conduzir pessoalmente todos os atos executórios, os demais países europeus se afastam desse sistema e instituem um processo de execução conduzido diretamente por um auxiliar judiciário, investido por um exeqüente como um verdadeiro mandatário, com amplos poderes de escolher os bens a penhorar, alienar esses bens e pagar o credor."

"Nestes últimos países o magistrado intervém no processo para rever algum ato do auxiliar judiciário, por provocação de uma das partes ou de terceiro, ou até mesmo mediante consulta do próprio oficial."

"No direito norte-americano, apesar da execução iniciar-se por ordem do juiz, os atos executórios são praticados por um funcionário que goza de bastante autonomia, normalmente o *sheriff,* que não apenas efetua a penhora, mas também se encarrega de alienar os bens penhorados em leilão." (GRECO, Leonardo. *A execução e a efetividade do processo.* Revista de Processo, n. 94, 1999, p. 38).

[7] BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo: influência do direito material sobre o processo.* 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 33.

[8] BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo: influência do direito material sobre o processo.* 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 33/34.

revista pge - 61 - 2006.pmd 113 26/10/2006, 16:16

Neste sentido, também ensina Luiz Guilherme Marinoni[9]:

> Para que o processo possa, realmente, tutelar direitos, é necessário que a ação seja pensada na perspectiva do direito material. Se o processo objetiva tornar efetivo o direito material, o resultado da ação processual deve corresponder exatamente àquilo que se verificaria se a ação de direito material (= agir) pudesse ser realizada.

É certo que o resultado do processo, em regra, desagrada uma das partes, bem como jamais o juiz chegará a uma verdade (certeza) absoluta. Todavia, deve o processo chegar o mais perto possível da realização plena da justiça. Neste sentido leciona Cândido Ragel Dinamarco[10]:

> Em todos os campos do exercício do poder, contudo, a exigência de certeza é somente uma ilusão, talvez uma generosa quimera. Aquilo que muitas vezes os juristas se costumam a interpretar como exigência de certeza para as decisões nunca passa de mera probabilidade, variando somente o grau de probabilidade exigida e, inversamente, os limites toleráveis dos riscos.

No Brasil, pode-se dizer que o problema começa no plano material, ou seja, deve ser analisado o contexto social e político para após se verificar onde estão os entraves legais e jurídicos.

Assim, salvo melhor juízo, as origens no plano material da crise de efetividade do processo executivo fiscal são, especialmente:

a) A existência de uma voracidade enorme do Fisco em tributar, muitas vezes de forma arbitrária, para sanar o orçamento público, sobrecarregando pessoas físicas e jurídicas que acabam caindo na inadimplência;

b) A existência de uma cultura nacional de que o Fisco não deve ser pago, pois é um credor que não representa grande ameaça (em regra, o contribuinte não perde financiamento bancário, não perde o fornecedor, não perde o empregado, etc.), ou seja, o Fisco é o credor que menos risco representa (pelo menos em curto prazo) ao contribuinte. Por exemplo, uma empresa não pára de funcionar porque deixou de pagar um tributo, mas pode fechar as portas se perder um fornecedor.

c) Os nossos Tribunais não conseguem dar conta dos anseios da sociedade. A sociedade evoluiu muito, mas a estrutura do judiciário (embora, com grandes avanços) ainda não conseguiu acompanhar o ritmo das mudanças. Faltam juízes, faltam defensores, servidores e falta, principalmente, vontade política.

Ultrapassada essa análise, pode-se dizer que o primeiro obstáculo (no plano processual) da Execução Fiscal é encontrar o devedor e seus bens, exemplificativamente:

[9] MARINONI, Luiz Guilherme. *E a efetividade do direito de Ação*.Revista Forense, Vol. 336, 1996, p. 137.
[10] DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do Processo*. 11ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 238.

revista pge - 61 - 2006.pmd 114 26/10/2006, 16:16

a) fazenda Pública propõe a execução fiscal, o juiz manda citar e o Oficial de Justiça procura o executado e não encontra;

b) procede-se pesquisa no DETRAN e no Registro de Imóveis e nada é localizado (nem o devedor, nem os bens);

c) quebra-se o sigilo fiscal (Receita Federal) e também não é localizado nada;

d) quebra-se o sigilo bancário e, da mesma forma, a Fazenda Pública não consegue encontrar o devedor e seus bens.

Outros problemas processuais (plano processual) contribuem para a crise de efetividade da Execução Fiscal, cabendo arrolar os principais:

a) exceções de pré-executividade protelatórias – antes ou depois da penhora;

b) possibilidade de recursos de todas as decisões proferidas na execução;

c) dúplice avaliação de bens (quando da penhora e após os embargos quando do leilão);

d) perecimento dos bens antes do término do processo;

e) efeito suspensivo dos embargos do devedor e de alguns recursos;

f) embargos à penhora, à arrematação e embargos de terceiro, na maioria dos casos protelatórios;

g) mudança de domicílio do devedor;

h) leilões infrutíferos e inviáveis;

i) indisponibilidade do interesse (público) posto em juízo (ou seja, poucas formas de acordo e quase que total impossibilidade de extinção por parte dos Procuradores do Estado dos feitos inviáveis[11]); etc;

j) inviabilidade da extinção de ofício pelo juiz dos processos com créditos prescritos; etc.

Isso indica que em todas as fases do processo executivo existem "entraves" ao prosseguimento do processo executivo fiscal.

A crise da execução hoje, talvez por reflexo do próprio direito romano que tinha uma forma de execução muito rígida (por exemplo: escravizar o devedor), está relacionada também com o excesso de meios de defesa do devedor (antes o devedor era excessivamente onerado, agora é excessivamente protegido), de forma que a nossa legislação restou ultrapassada e ineficaz para a cobrança da dívida ativa da Fazenda Pública.[12]

[11] Inviáveis são, por exemplo, os feitos em que o devedor não possui qualquer bem penhorável. Atualmente, os Procuradores do Estado do Rio Grande do Sul não possuem muita liberdade para requerer a extinção dos processos que estão fadados ao fracasso (exceto por uma Lei Estadual – 10.915/97 – de aplicação muito restrita e que não resolve o problema).

[12] A história do processo executivo remonta ao direito romano, sendo que o "procedimento" de execução passou por diversas fases, desde a total submissão do devedor ao credor até a possibilidade infinita de rediscutir o débito e protelar o pagamento da dívida. No sistema da *manus injectio* (direito romano) não havia um processo regular da execução, nos termos que temos hoje. O Devedor ficava à mercê do credor, que podia, inclusive, reduzir o devedor à condição de escravo. Ou seja, não havia um processo ou procedimento executivo, havia um vencido e um vencedor, sendo que o vencido ficava subordinado ao vencedor, que iria satisfazer seu crédito de forma pessoal e cruel, se necessário.

revista pge - 61 - 2006.pmd 115 26/10/2006, 16:16

2.2 A Tensão Entre a Efetividade e a Segurança Jurídica no Campo do Processo Executivo Fiscal

O maior problema do processo civil é a efetividade do processo, ou melhor: a falta de efetividade do processo. Muito se fala em efetividade e instrumentalidade do processo, sendo que, os juristas trazem diversas sugestões para sanar o caos em que o processo, especialmente o executivo, se encontra.

Flávio Luiz Yarshell[13] faz a seguinte ponderação:

> Talvez poucas palavras sejam tão batidas quanto essa da efetividade. Trata-se de uma palavra vazia. Uma faca pode ser um instrumento para salvar uma vida (um bisturi), mas pode ser um instrumento para tirar a vida de alguém. Dependendo do ponto de vista de quem usa pode ser efetiva em qualquer uma das duas perspectivas. Sempre que falo de efetividade procuro delimitar o conceito. Isto porque a palavra 'efetividade' é vazia, assim como é também a palavra 'instrumentalidade'. Se afirmarmos que o processo é um instrumento, além de afirmarmos uma obviedade, nada dizemos porque, na verdade, o que o processualista deve buscar é a que o instrumento leva, ou seja, o que é efetividade.
> "[...] quando um processo é efetivo? Quando é apto a proporcionar os resultados que almeja. Tem de conduzir a certos escopos, a certos resultados, é que se poderá afirmar se o processo é ou não efetivo, isto é, se ele alcançou ou não esses escopos e esses resultados. Só com essa delimitação, de escopos e resultados, é que se poderá afirmar se o processo é ou não efetivo, isto é, se alcançou ou não esses escopos e resultados.

Cândido Rangel Dinamarco[14] leciona que:

> É a instrumentalidade o núcleo e a síntese dos movimentos pelo aprimoramento do sistema processual, sendo consciente ou inconscientemente tomada como premissa pelos que defendem o alargamento da via de acesso ao Judiciário e eliminação das diferenças de oportunidades em função da situação econômica dos sujeitos, nos estudos e propostas pela inafastabilidade do controle jurisdicional e efetividade do processo, nas preocupações pela garantia da ampla defesa no processo criminal ou pela igualdade em qualquer processo, no aumento da participação do juiz na instrução da causa e da sua liberdade na apreciação do resultado da instrução.
> [...]
> "Aprimorar o serviço jurisdicional prestado através do processo dando efetividade aos seus princípios formativos (lógico, jurídico, político, econômico), é uma tendência universal, hoje. E é justamente a instrumentalidade que vale de suficiente justificação lógico-jurídica para essa indispensável dinâmica do sistema e

[13] YARSHELL, Flávio Luiz. *A execução e a efetividade do processo em relação à Fazenda Pública*. In: SUNDFELD, Carlos Ari, BUENO, Cassio Scarpinella (Coord.) Direito processual público. São Paulo: Malheiros, 2000.
[14] DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do Processo*. 11ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

revista pge - 61 - 2006.pmd 116 26/10/2006, 16:16

> permeabilidade às pressões axiológicas exteriores: tivesse ele seus próprios objetivos e justificação auto-suficiente, razão inexistiria, ou fundamento, para pô-lo à mercê das mutações políticas, constitucionais, sociais, econômicas e jurídico-substancias da sociedade.

Por outro lado, há que se ressaltar que a falta de efetividade do processo é um problema mundial. Mesmo no direito comparado[15], pelo menos no que se refere à execução fiscal, não se pode afirmar que existe um sistema totalmente eficaz.

Salvo melhor juízo, ao revisar os institutos hoje existentes, depois de considerados os fatores sociais, políticos, jurídicos e legais, conforme já exposto, o jurista e o legislador devem atentar-se para o princípio da proporcionalidade dos direitos em conflito.

A crise do processo executivo também está ligada ao conflito de direitos fundamentais postos em juízo, de forma que a necessidade de um processo célere não pode excluir o direito da parte ao contraditório e a ampla defesa, assim como, a busca da efetividade não pode suprimir a segurança jurídica das partes, devendo, portanto, ser preservado o núcleo fundamental dos princípios em colisão.

Neste sentido, ensina Leonardo Greco[16]:

> E dentro desse universo despertou-me particular atenção o estudo do processo de execução, pois se, de um lado a garantia da proteção jurisdicional dos direitos dos cidadãos deve ser progressivamente mais rápida e eficaz, para conferir concretude da maior amplitude possível ao gozo desses direitos, e se essa garantia pressupõe procedimentos executórios que de fato realizem, com essa mesma rapidez e eficácia, a entrega dos bens que são reconhecidos pelas decisões judiciais, é desanimador verificar que justamente na tutela jurisdicional satisfativa o processo civil brasileiro apresenta o mais alto índice de ineficácia.
> [...] alguns fatores justificam a particular ineficácia dessa modalidade processual: o excesso de processos, o seu custo elevado e a sua exagerada morosidade, bem como a inadequação dos procedimentos à satisfação do créditos correspondentes, especialmente diante dos novos direitos surgidos na sociedade contemporânea (ambiente, consumidor, etc.).

---

[15] "Impressiona em quase todos os sistemas a ênfase dada à disciplina do dever do executado de informar a localização de seus bens para que sobre eles recaiam os atos executórios, sob pena de sanções graves, como multa e até mesmo prisão.
"É de observar que a prisão é utilizada em vários países de respeito à liberdade e a dignidade humanas, como os Estados Unidos e a Alemanha.
"Na França, a função de investigar o paradeiro dos bens do devedor levando em conta todas as informações, mesmo aquelas acobertadas pelo sigilo, é atribuída ao Ministério Público." (GRECO, Leonardo. *A execução e a efetividade do processo.* Revista de Processo, n. 94, p. 34/66, 1999. p. 45).

[16] GRECO, Leonardo. *A execução e a efetividade do processo.* Revista de Processo, n. 94, 1999, p. 36

revista pge - 61 - 2006.pmd 117 26/10/2006, 16:16

No âmbito da execução fiscal, nos termos da lição da Professora Maria Helena Rau de Souza[17]: "[...] há um binário de forças a ser considerado a todo momento: de um lado, a celeridade e eficiência da execução na satisfação do credor e, de outro, o dispêndio, pelo devedor, exclusivamente do necessário para tal satisfação."

Para a autora o equilíbrio dessa relação se dá através do contraditório, o qual possibilita ao devedor opor-se contra a liquidação ruinosa de seus bens.

Na realidade, salvo melhor juízo, o equilíbrio dessa relação (direitos do credor x direitos do devedor) não está tão somente no exercício do contraditório, pois o exercício do contraditório de forma abusiva é a maior fonte de "engessamento" do Poder Judiciário. Por isso, o equilíbrio dessa relação somente pode ser alcançado com a aplicação do princípio da proporcionalidade, assim, partindo-se da premissa que nenhum direito é absoluto, fica mais fácil obstar as demandas protelatórias.

Também *ensina*, Flávio Luiz YARSHELL:

> De outra parte, garantias como as do contraditório e do devido processo legal (CF, art. 5º, LV e LIV) são pilares do Estado democrático e, a pretexto de resolver o problema da morosidade (certo que gravíssimo), não se pode simplesmente criar outro (igualmente sério). Assim, tornar a prestação da justiça mais célere com o comprometimento das apontadas garantias constitucionais seria mais ou menos o mesmo que se pretender curar uma dor de cabeça pelo método da decapitação[...]
>
> Na verdade, o que impede maior rapidez no andamento do processo e na execução dos provimentos que a reclama – entre outros fatores – é a circunstância de que tais 'recursos' acabam suspendendo a eficácia das decisões recorridas, portanto, retardando a satisfação do direito já reconhecido. Vale dizer: o problema não está na quantidade de meios de impugnação colocados à disposição das partes (o que, como dito, pode até ser encarado de forma salutar), mas a questão reside, verdadeiramente, na aptidão que esses remédios tenham de sustar a eficácia do comando judicial e, dessa forma, impedir a atuação do direito reconhecido na sentença ou em decisão interlocutória.
>
> [...]
>
> De fato, é de todos sabido que o sistema processual oscila entre dois pólos opostos que, se de um lado atraem-se, de outro lado repelem-se: a busca do *escopo jurídico* – atuação da vontade concreta do direito objetivo – chama por tempo e pela pluralidade de meios que, reforçando a cognição, garantam, tanto quanto possível, a fidelidade da decisão judicial aos desígnios do direito material; a busca do *escopo social* – pacificação pela eliminação das controvérsias – clama por rapidez
>
> [...]
>
> Portanto, o evidente conflito de valores há que ser resolvido, tanto

[17] SOUZA, Maria Helena Rau. FREITAS, Vladimir Passos de (cord.). *Execução Fiscal:* Doutrina e Jurisprudência: Saraiva, 1998, p. 02

revista pge - 61 - 2006.pmd 118 26/10/2006, 16:16

> quanto possível, pelo equilíbrio entre a busca da *justiça* da decisão – que imporá que não sejam praticados, na execução, atos irreversíveis – e a busca da *celeridade* – que, diversamente, reclamará a prática de todos os atos necessários à satisfação do credor (reversíveis ou, eventualmente, não).

A Lei de Execuções Fiscais está dentro de um sistema e não pode ser vista como um conjunto de privilégios absolutos e incontestáveis, mas como uma opção do legislador, na busca de uma proteção mais eficaz do interesse público (finalidade da Lei 6830/80), sem que com isso sejam esquecidos os direitos fundamentais em conflito, devendo haver proporcionalidade e razoabilidade na aplicação da Lei, ou seja: deve ser atendida a finalidade da Lei e utilizados os meios adequados para se chegar ao resultado.

Hoje, por exemplo, uma antecipação de tutela concedida em ação ordinária gera um resultado muito mais eficaz e rápido (mesmo sem cognição plena) que um processo executivo que tenha por base um título executivo líquido, certo e exigível.

O professor Flávio Luiz Yarshell,[18] muito bem coloca o tema:

> Ora, se a execução de um provimento antecipatório não se realiza mediante a instauração de um novo processo (portanto, realiza-se sem qualquer intervalo), também parece irrefutável que *a execução da sentença de procedência* (provimento final) *deverá observar o mesmo regime,* porque seria inconcebível que o provimento antecipatório pudesse ter maior eficácia que o provimento final propriamente dito.
> [...]
> Assim, uma interpretação sistemática e teleológica da Lei processual não poderia fugir da conclusão acima enunciada, sob pena de grave incoerência interna do sistema, que estaria predispondo mecanismos mais contundentes e eficazes a provimentos fundados em menor grau de certeza, e muito menos contundentes a provimentos fundados em mais elevado grau de cognição.
> E nem se argumente com a *urgência* que justificaria o não cabimento dos embargos do devedor na 'atuação' do provimento antecipatório – mas não nos casos de execução de sentença (entenda-se, de provimento não antecipatório). É que, em primeiro lugar e como acima acenado, o provimento antecipatório é fundado, por regra, *em cognição sumária* – quando menos, não tão aprofundada quanto aquela que se imagina tem lugar até a edição do provimento final. Sendo assim, repita-se, seria contrariar a lógica do sistema admitir que um provimento fundado em menor grau de cognição pudesse ser efetivado com menor grau de eficiência que outro, fundado em cognição exaurente. Portanto,

[18] YARSHELL, Flávio Luiz. *Efetividade do processo de execução e remédios com efeito suspensivo*. In: SHIMURA, Sérgio, WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.) Processo de Execução. São Paulo: RT, 2001, p. 387/389.

revista pge - 61 - 2006.pmd 119 26/10/2006, 16:16

> se é certo que a 'urgência' justifica a forma de atuação do provimento antecipatório, de um lado, não desautoriza, de outro lado, a aplicação deste mesmo modelo para execução de sentença (provimento não antecipatório). Pelo contrário, uma coisa abona a outra.
> Por outro lado, se a tutela de urgência pode estar justificada no *periculum in mora*, não é menos correto dizer que a antecipação de tutela se justifica também para afastar o 'dano marginal' – expressão de a muito encontrada na doutrina – que decorre da simples duração do processo, em detrimento de quem é titular de uma posição jurídica de vantagem, no plano substancial.
> Basta imaginar credor que porte título executivo extrajudicial e que, logicamente, valha-se da via executiva. Citado o devedor, garantindo o juízo, se for o caso, pode aquele interpor embargos do devedor, sendo recebidos, terão sempre efeito suspensivo. Resultado: não mais se praticam atos executivos, nessa hipótese. De outro lado, imagine-se um credor que, sem deter título executivo, tenha 'prova inequívoca' dos fatos que dão respaldo a sua pretensão (prova essa que se supõe um 'menos' se comparada ao título executivo). Esse credor requer e obtém tutela antecipada. E, na execução ('atuação' ou 'efetivação') dessa última, requer a prática dos atos executivos, *sem que seja possível ao devedor a oposição de embargos à execução...*

Portanto, a efetividade do processo vai ser maior quando for maior o equilíbrio dos direitos fundamentais colocados em juízo, devendo o jurista, o legislador e o magistrado se atentarem para os critérios de razoabilidade e proporcionalidade, de forma que, não haja ônus excessivo ao devedor, mas que também não haja sacrifício do direito líquido e certo do credor.

3 RUMO A UM PROCESSO EXECUTIVO FISCAL DE RESULTADOS

3.1 Algumas Sugestões e Propostas de Reforma

Muitas soluções foram apontadas pelos juristas nacionais para reformar o processo de execução fiscal, bem como, diversos projetos de reforma foram formulados no Congresso Nacional, sendo posteriormente arquivados por um ou outro motivo.

Em entrevista realizada com a Professora Maria Helena Rau de Souza[19], quando questionada sobre qual o principal problema da execução fiscal hoje, a mesma respondeu serem os limites à pesquisa patrimonial, afirmando que o processo executivo deveria ser mais invasivo; que devem existir garantias, todavia, as garantias não podem significar um entrave no andamento dos processos.

O Professor Carlos Alberto Alvaro de Oliveira observa que o problema da efetividade do processo também está relacionado com "a desproporção entre

[19]Juíza Federal da 11ª Vara Federal de Porto Alegre, membro do grupo que protagoniza o anteprojeto de da execução por quantia certa no Código de Processo Civil – entrevista realizada em 30.07.04.

revista pge - 61 - 2006.pmd 120 26/10/2006, 16:16

o número de processos e o número de juízes, pelos poucos recursos destinados ao poder judiciário, pela fantástica gama de recursos oferecidos pelo sistema".[20]

Por outro lado, o Procurador do Estado Tomaz de Aquino Petraglia critica justamente o fato da lei 6.830/80 ter omitido o problema da falta de bens, tornando o processo executivo infindável.[21]

Também critica, Tomaz de Aquino Petraglia[22], a idéia de tornar o feito executivo mais célere para a busca da efetividade, entendendo que o problema não está na celeridade do processo:

> Diante de tal modalidade de Execução não adianta vir alguém falar em tornar o feito mais célere. Isso é ridículo. É um despropósito, pois que adianta tornar rapidíssima uma execução fiscal se foi verificado logo no começo, por certidão do oficial de justiça, que o devedor não tem bens?
> [...]
> Não é após o ajuizamento da execução fiscal que os devedores desaparecem. Logo no começo se dá pela ausência. Isso prova contra a tese de que a procuradoria fiscal é responsável pelo calote. Seria responsável se podendo ajuizar a execução, não o fizesse, e nesse intervalo o devedor desaparecesse. Não se verificou essa hipótese.
> As execuções fiscais continuarão suspensas, na maior parte dos casos, por falta de bens, porque o que ocasionará certamente esse fenômeno não é a ação ou omissão do Procurador do Estado.

Entende ainda, o referido autor que "[...] a inscrição, ato final do procedimento administrativo fiscal, é que retarda o processo".[23] Sugere, então, que a execução fiscal pudesse ser realizada antes mesmo da inscrição em dívida ativa.

Em que pese a posição do colega, acredita-se que não são apenas a falta de localização do devedor e de seus bens, os entraves ao processo executivo, pois quando o devedor é localizado o problema pode ficar ainda maior, basta observar que desde a citação o devedor já pode começar a opor resistência à execução (por exemplo, com a exceção de pré-executividade), isso sem falar dos eventuais recursos que podem ser interpostos mesmo antes da penhora.

Alguns autores, como Leonardo Greco[24] e Flávio Luiz Yarshell[25] sugerem que os embargos do devedor não deveriam ter efeito suspensivo da execução, sendo que, o referido efeito só seria concedido no caso concreto, quando houvesse probabilidade de fundamento dos embargos.

---

[20] OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro. *Efetividade e processo cautelar.* Revista da Ajuris nº 61, 1994, pg. 175.
[21] PETRAGLIA, Tomaz de Aquino. *Questões de Estado.* Revista de Direito. P 167.
[22] PETRAGLIA, Tomaz de Aquino. *Questões de Estado.* Revista de Direito. p 164/165.
[23] PETRAGLIA, Tomaz de Aquino. *Questões de Estado.* Revista de Direito. p 166.
[24] GRECO, Leonardo. *A execução e a efetividade do processo.* Revista de Processo, n. 94, 1999, p. 46.
[25] YARSHELL, Flávio Luiz. "Efetividade do processo de execução e remédios com efeito suspensivo". In: SHIMURA, Sérgio, WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.) Processo de Execução. São Paulo: RT, 2001, p. 382/383.

revista pge - 61 - 2006.pmd 121 26/10/2006, 16:16

Dos projetos[26] de reforma ou de alterações na Lei das Execuções Fiscais, é de destacar o projeto nº 174 do então Senador Lúcio Alcântara, o qual propunha a instituição da penhora administrativa por órgão jurídico da Fazenda Pública, *in verbis:*

> "PROJETO DE LEI DO SENADO Nº 174, DE 1996
> Institui a penhora administrativa, por órgão jurídico da Fazenda Pública, e dá outras providências.
> O Congresso Nacional decreta:
> Art. 1º Fica instituída a penhora administrativa, executada pelas Procuradorias Fiscais ou da Fazenda Nacional da União, do Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e de suas autarquias.
> Art. 2º Após a inscrição da Dívida Ativa da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e de suas autarquias, pela respectiva Procuradoria ou pelo órgão jurídico competente, estes poderão optar por executar a Dívida nos moldes da Lei nº 6.830, de 22 de setembro de 1980, ou segundo o disposto nesta lei.
> Art. 2º Inscrito o crédito tributário ou não - tributário, a respectiva Procuradoria ou órgão jurídico competente notificará o devedor, para pagá-lo no prazo de cinco dias, amigavelmente, sob pena de proceder à penhora de seus bens, tantos quantos bastem para a garantia da dívida, na forma dos artgs. 7º, IV, 8º, 9º, 10 e 11 da Lei nº 6830, de 1980, no que couber.
> Parágrafo único. A penhora será realizada por servidor habilitado, na forma do regulamento.
> Art. 4º Em caso de pagamento do crédito para com a Fazenda Pública, a penhora será desfeita, imediatamente, devendo essa tomar providências cabíveis, no prazo impostergável de quarenta e oito horas, sob pena de responsabilidade de quem der causa à omissão.
> Art. 5º Realizada a penhora, o devedor poderá oferecer embargos, na forma da Lei nº 6.830, de 1980, perante o juiz competente para a execução judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública, o qual requisitará, de ofício, o processo administrativo em que se tiver efetivado a ordem de inscrição e a respectiva penhora administrativa.
> Parágrafo único. A Procuradoria ou o órgão jurídico competente deverá encaminhar ao juiz o referido processo, no prazo de quarenta e oito horas, sob as sanções da lei.
> Art. 6º Aplicam-se, no que couber, as disposições do Código de Processo Civil e da Lei nº 6.830, de 1980.
> Art. 7º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.
> Art. 8º Revogam-se o art. 53 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, e as disposições em contrário."

[26] OUTROS PROJETOS: A)BRASIL. PROJETO DE LEI SF 101 de 23 de abril de 2002. Altera o § 1º do artigo 16 da Lei 6.830, de 22 de setembro de 1980. Autor: Senador Lauro Campos – na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, pronto para pauta em 22.08.2003. B) BRASIL. PROJETO DE LEI SF 00004 de 20 de fevereiro de 2002. Altera os artigos 16 e 26 da Lei 6.830, de 22 de setembro de 1980. Autor: Senador Carlos Bezerra – na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, aguardando designação de relator, em 23 de janeiro de 2004.

revista pge - 61 - 2006.pmd 122 26/10/2006, 16:16

Embora, existam diversas teses de que a penhora administrativa seria a solução dos problemas da execução fiscal, pois reduziria um grande número de processos judiciais, entre outros benefícios, acredita-se que a referida proposta traria um problema ainda maior.

Primeiro: Dificilmente o Fisco conseguiria chegar até a penhora sem ter acesso aos bancos de dados acobertados pelo sigilo, ou seja, enquanto a Fazenda Pública não puder quebrar diretamente o sigilo Bancário e Fiscal administrativamente muito pouca coisa pode ser feita;

Segundo: Mesmo que a Constituição Federal permitisse a quebra dos sigilos pelos representantes da Fazenda Pública, independente da natureza jurídica que se queira dar ao ato da penhora (administrativo ou judicial), a penhora é um ato que interfere em um direito fundamental: direito de propriedade, o que por si só já impossibilita a atuação direta do executivo;

Em **terceiro** lugar: É evidente que o devedor iria utilizar-se de todos os meios de ação possíveis para sustar o "ato administrativo[27]", ou seja, antes mesmo que a penhora se realizasse, o executado iria buscar a tutela jurisdicional, transferindo a discussão para o judiciário (seja pela via ordinária ou mesmo por mandado de segurança), de forma que, ao invés de trazer celeridade, a penhora administrativa iria tornar a cobrança da dívida ainda mais morosa (não diminuiria as fases da execução, mas traria uma fase nova e preliminar);

Em **último lugar**: Um aspecto que não foi considerado pelos idealizadores do projeto é a prescrição. Não se pode criar uma nova fase administrativa (que sabidamente é árdua e morosa) sem que haja antes disso uma interrupção do prazo prescricional para a cobrança da dívida ativa.

3.2 A Reforma Proposta pelo STJ: Análise Crítica

O projeto que está em trâmite atualmente[28] no Congresso Nacional (encaminhado pelo STJ) parece ser muito mais eficaz, pois institui procedimentos administrativos de busca de bens, mantendo a penhora na esfera judicial.

O referido projeto prevê que a inicial da Execução Fiscal já indique os bens a serem penhorados, sendo que o despacho que deferir a inicial irá importar em ordem de penhora, avaliação, intimação da penhora e citação do devedor.

Vale ressaltar que os idealizadores da reforma não esqueceram da prescrição, pois foi apresentado um outro projeto (agora de Lei Complementar) que prevê a interrupção da prescrição com a notificação da inscrição do devedor em dívida ativa, o que é uma modificação salutar.

---

[27] Que a penhora é ato administrativo e não judicial é o que defende o Subprocurador-geral da Fazenda Nacional Leon Frejda Szklarowsky, responsável pela tese que deu origem ao projeto de lei 174 de 1996. (SZKLAROWSKY, Leon Frejda. *A Lei de Execução Fiscal – o contencioso administrativo e a penhora administrativa.* Revista da Procuradoria-geral do INSS, vol. 04, 1997, p. 21/35).

[28] - Anteprojeto fornecido pelo CEDIT – Centro de Estudos de Direito Tributário da Procuradoria do Estado do Rio Grande do Sul Maurício Batista Berni – em palestra realizada em 15.10.04 pelo Dr. Cláudio Martinewski, juiz-corregedor do Tribunal de Justiça do Estado.

revista pge - 61 - 2006.pmd 123 26/10/2006, 16:16

Em resumo, o projeto traz algumas modificações na extensão da responsabilidade tributária, na fraude à execução, traz também a necessidade do juízo de inventário e falência notificar o Fisco antes de qualquer alienação judicial, traz uma regra própria de conexão das demandas de Execução Fiscal, prevê como regra a não suspensão da execução, exceto se houver manifesto risco de dano de difícil e incerta reparação e havendo garantia.

Vale transcrever os principais dispositivos:

> PROPOSTA I: ANTEPROJETO DE LEI DE EXECUÇÃO FISCAL
> "[...]
> "Art. 5º- Não efetuado o pagamento integral da dívida, poderá ser promovida a sua execução judicial contra:
> I - o devedor;
> II - o fiador;
> III - o espólio;
> IV - a massa;
> V - o responsável, nos termos da lei, por dívidas, tributárias ou não, de pessoas físicas ou pessoas jurídicas de direito privado;
> VI - os sucessores a qualquer título.
> § 1º- Ressalvado o disposto no artigo 14, o síndico, o comissário, o liquidante, o inventariante e o administrador, nos casos de falência, concordata, liquidação, inventário, insolvência ou concurso de credores, se, antes de garantidos os créditos da Fazenda Pública, alienarem ou derem em garantia quaisquer dos bens administrados, respondem, solidariamente, pelo valor desses bens.
> § 2º- Os responsáveis, inclusive as pessoas indicadas no § 1º deste artigo, poderão indicar bens livres e desembaraçados do devedor, tantos quantos bastem para pagar a dívida. Os bens dos responsáveis ficarão, porém, sujeitos à execução, se os do devedor forem insuficientes à satisfação da dívida.
> [...]
> Art. 7º. A petição inicial indicará o juiz a quem é dirigida e os bens a serem penhorados e será instruída com a certidão da dívida ativa, que dela fará parte integrante, podendo ambas constituir um único documento, preparado inclusive por processo eletrônico.
> Parágrafo Único - O valor da causa será o da dívida constante da certidão, com os encargos legais.
> Art. 8º. O despacho do juiz que deferir a inicial importa em ordem para:
> I - a penhora e avaliação de bens;
> II - a intimação da penhora ao executado e a sua citação para opor embargos.
> Parágrafo único - A citação do executado interrompe a prescrição, retroagindo os seus efeitos à data da propositura da execução.
> Art. 9º - O devedor poderá se opor à cobrança da dívida também por ação autônoma, que será distribuída ao juiz da execução ou àquele que para esta seja competente.
> § 1º - A propositura de qualquer ação relativa ao débito inscrito na dívida ativa não inibe a Fazenda Pública de promover-lhe

revista pge - 61 - 2006.pmd 124 26/10/2006, 16:16

execução; todavia, se relevantes os fundamentos e diante de manifesto risco de dano de difícil e incerta reparação, ficará suspensa a execução, mediante garantia consistente em:
I - depósito em dinheiro;
II - fiança bancária;
III- caução real de bens próprios ou de terceiros, observados na sua constituição os requisitos para a realização da penhora e considerado o interesse do credor.
§2º - Somente o depósito em dinheiro faz cessar a responsabilidade pela atualização monetária e juros de mora.
§3º - A propositura, pelo contribuinte, de ação judicial importa em renúncia ao poder de recorrer na esfera administrativa e desistência do recurso acaso interposto.
[...]
Art. 11- O oficial de justiça, independentemente de mandado judicial, providenciará, mediante apresentação de certidão de inteiro teor do ato de constrição ou de constituição da garantia, a sua averbação no ofício imobiliário ou anotação na instituição própria.
Art. 12 - O executado não poderá recusar o encargo de depositário, salvo autorização judicial.
§ 1º- O juiz, a requerimento da exeqüente, poderá ordenar a remoção do bem penhorado para depósito judicial, particular ou da Fazenda Pública.
§ 2º - O bem penhorado poderá ser substituído por dinheiro a qualquer tempo.
[...]
Art. 14 - Nos processos de falência, concordata, liquidação, inventário, arrolamento ou concurso de credores, nenhuma alienação será judicialmente autorizada sem a audiência da Fazenda Pública.
Art. 15 - Ouvida a Fazenda Pública, o juiz, na execução fiscal, poderá decretar a prescrição independentemente de requerimento do devedor.

PROPOSTA II: ANTEPROJETO DE LEI COMPLEMENTAR DE ALTERAÇÃO
DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL

"Art. 1º - O art. 174 da Lei n. 5.172, de 25.10.66, passa a vigorar com acréscimo do seguinte inciso:
V - pela notificação ao devedor da inscrição em dívida ativa".

Em que pese o louvável trabalho realizado no referido projeto, acredita-se que outras medidas poderiam ser acrescentadas para salvaguardar a efetividade do processo, ou seja, deveria-se somar ao projeto atual às seguintes sugestões:

a) Deve ser acrescentada na Lei a necessidade de arrolamento de bens para recorrer administrativamente (da forma que fez a Lei 10.522 de 19 de julho de 2002 ao alterar o artigo 33 do Decreto 70.325 de 6 de março de 1972, que, no caso, substituiu o depósito de 30% do valor do débito pelo

revista pge - 61 - 2006.pmd 125 26/10/2006, 16:16

arrolamento administrativo de bens – aplicável aos créditos federais).

Com relação ao depósito de 30% do valor do débito para recorrer administrativamente, já houve pronunciamento do Supremo Tribunal Federal, de forma que, presume-se que o entendimento quanto ao arrolamento de bens deverá ser no mesmo sentido.

Vale transcrever a seguinte ementa do Supremo Tribunal Federal:

> AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PROCESSO ADMINISTRATIVO. DEPÓSITO PRÉVIO. PRESSUPOSTOS DE RECORRIBILIDADE. LEGITIMIDADE DA EXIGÊNCIA. Processo administrativo fiscal. Depósito de, no mínimo, trinta por cento da exigência fiscal como pressuposto de recorribilidade. Legitimidade. Precedentes. Agravo regimental não provido.
> (RE 368441 AgR / SP - SÃO PAULO, Relator Min. MAURÍCIO CORRÊA, j. 29/04/2003, 2º Turma)

Também não se diga que o arrolamento de bens seria inconstitucional, que seria cerceamento de defesa, etc. Ora, arrolar bens não restringe qualquer direito de propriedade, não causa dano ou prejuízo ao contribuinte, só possibilita que o Fisco tenha bens para indicar se o processo administrativo acabar desencadeando uma execução Fiscal. Aqui é aplicável, até mesmo por analogia, a decisão do Supremo Tribunal Federal com relação ao depósito de 30% do valor do débito para recorrer.

Os Tribunais Regionais Federais já estão julgando a matéria, prevalecendo o entendimento de que o arrolamento de bens como condicionante para recorrer é constitucional.

Neste sentido:

> CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. EXIGÊNCIA DE DEPÓSITO PRÉVIO
> OU ARROLAMENTO DE BENS PARA INTERPOSIÇÃO DE RECURSO ADMINISTRATIVO-FISCAL. A exigência do depósito prévio, bem assim do arrolamento de bens e direitos de valor equivalente a 30% (trinta por cento) da exigência fiscal para o processamento de recurso administrativo-fiscal não afrontam os dispositivos constitucionais garantidores da ampla defesa.
> (TRF da 5º Região, AMS 200382000029463, Segunda Turma, j. 02/03/2004. Des. Federal Paulo Roberto de Oliveira Lima)
> MANDADO DE SEGURANÇA - ARROLAMENTO DE BENS E DIREITOS - CONDIÇÃO DE ADMISSIBILIDADE DE RECURSO ADMINISTRATIVO - CONSTITUCIONALIDADE E LEGALIDADE DA EXIGÊNCIA.
> 1. A Sexta Turma desta Corte Regional, em consonância com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, firmou orientação no sentido de que a exigência de arrolamento de bens e direitos como condição de admissibilidade de recurso administrativo não viola princípios constitucionais, mormente os da ampla defesa,

revista pge - 61 - 2006.pmd 126 26/10/2006, 16:16

devido processo legal e direito de petição.
2. O CTN não impede que a legislação ordinária bem assim a medida provisória, estabeleçam a disciplina do processo administrativo tributário (artigo 151, III)."
(TRF da 3º Região, AMS 200261000214332, sexta Turma, j. 03.12.2003, Rela. Juiz Mairan Maia)

b) Redução dos sigilos, seja por lei complementar ou Emenda Constitucional, pois não é razoável que o fisco tenha que apresentar a inicial com a indicação de bens a penhorar se não consegue buscar os dados que levam a esses bens.

A Lei Complementar nº 104[29], de 10 de janeiro de 2001, alterou o artigo 198 e 199 do Código Tributário Nacional, possibilitando a divulgação (ou intercâmbio) de informações sigilosas ficais entre os entes da Fazenda Pública, sendo que o dispositivo está sendo questionado perante o Supremo Tribunal Federal na ADIN 2397 (apensada a diversas outras Ações Diretas de Inconstitucionalidade que tratam das mesmas Leis).

Já a Lei Complementar 105[30], de 10 de janeiro de 2001, dispõe sobre os sigilos das operações financeiras, artigo 6º, permitindo o acesso das autoridades e aos agentes ficais tributários aos dados bancários quando houver processo administrativo ou procedimento fiscal em curso. Todavia, o referido dispositivo também está sendo questionado no Supremo Tribunal Federal na ADIN nº 2390 (também foi apensada a diversas outras Ações Diretas de Inconstitucionalidade que tratam da mesma Lei).

Ambos dispositivos legais, embora estejam aguardando manifestação do Supremo Tribunal Federal, são fundamentais na busca administrativa de bens, pois o acesso da Fazenda Pública às informações sigilosas possibilitaria

[29] "Art. 198. Sem prejuízo do disposto na legislação criminal, é vedada a divulgação, por parte da Fazenda Pública ou de seus servidores, de informação obtida em razão do ofício sobre a situação econômica ou financeira do sujeito passivo ou de terceiros e sobre a natureza e o estado de seus negócios ou atividades.
"§ 1ª Excetuam-se do disposto neste artigo, além dos casos previstos no art. 199, os seguintes:
"I – requisição de autoridade judiciária no interesse da justiça;
"II – solicitações de autoridade administrativa no interesse da Administração Pública, desde que seja comprovada a instauração regular de processo administrativo, no órgão ou na entidade respectiva, com o objetivo de investigar o sujeito passivo a que se refere a informação, por prática de infração administrativa.
"§ 2ª O intercâmbio de informação sigilosa, no âmbito da Administração Pública, será realizado mediante processo regularmente instaurado, e a entrega será feita pessoalmente à autoridade solicitante, mediante recibo, que formalize a transferência e assegure a preservação do sigilo.
"§ 3ª Não é vedada a divulgação de informações relativas a:
"I – representações fiscais para fins penais;
"II – inscrições na Dívida Ativa da Fazenda Pública;
"III – parcelamento ou moratória.
"Art. 199. [...]
"Parágrafo único. A Fazenda Pública da União, na forma estabelecida em tratados, acordos ou convênios, poderá permutar informações com Estados estrangeiros no interesse da arrecadação e da fiscalização de tributos.".

[30] "Art. 6ª As autoridades e os agentes fiscais tributários da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios somente poderão examinar documentos, livros e registros de instituições financeiras, inclusive os referentes a contas de depósitos e aplicações financeiras, quando houver processo administrativo instaurado ou procedimento fiscal em curso e tais exames sejam considerados indispensáveis pela autoridade administrativa competente.
"Parágrafo único. O resultado dos exames, as informações e os documentos a que se refere este artigo serão conservados em sigilo, observada a legislação tributária."

revista pge - 61 - 2006.pmd 127 26/10/2006, 16:16

uma maior eficácia do projeto (e futura Lei) de Execução Fiscal, de forma que seria possível cumprir o primeiro e mais importante requisito da petição inicial previsto no projeto: a indicação de bens à penhora.

c) Deve haver uma previsão legal de como será feita a indicação da penhora quando não houver bens da empresa devedora e houver responsabilidade dos sócios-diretores ou gerentes.

Independente das diversas teses sobre a responsabilidade dos sócios e o redirecionamento da demanda executiva (o que não é objeto do presente), é oportuno lembrar que o projeto de lei em andamento não prevê como vai ser feita a indicação de bens no caso de responsabilidade dos sócios**.**

Como vai ocorrer esse redirecionamento quando a pessoa jurídica não possui bens para serem indicados pelo Fisco na petição inicial? Poderá o fisco entrar com o feito diretamente (ou conjuntamente) contra os responsáveis tributários? Poderá o Fisco indicar bens de responsáveis tributários na petição inicial sem que haja manifestação do judiciário?

Portanto, acredita-se que a legislação deve definir como será realizada a indicação de bens dos sócios responsáveis, caso contrário, se a busca administrativa de bens for restrita aos bens da pessoa jurídica, o Fisco não poderá propor a execução e irá se abrir uma lacuna favorável para as fraudes (por exemplo: bastariam os sócios transferirem antecipadamente os bens para o nome das pessoas físicas, pois estas não seriam objeto de busca administrativa, que restaria impedido o ajuizamento da demanda).

Assim, sugere-se que haja possibilidade de buscas administrativas dos bens dos responsáveis tributários, ou autorização para que nestes casos a petição inicial não precise indicar bens, sendo a responsabilidade tributária e a busca de bens apuradas somente de forma judicial (não seria a melhor opção face à celeridade, mas talvez resguardasse a privacidade dos sócios, pois em regra não integram a Certidão de Dívida Ativa).

d) Deve ser estabelecido um critério objetivo para os casos de fraude à execução, antes da demanda judicial e durante as buscas administrativas, pois o rito administrativo não pode servir de "facilitador" de fraudes.

e) Não só as ações autônomas (embargos, cautelares, ações ordinárias) não teriam, de regra, efeito suspensivo, como todo e qualquer recurso relacionado à execução fiscal não deveria ter efeito suspensivo (exceto quando houver garantia do juízo somada ao manifesto risco de dano e incerta reparação). Observa-se, ainda que não é qualquer risco, deve ser um risco manifesto, deve haver uma quase certeza de que o Fisco não tem razão, a presunção de liquidez e a certeza da Certidão de Dívida Ativa deve ficar frontalmente atingida, caso contrário, toda a execução acabaria sendo suspensa, pois o processo executivo é expropriatório por natureza, ou seja, sempre causará um "dano" ao devedor (que é expropriação). Assim, o dano não deve ser o fato da venda do bem, pois esse é um dano necessário para a satisfação do credor e conseqüentemente para resolver a lide.

revista pge - 61 - 2006.pmd 128 26/10/2006, 16:16

f) Revisão das impenhorabilidades, a jurisprudência vem alargando cada vez mais as impenhorabilidades, de forma que deve ser revisada a lei 8.009/90 para que as impenhorabilidades sejam legalmente definidas;

g) Deve ser estabelecido um rito sumário até um determinado valor, de forma que o feito seja de pronto resolvido, evitando lides desnecessários;

h) Deve haver uma audiência preliminar e opcional, a critério da Fazenda Pública (que poderia pedir diretamente na inicial) ou do próprio magistrado.

A técnica da audiência preliminar não impediria a penhora e a intimação da mesma, mas possibilitaria que o devedor entregasse os embargos (se for o caso) em audiência, podendo, inclusive, acordar diretamente eventual parcelamento, bem como, se fosse o caso, substituir o bem penhorado, acordar sobre a avaliação do bem, etc. Assim, a audiência facilitaria o andamento do processo, pois o mesmo possui atos tipicamente negociais.[31]

Acredita-se, também, que com esse contato mais direto do devedor com o credor e com o juízo, alguns atos protelatórios restariam inibidos.

i) Possibilidade de aquisição de bens em leilão de forma parcelada, não é razoável que, com as condições e parcelamentos que o mercado dá para aquisição de bens móveis e imóveis, o judiciário tenha de vender bens usados e/ou objeto de litígio sem condições acessíveis frente ao mercado comum;

Vale ressaltar que, todavia, no que diz respeito ao leilão de bens imóveis, a matéria já é objeto do anteprojeto de reforma do Código de Processo Civil[32], da execução por quantia certa, o que certamente, pela utilização subsidiária, será aplicável a Execução Fiscal.

O Projeto de reforma da execução por quantia certa no Código de Processo Civil prevê a possibilidade de leilão parcelado[33], nos seguintes termos:

> Art. 690 – A arrematação far-se-á mediante o pagamento imediato do preço pelo arrematante, ou no prazo de até (15) dias, mediante caução; tratando-se de bem imóvel, quem estiver interessado em adquiri-lo a prestações, poderá apresentar por escrito seu lanço, nunca inferior à avaliação, propondo pelo menos 30% à vista sendo o restante garantido por hipoteca sobre o próprio imóvel.
> § 1º - As propostas para aquisição a prestações incidirão o prazo, a modalidade, e as condições de pagamento do saldo, e serão juntadas aos autos;
> § 2º - O juiz decidirá por ocasião da praça, dando o bem por arrematado pelo apresentante do melhor lanço ou proposta mais conveniente;
> § 3º - No caso de arrematação à prazo, os pagamentos feitos pelo arrematante pertencerão ao exeqüente até o limite de seu crédito, e os subseqüentes ao executado.

[31] Esse é o sistema adotado na Itália, conforme: GRECO, Leonardo. *A execução e a efetividade do processo*. Revista de Processo, n. 94, 1999, p. 42

[32] Projeto 3.253/04.

[33] Material fornecido pela Professora Maria Helena Rau de Souza, Juíza Federal da 11ª Vara Federal de Porto Alegre, membro do grupo que protagoniza o projeto de reforma da execução por quantia certa no Código de Processo Civil, em entrevista realizada em 30.07.04.

revista pge - 61 - 2006.pmd 129 26/10/2006, 16:16

Quanto aos bens móveis, acredita-se que a forma parcelada também poderia ser adotada, devendo o prazo ser exíguo e o bem permanecer em depósito judicial ou o arrematante assinar o termo de depositário do mesmo.

j) Sempre que na decisão final do processo administrativo confirmar a existência de crime, deve ser remetido imediatamente cópia do processo administrativo ao Ministério Público para que este verifique se é caso para propositura de Ação Penal.

Devido ao grande volume de demandas, grande parte dos crimes verificados nos processos administrativos fiscais não chega ao Ministério Público.

Existem diversas previsões legais de crimes contra ordem tributária, tanto em lei especial como no próprio Código Penal, que prevê, inclusive, a extinção da punibilidade com o pagamento da dívida.

Sem entrar na discussão de estar ou não correta a legislação que tipifica os crimes tributários (pois, não é objeto do presente trabalho), há que se fazer um registro de que, infelizmente, muitos créditos acabam sendo recuperados somente quando da apresentação da denúncia pelo Ministério Público, justamente pela possibilidade de extinção da punibilidade.

Enfim, as reformas legislativas devem atingir todo o sistema envolvido na cobrança da dívida pública, ou seja, devem haver alterações na legislação do processo administrativo, judicial e criminal, de forma que, o todo se complete na busca de um processo com resultados efetivos.

4 CONCLUSÃO

A busca da efetividade do processo é um anseio mundial, pois cada vez mais se procura um processo que atenda às necessidades da sociedade e que produza resultados eficazes e suficientes.

No caso do processo executivo fiscal, a realidade atual beira ao caos, os cartórios judiciais estão lotados de processos infindáveis e sem qualquer chance de produzir resultado efetivo.

Analisando o aspecto histórico, social, político e cultural da cobrança da dívida ativa, pode-se afirmar que nenhuma reforma será minimamente eficaz, se não houver uma revisão em todo o sistema. Assim, devem ser conhecidos os aspectos materiais de crise do processo executivo fiscal, para que com esses dados se busque uma reforma legislativa segura, consciente e eficaz.

A Lei de Execuções Fiscais possui vários pontos que acabam ensejando o engessamento do processo, todavia, o maior problema, sem sombra de dúvidas, do processo executivo é a penhora (e demais atos correlatos). É neste ponto que começam os grandes debates, as suspensões e os entraves do processo executivo.

A execução é um processo que reflete diretamente no plano material das partes envolvidas, pois um patrimônio sai da esfera de uma parte e vai para a esfera da outra, o que de certa forma, justifica a série de cautelas que o

revista pge - 61 - 2006.pmd 130 26/10/2006, 16:16

processo executivo exige.

Todavia, não se pode permitir que o processo executivo seja um palco para "aventuras jurídicas" como as que vêm ocorrendo ultimamente.

Em que pese as diversas sugestões quanto aos aspectos que devem ser objeto de reforma legislativa, acredita-se que o projeto atual apresentado pelo Superior Tribunal de Justiça ao Congresso Nacional é um louvável avanço.

As reformas trazidas no projeto atendem a vários anseios dos operadores do processo executivo, sendo elogiável em vários aspectos, como por exemplo: a possibilidade do reconhecimento da prescrição de ofício pelo magistrado; a interrupção da prescrição na esfera administrativa com a notificação da inscrição em dívida ativa; etc.

Todavia, algumas outras circunstâncias devem ser consideradas para que o sistema funcione com maior perfeição, que não foram objeto do projeto de reforma que hoje está em andamento, mas que, salvo melhor juízo, deveriam ser observados: a) necessidade de arrolamento de bens para recorrer administrativamente; b) acesso da Fazenda Pública aos dados fiscais e bancários de forma mais direta; c) possibilidade de buscas administrativas dos bens dos responsáveis tributários, ou autorização para que nestes casos a petição inicial não precise indicar bens e a busca seja judicial (não seria a melhor opção face à celeridade, mas talvez resguardasse a privacidade dos sócios, pois em regram não integram a Certidão de Dívida Ativa); d) deve ser estabelecido um critério objetivo para definir a fraude à execução no caso de alienações ocorridas durante o lapso das buscas administrativas; e) retirada do efeito suspensivo dos embargos, como de resto dos recursos relacionados à execução fiscal (havendo somente efeito suspensivo de forma excepcional e com atendimento de requisitos legais); f) revisão das impenhorabilidades; g) estabelecimento de rito sumário para os processos de pequeno valor; h) estabelecimento de uma audiência preliminar e opcional para apresentação da defesa ou eventual acordo; i) possibilidade de aquisição em leilão de bens móveis ou imóveis de forma parcelada; j) mudança na legislação do processo administrativo fiscal para que seja, após o término do processo administrativo, imediatamente comunicado ao Ministério Público eventual ocorrência de Crime contra Ordem Tributária.

Assim, procurou-se, com algumas singelas sugestões, contribuir para o estudo das formas de tornar o processo executivo fiscal um processo mais efetivo.

REFERÊNCIAS

BEDAQUE, José Roberto. *Direito e Processo.* 3º ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BRASIL. ANTEPROJETO DE REFORMA DA LEI DE EXECUÇÕES FICAIS, documento fornecido pelo CEDIT – Centro de Estudos de Direito Tributário

revista pge - 61 - 2006.pmd 131 26/10/2006, 16:16

da Procuradoria Geral do Estado em palestra realizada no dia 15.10.04 na sede da Procuradoria do Estado do Rio Grande do Sul.

BRASIL. Lei 10.522 de 19 de julho de 2002. Altera a legislação tributária federal e dá outras providências.

BRASIL. Lei 5.869 de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil

BRASIL. Lei 6.830 de 22 de setembro de 1980. Dispõe sobre a Cobrança da Dívida Ativa da Fazenda Pública e dá outras providências.

BRASIL. Lei Complementar 104 de 10 de janeiro de 2001. Altera dispositivos da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 – Código Tributário Nacional.

BRASIL. Lei Complementar 105 de 10 de janeiro de 2001. Dispõe sobre o sigilo das operações de instituições financeiras e dá outras providências.

BRASIL. PROJETO DE LEI 3.253/2004. Altera os dispositivos da Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil, relativos ao processo de execução e dá outras providências.

BRASIL. PROJETO DE LEI SF 00004 de 20 de fevereiro de 2002. Altera os artigos 16 e 26 da Lei 6.830, de 22 de setembro de 1980. Autor: Senador Carlos Bezerra – na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, aguardando designação de relator, em 23 de janeiro de 2004.

BRASIL. PROJETO DE LEI SF 101 de 23 de abril de 2002. Altera o § 1º do artigo 16 da Lei 6.830, de 22 de setembro de 1980. Autor: Senador Lauro Campos – na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, pronto para pauta em 22.08.2003.

BRASIL. PROJETO DE LEI SF 174 de 07 de agosto de 1996. Institui a penhora administrativa por órgão jurídico da Fazenda Pública e dá outras providências, Autor: Senador Lúcio Alcântara – arquivado em 29.01.1999.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE 368441 AgR / SP. Exigência de depósito de 30% do valor do débito para recorrer administrativamente. Não hipótese de cerceamento de defesa. Relator: Min. MAURÍCIO CORRÊA, j. 29/04/2003, 2º Turma

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 11ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

revista pge - 61 - 2006.pmd 132 26/10/2006, 16:16

FREITAS, Vladimir Passos de (Coord.). *Execução Fiscal:* doutrina e jurisprudência. São Paulo: RT, 1999.

GRECO, Leonardo. A execução e a efetividade do processo. **Revista de Processo**, n. 94, p. 34-66, 1999.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Efetividade do Processo e Tutela de Urgência*. Porto Alegre: fabris, 1994.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Efetividade e processo Cautelar. **Revista da Ajuris**, Porto Alegre, n. 61, p. 175-182. 1994.

_____. *O Princípio do Contraditório e o valor da efetividade.* ADV Advocacia Dinâmica, Boletim informativo Semanal n. 07, p. 92/91, 2004.

PETRAGLIA, Tomaz de Aquino. Questões Fiscais do Estado. **Revista de Direito,** p. 161-180.

RIO GRANDE DO SUL. Lei 10.915 de 03 de janeiro de 1997. Autoriza o representante judicial do estado a desistir de ações de execução fiscal e da outras providências.

SILVA, José Afonso da. *Execução Fiscal, segundo o novo Código de Processo Civil.* São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1975.

SOUZA. Maria Helena Rau. Efetividade da Execução Fiscal e as reformas em andamento. Porto Alegre, 30 de julho de 2004. A entrevistada foi palestrante nas aulas do Curso de Pós-graduação em Processo Civil da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, sendo titular da 11ª vara federal de execuções fiscais de Porto Alegre e membro do grupo que estuda as propostas de reforma do processo executivo. Entrevista concedida à Jucilene Cardoso Pereira e à Cristina Machado.

SZKLAROWSKY, Leon Frejda. *Execução Fiscal.* Brasília: Escola de Administração Fazendária, 1984.

_____. A Lei de Execução Fiscal – o contencioso administrativo e a penhora administrativa. **Revista da Procuradoria-geral do INSS**, vol. 04, 1997, p. 21-35.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Processo de Execução.* São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito, 2002.

TRF da 3º Região, AMS 200261000214332. Arrolamento administrativo

revista pge - 61 - 2006.pmd 133 26/10/2006, 16:16

de bens – constitucionalidade. Sexta Turma, j. 03.12.2003, Rela. Juiz Mairan Maia.

TRF da 5º Região, AMS 200382000029463. Arrolamento administrativo de bens – constitucionalidade. Segunda Turma, j. 02/03/2004. Des. Federal Paulo Roberto de Oliveira Lima.

YARSHELL, Flávio Luiz. A execução e a efetividade do processo em relação à Fazenda. In: SUNDFELD, Carlos Ari, BUENO, Cássio Scarpinella (Coord.) *Direito processual público*. São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. Efetividade do processo de execução e remédios com efeito suspensivo. In: SHIMURA, Sérgio, WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.) *Processo de Execução*. São Paulo: RT, 2001.

revista pge - 61 - 2006.pmd 134 26/10/2006, 16:16

O DIREITO ADQUIRIDO E O DIREITO INTERTEMPORAL A PARTIR DO DEBATE ENTRE ROUBIER E GABBA

Anderson V. Teixeira*

Introdução -1 – Breve evolução histórica do conceito de Direito Adquirido.
2 – Norma Constitucional e Norma Infraconstitucional frente ao Direito Adquirido.
3 – A Teoria Objetiva da Situação Jurídica e a Teoria Subjetiva do Direito Adquirido (Roubier vs Gabba).
4 – Direito Adquirido, Expectativa de Direito e Ultra-Atividade no Direito Adquirido.
4.1. Distinção entre Direito Adquirido e Expectativa de Direito.
4.2. Ultra-atividade do Direito Adquirido.
5 – Direitos Adquiridos e as Emendas Constitucionais no Atual Contexto do Direito Transitório Brasileiro.
5.1. Direito Adquirido vs. Emenda Constitucional.
CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1 INTRODUÇÃO

As questões atinentes ao direito adquirido tocam em um dos mais instigantes campos da ciência jurídica: o que trata da eficácia da lei no tempo. Como se não fosse por si mesmo instigante, ele também possui relações com o campo que define limitações ao poder de legislar. Mais precisamente, o que se busca investigar é a legitimidade ou não dos preceitos normativos frente a uma dada situação fática temporal, e não somente a partir da incidência de uma norma superveniente, mas sim desde o momento da criação da mesma, invocando os princípios contidos na Constituição.

Por serem referência internacional no Direito Intertemporal, as teorias de Paul Roubier e Carlo Francesco Gabba serão aqui adotadas como matriz teórica para o presente estudo.

De início, *ex hipotesy,* podemos observar facilmente que uma das principais dificuldades encontradas quando uma norma vem a substituir outra está nos processos judiciais ainda em andamento, pois disto advém problemas quanto à retroatividade da norma superveniente, aos direitos adquiridos individuais, aos direitos adquiridos processuais e à validade dos efeitos emanados

* Doutorando em Filosofia do Direito pela Università degli Studi di Firenze. Mestre em Direito do Estado pela PUC/RS. Professor dos cursos de graduação e pós-graduação da ULBRA/Torres. Advogado tributarista.

revista pge - 61 - 2006.pmd 135 26/10/2006, 16:16

no trâmite processual. Se a norma for de ordem processual as dificuldades serão ainda mais variadas.

Ponto de grande controvérsia reside em torno do confronto entre direito adquirido e emendas constitucionais. Ao final de nossa exposição dedicaremos um item específico para uma abordagem de ordem teórica e jurisprudencial desta questão.

No decorrer do presente estudo serão abordados estes e outros temas referentes ao direito adquirido e ao direito intertemporal, pois concernem a um aspecto da existência humana cuja importância é basilar em qualquer sociedade civilizada: a segurança jurídica.

> A inviolabilidade do passado é princípio que encontra fundamento na própria natureza do ser humano, pois, segundo as sábias palavras de Portalis, o homem, que não ocupa senão um ponto no tempo e no espaço, seria o mais infeliz dos seres, se não pudesse julgar seguro nem sequer quanto à sua vida passada. Por essa parte de sua existência, já não carregou todo o peso de seu destino? O passado pode deixar dissabores, mas põe termo a todas as incertezas. Na ordem do universo e da natureza, só o futuro é incerto e esta própria incerteza é suavizada pela esperança, a fiel companheira da nossa fraqueza. Seria agravar a triste condição da humanidade querer mudar, através do sistema da legislação, o sistema da natureza, procurando, para o tempo que já se foi, fazer reviver as nossas dores, sem nos restituir as nossas esperanças.[1]

2 BREVE EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO CONCEITO DE DIREITO ADQUIRIDO

Ao fazermos a análise e o estudo de qualquer instituto, ramo ou matéria do direito, é mister que se busque a sua origem, história, influências e razões que deram a presente feitura ao objeto de estudo. A história da evolução do conceito de direito adquirido é comumente dividida em três grandes períodos: embrionário, pré-científico e científico.[2] Devido ao fato de a presente pesquisa não ser de cunho histórico, concentrar-nos-emos na história relativa ao Direito brasileiro. Porém, é valido que antes disto passemos brevemente pelas fases citadas.

O período embrionário se caracteriza pela incipiência das organizações sociais e, consequentemente, pela ausência de um Estado de Direito e de um ordenamento jurídico definido. A idéia de direito adquirido surgiu no direito consuetudinário de vários povos, o que fez com que muitos doutrinadores tendessem a ver seu fundamento no próprio direito natural. Até mesmo documentos jurídicos milenares, como o Código de Hamurábi (1694 a.C.), já

[1] RÁO, Vicente. *O Direito e a Vida dos Direitos, v. 1.* São Paulo: Max Limonad, 1991, p. 428

[2] Ainda que não seja uma classificação pacífica na doutrina, adotaremos a de Limongi França, *A Irretroatividade das Leis e o Direito Adquirido.* São Paulo: Saraiva, 2000, p. 6.

revista pge - 61 - 2006.pmd 136 26/10/2006, 16:16

diziam que esta mesma lei não poderia alterar o direito de propriedade do homem sobre sua "casa, campo e pomar".

Todas as ordens jurídicas que começavam a surgir no mundo, tanto orientais quanto ocidentais, dispunham, em maior ou menor grau, sobre o direito adquirido e a irretroatividade da lei. Foi assim no direito mesopotâmico, egípcio, hindu, hebraico, chinês, grego e romano.

Em Roma, nos meados da República, inicia-se a fase pré-científica do direito adquirido. Apesar das controvérsias a respeito do exato começo desta fase, adotamos a tese que tem a *Lex Acilia Repetundarum*, de 123 ou 122 a.C., como sendo o marco inicial[3]. As *Verrinas* de Cícero vieram logo a seguir dando importante contribuição à matéria. Séculos depois, o Código Teodosiano, 440 d.C., coloca os negócios perfeitos como sendo uma barreira para a retroatividade da lei, e o *Corpus Juris Civile* explicita preceitos como o de que a lei se aplica somente ao futuro e que apenas em casos excepcionais ela poderá retroagir. Justiniano era inequívoco em seu pensamento sobre a matéria ao declarar que a lei só poderia retroagir caso esta não prejudicasse os *facta finita* e o direito patrimonial do cidadão. Esta fase pré-científica se desenvolveu ao longo da Idade média e foi ter seu fim somente com o aparecimento da Escola da Exegese e da Escola Histórica de Savigny.

A fase científica, iniciada com a Exegese, caracterizou-se, neste momento histórico, pelos marcantes pareceres de Merlin de Douai sobre o Código Civil francês (1804) e pela atuação da jurisprudência – deste país – da época. Merlim distingue o direito adquirido das faculdades: aquele já estaria incluso no patrimônio do indivíduo e sendo exercido por este; uma faculdade não exercida de fato seria apenas uma permissão, dada ao indivíduo, passível de revogação.

Ainda na Escola da Exegese, devemos considerar o pensamento de Blondeau. Em 1825, foi publicada a sua obra *Essai sur ce qu'on appelle Effet Rétroactif,* de grande impacto no presente tema. Blondeau afirma que a lei geradora de uma esperança no cidadão, seja com as suas disposições formais, seja em virtude do silêncio do legislador, não pode ter tal esperança menosprezada e desatendida sem produzir mal algum. Fundamenta seu pensamento no fato de que o bem maior do ordenamento jurídico é a segurança que as leis proporcionam, uma lei posterior que revoga lei anterior e as expectativas de direito implícitas nesta, poderia estar gerando uma insegurança jurídica no cidadão. Sua idéia é interessante, porém, o Direito Romano tratou anteriormente do assunto.

Quanto a Savigny, a sua obra *Sistema del Diritto Romano Attuale* é a de maior avulto na Escola Histórica. O autor é categórico ao negar pura e simplesmente a ação da nova lei sobre as conseqüências dos fatos passados, em qualquer grau imaginável. Desse modo, não admite o efeito imediato da nova lei. Savigny estabelece a diferença entre direito adquirido, expectativa de direito e direitos não exercitáveis. Direitos adquiridos estão ligados ao indivíduo e são

[3] Cfr. FRANÇA, Limongi. *Op. cit.*, p. 16.

revista pge - 61 - 2006.pmd 137 26/10/2006, 16:16

exercidos por este. A expectativa seria um direito vinculado a uma série de circunstâncias, sendo assim, o indivíduo seria titular do direito ambicionado somente se vários fatores corroborarem para sua aquisição. Os direitos não-exercitáveis são verdadeiros direitos que possuem apenas um termo ou uma condição para que o titular possa exercê-lo. Savigny distingue a expectativa de direito do direito não-exercitável afirmando que aquela depende do arbítrio de outrem para que se efetive, enquanto que este é um direito "quase" adquirido que independente de vontades.

Feitos esses breves apontamentos sobre a história do direito adquirido nos outros ordenamentos jurídicos, nos ateremos a analisar sua evolução e desenvolvimento no ordenamento jurídico brasileiro.

O Brasil, enquanto colônia de Portugal, possuía um sistema jurídico regido pelos mesmos princípios e leis da metrópole. Pode-se afirmar que as primeiras influências sólidas do direito português em nosso território estão contidas nas Ordenações de D. Afonso V. No que tange ao direito adquirido e ao direito transitório, estas buscavam inspiração no direito romano, entre outros, e tratavam o tema de forma até mesmo minuciosa. As Ordenações de D. Manoel e de D. Filipe II deram a mesma importância ao assunto. Entretanto, as Ordenações Filipinas tinham a peculiaridade de dar caráter retroativo e imediato à lei em certas situações jurídicas que pudessem beneficiar a Coroa de Portugal. Algo perfeitamente compreensível se considerarmos que a mentalidade imperialista, mercantilista e exploradora dos europeus à época corroborava com a idéia de que, por razões de Estado, qualquer direito adquirido poderia sucumbir frente aos interesses do Estado.

Passado o período de Brasil-Colônia, entramos no período de Brasil "formalmente" independente. A Constituição Política do Império do Brasil, de 25 de março de 1824, foi a primeira carta constitucional elaborada pelo Brasil independente, ainda que esta tenha sido escrita pela mesma classe liberal-burguesa que dava respaldo ao domínio europeu. O princípio da irretroatividade da lei pode ser encontrado no art.179, incisos II e III, que dispunha: "nenhuma lei será estabelecida sem utilidade pública. A lei não terá efeito retroativo." É de se ressaltar que o Brasil, em sua primeira Constituição, já dava importância de matéria constitucional ao direito transitório, nem mesmo as alterações de 1832 e 1834 modificaram estes dispositivos.

Proclamada a República em 1889, quase dois anos depois, em 24 de fevereiro de 1891 surge a primeira Constituição republicana. O projeto desta esteve sob a influência de Rui Barbosa, principalmente no que se refere à irretroatividade da lei. O art. 11, § 3º, disciplinava: "é vedado aos Estados e a União prescrever leis retroativas." Nota-se que até este momento somente o direito transitório era regulado expressamente, o direito adquirido ficava apenas subentendido. A expressão direito adquirido começa a ser usada somente nos projetos de Código Civil, sendo que consolida-se no Código Civil de 1916, sem a qualidade de norma constitucional.

revista pge - 61 - 2006.pmd 138 26/10/2006, 16:16

A Constituição de 1934 constitui um marco no que diz respeito ao presente tema na história constitucional brasileira. O art. 113, § 3º, desta Carta estabelece que a "lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada." Pela primeira vez vemos a expressão direito adquirido com a força e a normatividade provindas da Constituição.

Como tudo tem um "porém", a Carta de 1937[4] retirou o caráter constitucional da matéria, rebaixando-a para a legislação infraconstitucional. Isto ocorreu tacitamente, pois em nenhum momento o legislador constitucional se lembrou de preservar o direito adquirido como direito fundamental. Tal imprudência – ou omissão consciente – gerou quase uma década de discussões, incertezas e insegurança jurídica, inclusive a Lei de Introdução ao Código Civil, de 4 de setembro de 1942, foi centro de várias críticas.

Na Constituição de 29 de março de 1946 – elaborada por legisladores mais atentos – viu-se ressurgir no art. 141, §3º, o velho e bom princípio de que "a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada". Emendas e atos institucionais foram alterando esta Constituição em vários pontos, mas nunca retirando ou rebaixando as normas de direito adquirido e de direito transitório da Lei Fundamental.

A Constituição de 21 de janeiro de 1967 foi resultado do desejo do governo que tomou o Poder com a Revolução de 64. Os militares tinham a certeza de que era necessário ser elaborada uma nova Lei Fundamental para a reestruturação político-jurídica do Estado. Ainda que fosse um governo ditatorial, o respeito "à vida, à liberdade, ao trabalho, à propriedade,..., ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada" estava manifesto no art. 150, § 3º. Em 17 de outubro de 1967, baseando-se no Ato institucional nº 5, uma nova Carta foi outorgada pelo governo; em seu art. 153, § 3º, conservava com as mesmas palavras o que vinha sendo expresso nas últimas Constituições, no que se refere ao direito adquirido.

Finalmente, chegamos na Constituição vigente, promulgada em 5 de outubro de 1988. A proteção ao direito adquirido se encontra enunciado no art. 5º, XXXVI, conservando a mesma inspiração dos legisladores das Constituições de 1934, 1946, 1967 e 1969.

3 NORMA CONSTITUCIONAL E NORMA INFRACONSTITUCIONAL FRENTE AO DIREITO ADQUIRIDO

A Constituição, como Lei Maior norteadora de preceitos e valores jurídicos e sociais para toda a legislação infraconstitucional, tem como um de seus objetivos basilares regular a organização estatal, impor limitações ao

[4] Algumas peculiaridades de cunho constitucional caracterizaram esta Constituição. O art. 187 desta dizia que a mesma seria submetida a um plebiscito nacional, na forma a ser regulada por decreto presidencial; o art. 178 dissolveu as Casas Legislativas do país (Câmara dos Deputados, o Senado Federal, as Assembléias Legislativas dos Estados e as Câmaras Municipais), acrescentando que só seriam reabertas depois da realização do referido plebiscito; e o art. 180 atribuía ao Presidente a possibilidade de legislar, via decreto presidencial, sobre qualquer matéria de competência legislativa da União. Ou seja, não tendo nunca sido o tal plebiscito convocado, pode-se afirmar que somente os arts. 178, 180 e 187 vigoraram, dando um poder despótico ao presidente.

revista pge - 61 - 2006.pmd 139 26/10/2006, 16:16

legislador, no que se refere à criação de leis e a sua incidência no tempo. Através do art. 5º, XXXVI, o constituinte brasileiro de 1988 institucionalizou essas limitações: "A lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada". Trata-se de norma de sobredireito e ultra-atividade, com o intuito de controlar e dirigir a produção de outras normas, tendo por destinatário direto e imediato o legislador infraconstitucional. No entanto, o texto não define a extensão e o conteúdo desses conceitos jurídicos.

Desde logo, cabe frisar que essa restrição constitucional diz respeito não apenas ao poder de legislar sobre direito privado, mas também ao de editar normas de direito público. Em vista do exposto, não devemos analisar o direito restringindo-o a um determinado campo de atuação, mas sim o analisarmos de uma maneira global, ou seja, enxergarmos o direito como um todo, sem barreiras de Público e Privado, ou qualquer outro ramo que seja. Todos os preceitos normativos infraconstitucionais, independente da matéria que versarem, devem estrita obediência à cláusula limitativa supracitada.

Quanto à abrangência dada ao texto infraconstitucional, em relação ao constitucional, na matéria de direitos adquiridos, podemos observar dois tipos de pensamentos doutrinários.

O primeiro considera que no momento em que o texto constitucional deixou vago o conceito e a extensão do mesmo, tornou-se possível ao legislador infraconstitucional limitar seus parâmetros e estabelecer o conceito *stricto sensu* de direito adquirido, observando a garantia do ato jurídico perfeito e da coisa julgada. Cabe frisar que essa corrente de pensamento, inclusive alcança, ao menos em parte, o nosso Supremo Tribunal Federal:

> Não se pode confundir a configuração conceitual de direito adquirido (que se radica estritamente no plano legal), de um lado, com o princípio inerente à proteção das situações definitivamente consolidadas, de outro, pois é apenas a tutela do direito adquirido – e não o conteúdo material de sua noção – que ostenta natureza constitucional, a partir da cláusula de salvaguarda inscrita no art. 5, XXXVI, da Carta Política.
> (...)
> Embora a Constituição mencione a garantia de direito adquirido, o conceito da expressão é regulado pela Lei de Introdução. Não cabe, assim, recurso extraordinário, posto que a alegada violação operaria por via reflexa.[5]

Ousamos discordar desta teoria, ao analisarmos a questão à luz do seguinte pensamento: a interpretação da norma constitucional que regula os direitos adquiridos não está, de maneira alguma, restrita aos limites enunciados na Lei de Introdução ao Código Civil, embora concordemos que possa influenciar a interpretação da mesma. Baseamos este pensamento no simples fato de que podemos enquadrar tal preceito constitucional na classificação, já tornada

[5] AI nº. 135.632, Rel. Min. Celso de Mello, BDA, dez/1995, pág. 773.

revista pge - 61 - 2006.pmd 140 26/10/2006, 16:16

clássica, de José Afonso da Silva[6], aquele é, com certeza, uma norma de eficácia plena, de aplicabilidade direta e imediata e não restringível, não dependendo de regulamentação posterior alguma. Na linguagem de Jorge Miranda[7] tais normas constitucionais seriam "exeqüíveis em si mesmas", ou seja, normas preceptivas que contém todos os elementos normativos indispensáveis à produção da totalidade de seus efeitos potenciais, apesar de serem também normas regulamentáveis, ou seja, não necessitam obrigatoriamente de regulamentação, mas a admitem por via de norma infraconstitucional.

Se considerássemos o conceito de direito adquirido como matéria de legislação ordinária, recairíamos no problema de o limite imposto ao legislador depender da atuação do mesmo, ou seja, este limite seria apenas uma ficção, pois não tendo mais validade o preceito constitucional, restaria ao livre-arbítrio do legislador infraconstitucional a decisão sobre respeitar ou não o direito adquirido. Quanto a isso, vejamos as palavras de Ovídio Bernardi: ... se um legislador elabora uma lei, deve respeitar o direito adquirido. Mas se fica a seu encargo dizer o que é direito adquirido, então nada vale a exigência constitucional.[8]

Em nossa doutrina, diversos autores adotam posição semelhante. Pontes de Miranda, em seus *Comentários a Constituição de 1946*, adverte-nos que a Lei de Introdução ao Código Civil não possui qualquer significação no direito constitucional, sendo que o conceito de direito adquirido seria um conceito científico que foi constitucionalizado.[9]

4 A TEORIA OBJETIVA DA SITUAÇÃO JURÍDICA E A TEORIA SUBJETIVA DO DIREITO ADQUIRIDO (ROUBIER VS GABBA)

Teorizando acerca da retroatividade da lei, Paul Roubier e Gabba produziram um debate histórico cuja dimensão extrapolou os limites da Europa, tendo reflexos nas Américas e em todo o mundo Ocidental.

Devido a nossa preferência metodológica, comecemos por Roubier a presente análise, mesmo que tenha sido a obra de Gabba a que surgiu primeiro (1891).

Em sua obra clássica (Le Droit Transitoire, 1960), ao tratar da aplicabilidade da lei, Roubier faz a seguinte distinção entre efeito imediato e efeito retroativo da lei: se a lei prever a possibilidade de atingir fatos ocorridos

[6] *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. São Paulo: Malheiros, 2000, p.134.
[7] *Manual de Direito Constitucional*. Vol. II. Lisboa : Coimbra Ed., 1997.
[8] *O Direito Adquirido e o seu Problema Conceitual*, RT, v. 284, 1959, p. 24-27.
[9] "Em todo o caso, há mínimo conteúdo em cada um dos três conceitos (conceitos de direito adquirido), o que os faz 'científicos', nesse mínimo. Constitucionalizaram-se conceitos científicos. O Decreto-lei 4.657, de 4 de setembro de 1942, cujo art. 6, 2□ parte, esteve em vigor até 17 de setembro de 1946, foi sinal de regressão política que não se pode levar em conta na história da ciência jurídica no Brasil. Dizia o art. 6: 'a lei em vigor terá efeito imediato e geral. Não atingirá, entretanto, salvo disposição expressa em contrário, as situações jurídicas definitivamente constituídas e a execução do ato jurídico perfeito'. Era a regra jurídica ordinária que podia corresponder à Constituição de 1937, porém nunca a toleraria as outras Constituições". Cfr. MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1946*. São Paulo: Editora M. Limoad, 1953, p.374.

revista pge - 61 - 2006.pmd 141 26/10/2006, 16:16

no passado, então ela será retroativa, mas se sua incidência for somente nos fatos futuros, será de efeito imediato.

Apesar da simplicidade inicial que o raciocínio apresenta, Roubier, em seguida, faz uma distinção mais detalhada[10] entre os fatos a serem atingidos pela lei nova, que pode ser assim exposta:

– facta praeteria: *se a lei pretende se aplicar aos fatos realizados no passado, será retroativa;*

– facta pendentia: *se a lei pretende se aplicar às situações em curso, convirá estabelecer uma separação entre as partes anteriores à data da modificação da legislação, estas que não poderão ser atingidas sem retroatividade, e as partes posteriores, para as quais a lei nova não terá efeito senão imediato;*

– facta futura: *se a lei se aplicar somente aos fatos a ocorrer, será, por óbvio, irretroativa.*

As colocações acima expostas resumem aquilo que veio a ser definido como Teoria Objetiva da Situação Jurídica, através da qual é possível dar efeitos retroativos para a lei – influindo sobre situações jurídicas constituídas e ato jurídico perfeito – por meio de uma mera referência no texto legal a respeito deste caráter ex tunc.

No entanto, deve-se lembrar que no ordenamento jurídico francês o respeito ao direito adquirido e ao ato jurídico perfeito não são matéria constitucional, mas sim de lei ordinária. Com isto, o legislador pode afastá-lo com uma nova lei ordinária posterior que trate de matéria de ordem pública. Porém, a questão relativa à "matéria de ordem pública" é controversa e na própria França possui restrições:

> A idéia de ordem pública não pode ser posta em oposição ao princípio da não retroatividade da lei, pelo motivo decisivo de que, numa ordem jurídica fundada na lei, a não-retroatividade das leis é ela mesma uma das colunas de ordem pública. A lei retroativa é, em princípio, contrária à ordem pública; e, se excepcionalmente o legislador pode comunicar a uma lei a retroatividade, não conviria imaginar que, com isso, ele fortalece a ordem pública; ao contrário, é um fermento de anarquia que ele introduz na sociedade, razão porque não deve ser usada a retroatividade senão com a mais extrema reserva.[11]

[10] "Si la loi prétend s'appliquer à des fairs accomplis ("facta praeteria"), elle est rétroactive; si elle prétend s'appliquer à des situations en cours ("facta pendentia"), il faudra é tablir une séparation entre les parties antérieures à la date du changement de legislation, qui ne pourraient être atteintes sans rétroactivité, et les partis postérieures, pour lesquelles la loi nouvelle, si elle doit s'appliquer, n'aura jamais qu'un effet imédiat; enfin, vis-à-vis des faits à venir ("facta futura"), il est clair que la loi ne peut jamais être rétroactivé". ROUBIER, Paul. *Le droit transitoire (conflit des lois dans le temps)*, 2e éd., Paris: Dalloz et Sirey, 1960, p. 177.

[11] "L'idée d'ordre public ne peut pas être lise en opposition avec le principe de la non-rétroactivité de la loi, pour ce motif décisif que, dans un ordre juridique fondé sur la loi, la non-rétroactivité des loi est elle-même une des colonnes de l'ordre public. La loi rétroactive est en principe contraire à l'ordre public; et si exceptionnellement le Législateur peut communiquer à une loi la rétroactivité, il ne faudrait pas d'imaginer qu'il fortifie par là l'ordre public; c'est au contraire un ferment d'anarchie qu'il introduit dans la societé, et voilà pourquoi il ne doit être usé de la rétroactivité qu'avec la plus extrême réserve". ROUBIER, Paul. *Op. cit.* p. 419.

revista pge - 61 - 2006.pmd 142 26/10/2006, 16:16

Acrescente-se a isto o fato de que a expressão "matéria de ordem pública" é de dificílima definição; o Direito possui um grau de especificidade que torna confusa a distinção entre o que é de interesse público e de interesse privado. Em campos como o Direito Administrativo, ex hipotesy, a relação entre o interesse público e o privado pode chegar a um grau de estreitamento tal que torne inviável qualquer tentativa de separá-los.

Diante disto, percebe-se que Roubier entende ser uma contradição fundar a retroatividade de uma lei na idéia de "ordem pública", pois este argumento estaria, em verdade, ocultando um "fermento de anarquia" que o Estado inseriria na sociedade caso pervertesse a segurança jurídica[12] com a edição de normas ofensivas aos facta praeteria e os facta pendentia que já tiveram se consumado. Alegar o argumento da "ordem pública" para desconstituir direitos adquiridos seria, de fato, agir pela "desordem pública".

A tese sustentada por Roberto de Ruggiero ilustra com limpidez a supremacia da "ordem pública" sobre os "interesses particulares", tão repudiada por Roubier:

> Não há propriamente uma regra de não-retroatividade de que constitua exceção a retroatividade: mas há dois princípios paralelos e um deles exige que a lei antiga continue, posto que revogada, a reger os fatos que se verificaram na vigência da nova, e outro, pelo contrário, exige que a lei nova se aplique ao passado, ocupando-se dos fatos que ao passado se ligam, isto para no todo ou em parte os regular de novo modo. O fato consumado, em si, e também os efeitos futuros que dele derivem, deve ser regido em algumas matérias – principalmente naquelas em que predomina a autonomia da vontade privada e o interesse dos particulares – pela lei vigente ao tempo em que o fato sucedeu. Mas a circunstância dele se ter verificado sob o regime de uma norma diversa, não pode pelo contrário e noutras matérias – aquelas em que predomina o interesse do Estado e da ordem pública – servir de obstáculo à imediata aplicação da nova lei.[13]

Note-se, a título de comparação, que no direito brasileiro a regra que protege o direito adquirido e o ato jurídico perfeito é de caráter constitucional, figurando entre as garantias constitucionais previstas no art. 5 da Constituição. Sendo assim, a própria discussão entre matéria de interesse público e de interesse privado se torna irrelevante, visto que a Carta Magna do ordenamento jurídico já prestou a devida tutela aos direitos adquiridos e aos atos jurídicos perfeitos.

---

[12] Em *Théorie Générale du Droit*, Paris: Librairie du Recueil Sirey, 1952, p. 324, Roubier diz que "la sécurité juridique est assurée au premier chef par la forme extérieure de la règle de droit (supra p. 89); c'est, en effet, une des qualités essentielles de la technique juridique de garantir la sécurité des résultats, de telle manière que chacun puisse prévoir ces résultats et compter sur eux. D'où l'importance donné aux sources formelles du droit, qui permettent de savoir sans ambiguïté quelle est la règle applicable; d'où aussi la préférence accordée à la source législative en fonction de ses qualités de précision et de certitude; nous avons dit à cet égard que la sécurité des règles formelles devait être considerée comme ayant une valeur plus grande que l'élasticité du droit libre, bien que les qualités de souplesse et d'adaptation de ce dernier aient été souvent invoquées en sa faveur".

[13] RUGGIERO, Roberto de. *Instituições de Direito Civil. Vol. I.* São Paulo: Bookseller, 1999, p. 234-235.

revista pge - 61 - 2006.pmd 143 26/10/2006, 16:16

As leis de ordem pública, embora se apliquem imediatamente, todavia não atingem negócios liquidados de modo definitivo, pretensões satisfeitas, litígios terminados por sentença ou transação.[14]

Quanto ao princípio da segurança jurídica, J.J. Canotilho assim entende:

> Os princípios da proteção da confiança e da segurança jurídica podem formular-se assim: o cidadão deve poder confiar em que aos seus atos ou às decisões públicas incidentes sobre seus direitos, posições jurídicas e relações, praticados de acordo com as normas jurídicas vigentes, se ligam os efeitos jurídicos duradouros, previstos ou calculados com base nessas normas.[15]

A maior crítica de Roubier à Doutrina Clássica (Subjetiva) do Direito Adquirido diz respeito aos contratos e aos efeitos que uma lei retroativa causaria nestes e, destarte, em todo o ordenamento jurídico. Ao retroagir em situações jurídicas pendentes, como contratos que se encontram em execução, a lei produz um abalo naquela estabilidade que os contratantes supunham poder esperar do ordenamento jurídico onde eles contrataram, uma vez que acordaram entre si tendo como base uma lei que presumivelmente regularia sua relação contratual até que fosse concluído o contrato.

Veja-se Roubier quando afirma que:

> Um contrato constitui um bloco de cláusulas indivisíveis que não se pode apreciar senão à luz da legislação sob a qual foi entabulado. É por esta razão que, em matéria de contratos, o princípio da não-retroatividade cede lugar a um princípio mais amplo de proteção, o princípio da sobrevivência a lei antiga.[16]

Para Caio Mário da Silva Pereira o posicionamento sustentado por Roubier evidencia-se mais completo, mais exato, mais seguro e formula uma teoria objetivista firmada em conceitos doutrinários fundamentais. [17]

De outra sorte, a Teoria Subjetiva de Carlo Francesco Gabba, que representa a Doutrina Clássica do Direito Adquirido, assim define o conceito de direito adquirido:

> É adquirido todo direito que: a) é conseqüência de um fato idôneo a produzi-lo, em virtude da lei do tempo em que esse fato foi realizado, embora a ocasião de o fazer valer não se tenha apresentado antes do surgimento de uma lei nova sobre o mesmo; e que, b) nos termos da lei, sob o império da qual se deu o fato de que se originou, tenha entrado imediatamente para o patrimônio de quem o adquiriu.[18]

[14] MAXIMILIANO, Carlos. *Direito Intertemporal*. São Paulo: Editora Freitas Bastos, 1946, p. 61.
[15] CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito Constitucional. Coimbra: Almedina, 1992, pp. 377-378.
[16] ROUBIER, Paul. *Op. cit.*, p. 381.
[17] *Instituições de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 154, 20ª edição.
[18] GABBA, C. F. *Teoria della retroatività delle lege*. Torino: Unione, 1891, p. 98

revista pge - 61 - 2006.pmd 144 26/10/2006, 16:16

Carlos Maximiliano – um dos principais autores brasileiros sobre o tema – filiou-se à tese de Gabba ao afirmar que:

> [...] para se chamar adquirido um direito, não basta que seja concreto, grangeado por um indivíduo em virtude de um fato idôneo a produzí-lo; é necessário, também, que se haja tornado elemento ou parte do patrimônio pessoal do respectivo titular. Aos que se não reveste de tal requisito, aplica-se, na íntegra, a lei nova.[19]

Ao adotar a teoria de Gabba, nosso ordenamento jurídico[20] excluiu – ao menos no plano teórico – qualquer possibilidade de aplicação da teoria de Roubier – de muito maior inflexibilidade quanto à possibilidade de retroatividade da lei nova, em relação às situações jurídicas ainda não reputadas perfeitamente concluídas sob a égide da lei anterior –, como também de outros doutrinadores (a maioria das quais muito mais restritivas, a exemplo da doutrina de Roubier), como G. P. Chironi e Friedrich Affolter.

Alguns problemas surgem com esta adoção. O primeiro deles reside no fato de permitir que se entenda que a irretroatividade deixa de ser regra absoluta e que passa a dividir espaços com a retroatividade, pois basta que o legislador queira retroagir os efeitos da lei e assim será, independente da proteção constitucional ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada, uma vez que a Constituição apenas protege aqueles direitos e garantias, mas de modo algum proíbe a retroatividade da lei[21]. Outra questão controversa concerne ao uso num sentido amplo da expressão "patrimônio", de onde é possível imaginar que qualquer sorte de direito faça parte de tal "patrimônio", tanto real, obrigacional, moral ou qualquer outro.

Mais um problema pode ser depreendido da Teoria de Gabba. A determinação dos requisitos necessários para que um direito venha a ser considerado "direito adquirido" não pode ser feito com base em um critério uniforme para todos os institutos jurídicos, sob pena de se estar removendo a própria unidade e segurança de critério que fundamentam aquela determinação. Não são poucos os casos em que um critério uniforme padecerá frente à situação de fato que pode sugerir ser um caso de direito adquirido ou de uma expectativa de direito abstrata.

Apenas a título ilustrativo, imaginemos a situação de advir uma norma elevando a maioridade de 18 anos para 25, sem nada dispor em termos de direito transitório. Como ficará a situação daqueles que forem maiores de 18

[19] *Direito Intertemporal*. São Paulo: Editora Freitas Bastos, 1946, p. 08.

[20] É oportuno lembrar que tanto a teoria de Gabba quanto a de Roubier influenciaram o direito pátrio. A Lei de Introdução ao Código Civil de 1916 era manifestamente influenciada pelos subjetivistas de Gabba, enquanto que LICC de 1942 orientou-se pela corrente objetivista de Roubier. Porém, com a alteração procedida pela lei 3238 de 1957, a LICC de 1942 retomou suas feições subjetivistas, abandonando Roubier.

[21] O art. 6 do Decreto-lei 4.657/42, ao afirmar que "a lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada", não significa que a não-retroatividade seja regra, pois tanto uma lei retroativa quanto uma lei para *facta futura* enquadram-se no "terá efeito imediato e geral" do referido diploma legal.

revista pge - 61 - 2006.pmd 145 26/10/2006, 16:16

anos e menores de 25? Eles se tornarão menores? Existem teses que sustentam o sim e o não, entretanto, parecem ser mais razoáveis as que manifestam-se negativamente. A capacidade civil é um atributo do estado pessoal do indivíduo e, a partir momento em que este se tornou maior pela regra dos 18 anos, sua condição psicológica também foi afetada pela lei que lhe concedia a maioridade, não podendo, assim, ser atingido pela nova lei, a menos que o ordenamento jurídico queira ofender-lhe psicológica e legalmente.

5 DIREITO ADQUIRIDO, EXPECTATIVA DE DIREITO E A ULTRA-ATIVIDADE DO DIREITO ADQUIRIDO

Antes de desenvolvermos maiores considerações acerca do presente tema, faz-se mister que seja imediatamente procedida a distinção entre direito adquirido proveniente de ato de vontade e direito adquirido proveniente de atos normativos.

Baseando-se em Jèze e Trabucchi, Orlando Gomes[22] define situação jurídica como sendo o conjunto de direitos e obrigações que uma pessoa pode vir a se encontrar, tanto em posição ativa quanto em posição passiva. Essas situações se distinguem em dois tipos:

- *situações gerais e impessoais*, também denominadas estatutárias ou objetivas, cujo conteúdo abrangido tem cunho geral, ou seja, recai sobre todos os indivíduos que dessa situação são titulares. São produzidas por atos que possuem, materialmente, o alcance de criar disposições gerais e abstratas, os quais denominamos atos-regra. A lei, o regulamento, os estatutos, regimentos e convenções coletivas de trabalho são exemplos desses tipos de atos. A aplicação dessas disposições a determinados indivíduos depende da ocorrência de algum fato ou ato distinto daquele que as gerou, que denominamos atos-condição. Por meio destes, não se cria novo direito, pois apenas se implementa o necessário a fim de que um quadro normativo já existente passe a vigorar em relação aos indivíduos que nele se vêm incluir. Seu alcance material é apenas este: inserir alguém no campo de incidência de um ato geral (ato-regra).

- de outra sorte, temos o que denominamos de *situações individuais ou subjetivas*, cujo conteúdo é determinado individualmente, podendo, obviamente, variar de um para outro titular. Podemos afirmar que o ato individual, ao mesmo tempo que cria uma dada situação jurídica, investe nela os indivíduos participantes da mesma. Essas situações são produzidas por atos cujo alcance material se restringe ao produtor ou aos produtores deles. Tais atos são chamados de atos subjetivos.

Há de se fazer uma ressalva, de que as situações subjetivas jamais se encontram em estado puro, visto que são sempre mais ou menos mistas, pois contém inevitavelmente alguns elementos fixados por disposições gerais, além dos aspectos individuais oriundos do ato que as cria. Para exemplificar este

[22] *Introdução ao Direito Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1977, pp. 130-132.

revista pge - 61 - 2006.pmd 146 26/10/2006, 16:16

caso, podemos dar como exemplo o contrato, onde são produzidas situações individuais, de teor específico de um para outro documento, porém, este estará sempre submisso a certas regras gerais que derivam de lei.

Essa distinção que acabamos de fazer, vem para ajudar-nos a resolver um dos problemas já discutidos neste estudo, qual seja, o da modificabilidade das situações jurídicas frente a nova legislação. Enquanto nas situações gerais as alterações se aplicam de imediato, alcançando todos nela investidos, as situações individuais permanecem intangíveis. Portanto, essa distinção fornece o critério técnico para a solução do problema da aplicação da não retroatividade das leis. Analisemos alguns casos concretos.

Teria sentido alguém pretender se opor à alteração das regras do imposto de renda, argüindo direito adquirido às normas que vigiam à época em que se tornou contribuinte pela primeira vez? Da mesma forma, seria prudente invocar direito adquirido para obstar as nova legislação sobre o serviço militar, argumentando que o regime vigente era mais suave quando o convocado completou 18 anos? Da mesma forma, funcionário público poderia invocar direito adquirido para regredir as regras funcionais, quanto a licenças, por exemplo, vigentes ao tempo em que ingressou no trabalho? Elas colhem de imediato os indivíduos inclusos nas situações jurídicas gerais modificadas, pois inexiste a intangibilidade reconhecida, como já citado, para as situações individuais.

De outro modo, se alguém contrata com outrem o trespasse de bem móvel, convindo as partes, das possibilidades legais, que os riscos da coisa, antes da tradição, correm por conta do comprador, cria-se situação imutável. O vendedor terá todo o direito de invocar direito adquirido sobre as cláusulas fixadas contratualmente, se lei posterior dispuser que os riscos das coisa vendida e ainda não entregue, devem ser suportadas pelo vendedor.

É nítida a diferença entre ambas as espécies de situações jurídicas e igualmente nítida a imediata aplicação das modificações que incidam sobre as situações gerais, ao contrário do que se passa com as subjetivas, ou seja, percebe-se, inclusive intuitivamente, a alterabilidade das situações gerais e a intangibilidade das situações individuais.

5.1 Distinção entre Direito Adquirido e Expectativa de Direito

Constitui-se a relação jurídica quando praticados todos os atos ou fatos exigidos pelo ordenamento jurídico para que a relação se estabeleça e possa ser reconhecida no universo do direito. Somente quando satisfeitas as exigências legais, verifica-se a aquisição dos direitos correspondentes e, então, pode-se dizer que há direitos adquiridos.

Entretanto, a aquisição de um direito não se realiza sempre em conseqüência de fato ou ato jurídico que a provoque imediatamente. Há direitos que só se adquirem por formação progressiva, ou seja, através da seqüência de

revista pge - 61 - 2006.pmd 147 26/10/2006, 16:16

elementos constitutivos da relação jurídica. Antes de ocorrer o concurso desses elementos, separados entre si por uma relação de tempo, o direito está em formação, podendo o processo constitutivo concluir-se, ou não. Sendo assim, o direito formar-se-á somente quando o último elemento se concretizar.

Se já ocorreram fatos idôneos a sua aquisição condicionada à ocorrência de outros que lhes podem suceder, mas ainda não se verificaram, configura-se um estado de dependência que justifica, no interessado, a legítima expectativa de vir a ter o direito adquirido. Em virtude do estado psicológico que se encontra o aspirante a titular, denomina-se tal situação como expectativa de direito. O fato final que determinaria a aquisição do direito pode consistir num acontecimento natural, num ato do próprio interessado ou num ato de terceiro.

No conceito de expectativa de direito o grau de segurança exerce decisiva influência. Em algumas situações, a realização do fato final é tão firme e certa, que são assimiladas como direitos subjetivos. Nesses casos, não se deve falar em expectativa propriamente dita, pois o interessado é, em verdade, titular de um direito que tem o seu exercício suspenso por algum tempo. Em outros casos, a insegurança é tamanha, que a situação se torna mera expectativa de fato; são exemplos, os casos que dependem do arbítrio de terceiro e os que dependem da vontade de quem espera o direito. Vale frisar que a expectativa de fato não é juridicamente protegida, ao contrário da legítima expectativa de direito.

Para uma melhorar compreensão, observemos o seguinte, expresso na Lei de Introdução ao Código Civil:

> Art. 6º. A lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada.
> § 1º. Reputa-se ato jurídico perfeito o já consumado segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou.
> § 2º. Consideram-se adquiridos assim os direitos que o seu titular, ou alguém por ele, possa exercer, como aqueles cujo começo de exercício tenha termo prefixo, ou condição preestabelecida inalterável, a arbítrio de outrem.

Neste momento, cabem alguns comentários aos preceitos legislativos acima expostos. No § 1º, o termo "consumado", deve ser entendido como se referindo aos elementos necessários à existência do ato, e não a sua execução ou aos seus efeitos materiais, ou seja, é ato existente, aquele em que se acham completos e presentes todos os requisitos para sua formação, ainda que pendentes os seus efeitos. Já o § 2º, considera direito adquirido aquele que pode ser exercido (estabelece nítida distinção entre aquisição e exercício do direito), pois considera adquirido o direito quando apto a ser exercido, ainda que não tenha havido, efetivamente, o seu exercício pelo titular, e parte do dispositivo trata dos direitos cujo exercício está condicionado.

revista pge - 61 - 2006.pmd 148 26/10/2006, 16:16

Vale lembrar que não se confundem tais direitos com as chamadas expectativas de direito. Os direitos expectativos, ou condicionados, são aqueles cuja existência já se concretizou, aguardando apenas o seu exercício, diferentemente das chamadas expectativas de direito, situações estas que o direito ainda nem existe por faltarem os requisitos para a sua existência.

5.2 Ultra-atividade do Direito Adquirido

Uma das mais árduas tarefas daqueles que se propõem a estudar os direitos adquiridos é descobrir se estes devem ser respeitados por uma nova Constituição.

Como referência inicial para que possamos adentrar na presente questão, é necessário delimitar aqueles principais traços característicos do Poder Constituinte Originário: a inicialidade, autonomia, incondicionalidade e ilimitação.[23]

O primeiro, a inicialidade, significa que a Constituição é o marco inicial do novo ordenamento jurídico. Todo o sistema desenvolver-se-á tendo por base este instrumento normativo resultado do trabalho do Poder Constituinte. As leis vigentes anteriormente a nova Constituição, poderão ser "recepcionadas", como diria Kelsen[24], pela nova Lei Magna, em tudo naquilo que estiver em consonância com esta, ou então, serão tacitamente revogadas.

A incondicionalidade é a segunda maior característica que possui o Poder Constituinte Originário. Não há procedimento ou modo especial de manifestação, a própria Constituição poderá definir os seus processos formais e todos os demais do universo jurídico, que passará a girar em torno dela . No que tange às matérias, é o próprio legislador constituinte quem decidirá quais irão constar no texto constitucional, legislando sem sofrer qualquer sorte de influência externa, devendo se manter fiel apenas aos padrões axio-deontológicos predominantes na sua coletividade.

A autonomia concerne à circunstância do Poder Constituinte Originário não estar subordinado hierarquicamente a nenhum outro poder.

A ilimitação é o último dos quatro traços marcantes do Poder Constituinte Originário. Trata-se do princípio da soberania da Constituição, esta não seria barrada ou cerceada por qualquer norma jurídica vigente em seu território. Entretanto, Sieyès acredita que a única limitação do poder de legislar está nos

[23] Cfr. FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1981, pp. 34, e MORAES, Alexandre de. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2003, p. 56. Existe uma divergência na doutrina que é bem representada por estes dois autores onde o primeiro entende ser o Poder Constituinte Originário inicial, autônomo e incondicionado, porém limitado pelo direito natural, enquanto que o segundo coloca o referido Poder como sendo também ilimitado, pois, segundo o autor, o Poder Constituinte Originário não encontra-se sob a égide de qualquer sorte de direito. Ainda que a discussão seja por demais interessante, cabe aqui apenas referi-la, mas não adentrar no mérito.

[24] "A 'recepção' é um procedimento abreviado de criação de Direito. As leis que, na linguajem comum, inexata, continuam sendoválidas são, a partir de uma perspectiva jurídica, leis novas cuja significação coincide com a das velhas leis. Elas não são idênticas às velhas leis, porque seu fundamento de validade é diferente. O fundamento de validade é a nova constituição, não a velha, e a continuidade das duas não é válida nem do ponto de vista de uma, nem de outra. Assim, nunca é apenas uma constituição, mas sempre toda a ordem jurídica que é modificada por uma revolução". Cfr. KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Estado e do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 172.

revista pge - 61 - 2006.pmd 149 26/10/2006, 16:16

direitos fundamentais do indivíduo. Destarte, uma Constituição somente será válida se respeitar o direito natural que protege o homem.

Já o Poder Constituinte Derivado e o Decorrente seriam limitados e condicionados pela Constituição. Esta só pode ser alterada naquilo que ela permite ou não se manifesta. Uma mudança contra a Constituição pode ser entendida como uma afronta ao poder político "emanado do povo" ou, até mesmo, uma revolução. Toda Constituição traduz uma decisão política, a qual se exprime os seus pontos fundamentais - também entendidos como cláusulas pétreas. Por isso, somente uma nova Constituição, nunca uma simples emenda poderá suprimi-los, substituí-los ou alterá-los.

Como já visto anteriormente, Paul Roubier considerava que a norma constitucional, como qualquer outra norma, não incide senão do presente para o futuro, tendo efeito imediato e geral. Aplica-se aos *facta futura* e, possivelmente, aos *facta pendentia*, porém, nunca aos *facta praeterita.*

"L'effet immédiat de la loi doit être considéré comme la règle ordinaire: la loi nouvelle s'applique, dès sa promulgation, à tous les effets qui résultent dans l'avenir de rapports juridiques nés ou à naître."[25]

A discussão surge no momento em que a doutrina afirma não ser vedada a retroatividade a norma constitucional oriunda do Poder Constituinte Originário. Esta afirmação se fundamenta no princípio da inicialidade da Constituição, segundo o qual esta é um marco inicial que poderia normatizar situações ocorridas em qualquer espaço de tempo, anterior ou posterior a ela.

Pontes de Miranda[26] defende a tese de que a Constituição não possui, de ordinário, retroeficácia. A sua incidência imediata corresponderia ao período definido por ela para começar a viger. O princípio geral de Direito é a irretroatividade, daí a presunção de que a norma constitucional não possui retroeficácia. Para fugir disto será necessário que o caráter retroativo decorra inexoravelmente do texto.

Outra corrente de pensamento, defendida por constitucionalistas menos atentos, alega que não existe direito adquirido contra a Constituição; esta não estaria obrigada a respeitar direitos estabelecidos por normas que não possuam seu fundamento de validade nesta nova Constituição que está sendo criada. Ou seja, os direitos fundamentais do homem e do cidadão estariam a mercê do arbítrio do legislador constitucional. Por exemplo, uma lei que proibisse criar animais domésticos e tivesse como sanção a pena de morte para o homem e o animal, seria válida e, até mesmo, com normatividade constitucional, bastaria que assim tivesse desejado o legislador constituinte.

Celso Antônio Bandeira de Mello, partidário da idéia de ilimitação do Poder Constituinte Originário, afirma o seguinte:

> O poder constituinte é ilimitado. Donde, o que for por ele decidido – não importa o quão chocante ou abstruso possa ser – do ponto

[25] ROUBIER, Paul. *Op. cit.* p. 11.
[26] *Comentários à Constituição de 1946*. São Paulo: Editora M. Limoad, 1953, p.374.

revista pge - 61 - 2006.pmd 150 26/10/2006, 16:16

> de vista do Direito Positivo é insuscetível de questionamento, já que a normatização por ele instaurada tem, por definição, caráter inaugural em sentido absoluto. É a fonte de validade da ordem jurídica. É a origem do Direito. É seu termo de referência, pois não se encarta nem precisa se reportar a qualquer norma anterior que a sustenha ou autorize. Sustenta-se em si própria. Logo, nenhuma pretensão jurídica lhe poderia ser oposta, exatamente porque, para dizer-se jurídica, teria de estar referenciada direta ou indiretamente na própria Constituição. Assim, é obvio que nada se lhe pode contender, no plano do Direito Positivo.[27]

Está-se a tratar aqui apenas de direitos fundamentais, ou seja, direitos humanos que devem ser recebidos por toda e qualquer Constituição que se proponha a disciplinar um Estado de Direito cujo valor-fonte[28] seja o ser humano. Constituições "ilimitadas", ou seja, que não internalizam os direitos humanos e não lhes dão efetividade, representam Estados cujo axioma central é "não-humano", podendo ser Estados ditatoriais, militares, comunistas ou qualquer outra modalidade de aberração que vier a ser criada.

Pode-se alegar que o presente posicionamento é totalitário. E ele de fato é. Porém, é um "totalitarismo humanista" que tem na pluralidade, na liberdade e na igualdade suas principais bases éticas. A afirmação incondicional do humano frente a qualquer forma de poder é uma espécie de "totalitarismo" que busca se mostrar inflexível a todo ato ofensivo à dignidade da pessoa humana. Já vimos partidos, ideologias e megalomaníacos adotarem posturas políticas que criaram totalitarismos intolerantes frente aos que lhes fossem diferentes. A falência de todas essas posturas políticas e a supremacia do humano comprova o aqui sustentado: o "totalitarismo humanista" impede que toda a forma de manifestação política e ideológica contrária ao humano possa existir no jogo político. É a supremacia do pluralismo intransigente frente ao que lhe for contrário.

Quanto aos direitos que não forem de ordem fundamental, não adentrar-se-á na problemática, uma vez que somente a partir do caso concreto se torna possível conceber, ou não, a viabilidade da sua manutenção frente à nova Constituição.

Mesmo o assunto sendo de grande complexidade e profundidade, pode-se dizer que a retroatividade de uma nova lei constitucional tem como duas únicas barreiras os direitos fundamentais do homem e os seus direitos patrimoniais. Nestes últimos, inclui-se aqueles adquiridos em vigência de lei anterior e que tiveram a expressa aquiescência do titular. Noutras palavras, os direitos adquiridos pelo titular que não acordou ou exercitou seu direito, não devem ser respeitados pela nova Constituição.

---

[27] *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 167.

[28] "O homem é o valor-fonte de todos os valores ou a "fonte dos valores": "o homem é a fonte de todos o valores porque é da sua essência valorar, criticar, julgar tudo aquilo que lhe é apresentado, seja no plano da ação ou no do conhecimento." Cf. REALE, Miguel. *Experiência e Cultura*. Campinas: Bookseller, 1999, p. 196.

revista pge - 61 - 2006.pmd 151 26/10/2006, 16:16

6 DIREITOS ADQUIRIDOS E AS EMENDAS CONSTITUCIONAIS NO ATUAL CONTEXTO DO DIREITO TRANSITÓRIO BRASILEIRO

Tomando-se, de início, *ex hipotesy*, o nosso Código de Processo Civil, perceber-se-á que o mesmo se mostra um tanto quanto negligente ao tratar da matéria de direito transitório, restringindo-se a elencar tão-somente em seu art. 1211, caput, o antigo preceito francês de que a lei nova – neste caso, a lei processual – se aplica desde logo aos processos pendentes. A omissão do legislador ao tratar deste tema acarreta grandes dificuldades para os operadores do Direito frente às situações fáticas decorrentes do referido preceito, pois são enormes as modificações de procedimentos impostas pela legislação superveniente, sem que esta, na maioria das vezes, faça qualquer menção ao direito transitório.

Em virtude disto, outra saída não resta ao intérprete-aplicador da norma senão observar as decisões jurisprudenciais, as posições da doutrinária e, principalmente, recorrer aos chamados princípios gerais de direito transitório (também aplicáveis ao direito processual), que passaremos a discutir a partir deste momento.

Toda a problematização gerada pela omissão de nosso legislador esta fundada exatamente no ponto basilar do direito transitório, ou seja, reside na distinção dos efeitos da lei quanto ao seu tempo, se a mesma possui efeito retroativo ou efeito imediato.

Não se pode confundir aplicação imediata com aplicação retroativa da norma jurídica. A aplicação retroativa é a que faz a norma incidir sobre suportes fáticos ocorridos no passado. Esta incidência será legitima, salvo se dela não resultar violação aos elementos resguardados pela nossa Constituição (direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada). Assim, não seria vedada a incidência retroativa de norma nova que, por exemplo, importasse situação de vantagem ao destinatário. Já aplicação imediata é a que se dá sobre fatos presentes, atuais, não sobre fatos passados. Em princípio não há vedação alguma a essa incidência, respeitada, evidentemente, a cláusula constitucional antes referida.

Dentro deste prisma, baseando-se na já referida obra de Roubier[29], podemos distinguir dois aspectos: se a nova norma atinge *facta praeterita*, tranqüilamente podemos afirmar ser a mesma retroativa; se *facta pendentia*, faz-se necessário distinguir entre situações anteriores à mudança da legislação, que não poderiam ser atingidas sem retroatividade, e situações posteriores, para as quais a nova lei, se aplicável, terá efeito imediato.

Como regra, a aplicação imediata é a usual, sendo a retroatividade não presumível, devendo ser formalmente expressa, tendo como exceção o Direito Penal, cuja aplicação da lei superveniente está sujeita ao benefício da mesma em face ao caso concreto em relação à lei anterior, caracterizando-se no

[29] *Le droit transitoire (conflit des lois dans le temps)*, 2e éd., Paris: Dalloz et Sirey, 1960, p. 177.

revista pge - 61 - 2006.pmd 152 26/10/2006, 16:16

imemorial brocardo *novatio legis in mellius*, ou seja, trazendo-nos uma norma superveniente pena ou condição mais benigna ao indivíduo, esta retroage, alcançando os fatos ocorridos no passado.

Porém, é apropriado frisarmos que se deve analisar a situação jurídica (e sua situação temporal) sobre a qual incidiu a nova lei. Quando o fato gerador que cria, modifica ou extingue uma dada situação jurídica se situa à luz da legislação antiga, ela será relida por esta, salvo disposição retroativa formalmente constante na nova lei. No entanto, quando o momento da constituição jurídica ainda estiver pendente, a nova lei incidirá imediatamente, obviamente respeitando o período de vigência da lei anterior.

Em relação aos efeitos emanados da situação já constituída, a nova normatização não atingirá os já produzidos que foram regidos pela lei anterior, salvo se constar retroatividade nos moldes já citados.

Um memorável e didático voto proferido pelo Ministro Moreira Alves, na ADIn 493, representa, com toda a propriedade, a posição tomada pela jurisprudência pátria quanto ao direito adquirido:

> Esse preceito constitucional se aplica a toda e qualquer lei infraconstitucional, sem qualquer distinção entre lei de direito público e lei de direito privado, ou entre lei de ordem pública e lei dispositiva. Já na representação de inconstitucionalidade nº 1.451, salientei em voto que proferi como relator:
> 'Aliás, no Brasil, sendo o princípio do respeito ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada de natureza constitucional, sem qualquer exceção à qualquer espécie de legislação ordinária, não tem sentido a afirmação de muitos – apegados ao direito de países em que o preconceito é de origem legal – de que as leis de ordem pública se aplicam de imediato alcançando os efeitos futuros do ato jurídico perfeito ou da coisa julgada, e isso porque, se se alteram os efeitos é óbvio que se está introduzindo modificação na causa, o que é vedado constitucionalmente.'[30]

Convém ainda colacionar a manifestação do Ministro Sepúlveda Pertence sobre o voto do Ministro Moreira Alves:

> Vimos, aqui, na ADIn 493 - e creio que o acompanhamos, por unanimidade - o voto antológico do MINISTRO MOREIRA ALVES a sustentar que, precisamente porque, ao contrário dos ordenamentos europeus para os quais e sobre os quais tanto polemizaram GABBA e ROUBIER e tantos outros, a nossa garantia do direito adquirido V.Ex.a, Sr. Presidente, também, em obras doutrinárias e em acórdãos, tem insistido nisso - não é uma questão teórica de direito intertemporal a aplicar na sucessão de leis silentes a respeito: é uma garantia constitucional, irremovível, pois, pelo legislador ordinário. E, por isso, naquele acórdão, unânime no ponto, asseverou- se que o tratar-se de lei de ordem pública não

[30] ADIn/DF nº. 4930/600, relator Ministro Moreira Alves, de 25/06/1992, p.304.

revista pge - 61 - 2006.pmd 153 26/10/2006, 16:16

> afetaria a proteção do direito adquirido, exatamente, porque, ao contrário do que sucedia, na França, onde escreveu ROUBIER ou na Itália, onde escreveu GABBA, entre nós, se trata de garantia constitucional e não de uma regra doutrinária de interpretação. [31]

Situação interessante onde a presente discussão, mormente no que concerne às leis retroativas de ordem pública, pode ser encontrada nos contratos cuja execução está sendo alterada pela lei nova. Trata-se de um ato estatal, perfectibilizado ao final do processo legislativo, que se demonstra apto a modificar os efeitos futuros de contratos anteriores. O seguinte julgado reflete uma posição consolidada nos tribunais pátrios, a este respeito:

> Se a lei alcançar os efeitos futuros de contratos celebrados anteriormente a ela, será essa lei retroativa (retroatividade mínima) porque vai interferir na causa, que é um ato ou fato ocorrido no passado.
> O disposto no artigo 5º, XXXVI, da Constituição Federal, se aplica a toda e qualquer lei infraconstitucional, sem qualquer distinção entre lei de direito público e lei de direito privado, ou entre lei de ordem pública e lei dispositiva. Precedentes do STF.[32]

Torna-se evidente, como já exposto anteriormente, que à problemas como aquele da lei de ordem pública não é dada a mesma importância no direito brasileiro que em outros ordenamentos jurídicos, como o francês, por exemplo; a abordagem da matéria neste país é feita por lei infraconstitucional, permitindo que fique entregue às vicissitudes do legislador ordinário, enquanto que, no Brasil, como se não bastasse a proteção ao direito adquirido estar consagrado como regra constitucional desde a Constituição de 1934, tal garantia ainda é considerada cláusula pétrea.

Quanto a este último aspecto e a sua eterna relevância para o Direito, seja transitório, Constitucional, Administrativo, ou mesmo em sede de Teoria Geral, necessitamos ainda desenvolver algumas linhas básicas.

6.1 Direito Adquirido vs. Emendas Constitucionais

A relação entre a garantia ao direito adquirido e o poder de Emenda que possui o Estado não poderia deixar de ser aqui abordado.

Partiremos, então, da jurisprudência constitucional.

Um dos conflitos, desta espécie, mais interessantes visto recentemente diz respeito ao contido no artigo 9º da Emenda Constitucional nº 41, de 2003[33].

[31] RE n. 226.855-7/RS, Tribunal Pleno do STF, j. 31.08.00.
[32] RTJ 143/724, Rel. Min. Moreira Alves, Pleno.
[33] FREITAS, Juarez. *'Abate-Teto' e Reforma Previdenciária*, in Revista de Interesse Público, n. 24, Porto Alegre, 2004.

revista pge - 61 - 2006.pmd 154 26/10/2006, 16:16

O artigo 17[34] do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias estabelecia que, a partir da promulgação da nova Constituição, todos aqueles servidores que estivessem percebendo vencimentos ou similares de qualquer natureza em desacordo com a Constituição, ou seja, acima dos limites estabelecidos, deveriam ter os mesmos reduzidos segundo os parâmetros previstos no citado dispositivo. Procedeu-se, então, ao ajuste dos vencimentos ou similares e se consolidaram as situações, sem que fosse possível invocar direito adquirido. Deste modo, o artigo 17 do ADCT, produziu todos seus efeitos de modo imediato e retroativo.

Entretanto, o artigo 9º da Emenda Constitucional nº 41/2003 "restabeleceu" o artigo 17 do ADCT, afirmando que:

> Aplica-se o disposto no art. 17 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias aos vencimentos, remunerações e subsídios dos ocupantes de cargos, funções e empregos públicos da administração direta, autárquica e fundacional, dos membros de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos detentores de mandato eletivo e dos demais agentes políticos e os proventos, pensões ou outra espécie remuneratória percebidos cumulativamente ou não, incluídas as vantagens pessoais ou de qualquer outra natureza.

Percebe-se, pois, que o artigo 17 do ADCT foi "revigorado" pela Emenda nº 41/2003, o que importa, de modo indireto, na criação de um novo limite para os vencimentos e na vedação à alegação de direito adquirido por parte daqueles que, a partir da vigência da referida emenda constitucional, percebam qualquer valor do erário que venha a ser superior ao "limite-teto" estabelecido.

O conflito de normas será inevitável ao contrastarmos o artigo 9º da Emenda Constitucional nº 41/2003 (esta que também é uma lei, mas de nível constitucional) com o disposto no artigo 5º, XXXVI, da Constituição: "a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada".

Diante do confronto entre o novo dispositivo introduzido (ou revigorado, melhor dizendo) pela Emenda Constitucional n. 41 com o texto original da Constituição, sobretudo com um artigo considerado cláusula pétrea, como o art. 5º, torna-se claro e evidente que a regra do art. 17 do ADCT só poderá ser aplicada para as situações que ainda não se encontram consolidadas e perfectibilizadas, sob pena de ofensa ao direito adquirido.

Ademais, a título de analogia é oportuno relembrar CAIO MÁRIO quando este afirma que:

> O efeito imediato das leis sobre a capacidade das pessoas significa que alcança todos aqueles por ela abrangidos. Assim, o Código

[34] Cfr. "Os vencimentos, a remuneração, as vantagens e os adicionais, bem como os proventos de aposentadoria que estejam sendo percebidos em desacordo com a Constituição serão imediatamente reduzidos aos limites dela decorrentes, não se admitindo, neste caso, invocação de direito adquirido ou percepção de excesso a qualquer título".

revista pge - 61 - 2006.pmd 155 26/10/2006, 16:16

> de 2002 alterou os limites da maioridade civil, recuando-a para 18 anos e tornou automaticamente maiores todos os que já tenham atingido a nova idade-limite. Ao revés, se a lei tivesse estendido aquele termo para além dos 21 anos (a idade prevista para a maioridade civil no Código de 1916), respeitaria a maioridade dos que já teriam atingido esta idade; porém todos os que ainda não houvessem completado os 23 anos, se fosse esse o caso, por exemplo, teriam de aguardar o momento em que alcançassem o novo limite.[35]

Ainda no mesmo sentido, o mesmo autor segue afirmando que:

> Se uma lei nova estabelece direitos e obrigações para os servidores do Estado, alcança a generalidade dos funcionários. Mas se vem suprimir prerrogativas e vantagens já incorporadas ao patrimônio individual, o lesado pela reforma pode opor à nova disposição o direito integrado no seu patrimônio.
> Em princípio, não pode haver nenhum direito oponível à Constituição, que é fonte primária de todos os direitos e garantias do indivíduo, tanto na esfera publicística quanto na privatística. Uma reforma constitucional não pode sofrer restrições com fundamento na idéia genérica do respeito ao direito adquirido. Mas se é a própria Constituição que consigna o princípio da não-retroatividade, seria uma contradição consigo mesma se apresentasse para todo o ordenamento jurídico a idéia do respeito às situações jurídicas constituídas e simultaneamente atentasse contra esse conceito. Assim, uma reforma da Constituição que tenha por escopo suprimir uma garantia antes assegurada constitucionalmente (e.g., a inamovibilidade e titaliciedade dos juízes), tem efeito imediato, mas não atinge aquela prerrogativa ou aquela garantia, integrada no patrimônio jurídico de todos que gozavam do benefício. [36]

Em uma das raras decisões a respeito do tema, o Supremo Tribunal Federal manifestou sua orientação no sentido da prevalência da nova norma constitucional em face do direito adquirido, como se pode observar no voto do Ministro Moreira Alves:

> (...) não há direito adquirido contra a Constituição. Esse princípio se aplica tanto às normas originárias da Constituição quanto às decorrentes de emendas posteriores, pois uma e outra têm a mesma natureza e a mesma hierarquia.[37]

Deste modo, denota-se que o objetivo da Constituição de respeitar aos direitos individuais e não prejudicar o direito adquirido através de lei cede lugar para uma interpretação eminentemente formalista. Não nos esqueçamos de

[35] PEREIRA, Caio Mário. *Op. cit.*, revista e atualizada por Maria Celina Bodin de Moraes, p. 160.
[36] PEREIRA, Caio Mário. *Op. cit.*, pp. 161-162.
[37] RE n.º 93.290/RJ, relator Ministro Cordeiro Guerra, 28/08/81.

revista pge - 61 - 2006.pmd 156 26/10/2006, 16:16

referir que tal julgamento data de antes da Constituição de 1988 e que, tendo como norte esta, o Supremo ainda não possui solidez jurisprudencial acerca do presente tema.

No entanto, a jurisprudência acima parte da compreensão de que no sistema jurídico nacional, lei e emenda são institutos completamente distintos. Aquela é o instrumento ordinário da expressão normativa do Estado e se consolida mediante processo relativamente célere, enquanto que esta, a emenda, supostamente seria um instrumento de caráter extraordinário e de processo formativo mais dificultoso, cabendo apenas nos casos em que fosse necessário "reenquadrar" o texto constitucional nos novos auspícios axio-deontológicos que emanam da soberania popular.

Ressalte-se que o referido julgado não faz distinção se está tratando de lei em sentido formal ou material, uma vez que as emendas constitucionais, devido ao seu poder de reforma constitucional não são lei em sentido formal, mas sim em sentido material. Por serem, no Brasil, as emendas constitucionais produzidas pelo mesmo órgão que produz as demais leis infraconstitucionais é possível supor que os mesmos princípios instituídos pelo poder constituinte para limitar o alcance das leis, entre os quais encontramos o respeito ao direito adquirido, também limitam e condicionam o poder de reforma constitucional.

De outro sorte, ressaltando-se que o citado julgado foi proferido sob a égide da Constituição de 1967 com a E. C. n º 1/69, pode-se conceber a posição do STF como sendo compreensível, pois tende a primar pelo público sobre o privado, mantendo coerência com o momento histórico em que o país se encontrava, além de possuir sólida base doutrinária.

Porém, com o advento da Constituição de 1988 os valores mudam, constitucionalizam-se vários direitos que antes eram do âmbito infraconstitucional e a "segurança nacional" passa a dividir espaço com os "direitos fundamentais", ou seja, o primado da "nação" agora tem ao seu lado o respeito ao "indivíduo". Partindo-se disto é possível chegar a um resultado absolutamente contraditório no âmbito da jurisprudência constitucional, uma vez que esta protege os direitos adquiridos com base na lei, mas não protege aqueles que forem adquiridos tendo como fundamento a Constituição. Garantir o direito instituído por lei frente à lei nova e não proteger o direito atribuído pela Constituição contra emenda constitucional significa inverter a pirâmide hierárquica das leis e colocar o direito constitucional num plano inferior ao do direito infraconstitucional. [38]

A própria literalidade do texto constitucional parece ser clara no sentido de proibir que emendas constitucionais ataquem direitos adquiridos:

[38] Confirmando o aqui sustentando, veja-se o dizer de Juarez Freitas: "O Poder Público deveria ser o primeiro e maior respeitador do dispositivo em tela, em face dos princípios que o regem. Em sede abstrata, emenda constitucional é "lei', para os efeitos do dispositivo citado. Entretanto, se dúvida houver quanto à natureza da emenda, embora recomendável que se opte pela interpretação conducente à defesa dos direitos fundamentais, inequívoco que o próprio constituinte originário tratou de providenciar a restrição de emendas constitucionais tendentes a abolir direitos adquiridos, haja vista a intangibilidade dos direitos em tela (art. 60, § 4º, IV, da CF)." FREITAS, Juarez. *Interpretação Sistemática do Direito*. 3º edição. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 263.

revista pge - 61 - 2006.pmd 157 26/10/2006, 16:16

> Art. 60.....
> § 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: a forma federativa de Estado; o voto direto, secreto, universal e periódico; a separação dos poderes; os direitos e garantias individuais.

Tal inversão de valores, ainda que odiosa, pouco razoável e expressamente contrária à Constituição, parece ser uma possível tendência a ser adotada pela jurisprudência constitucional brasileira. Entretanto, devido à escassez de decisões atuais específicas sobre o tema, resta aguardar por manifestações futuras do Pretório Excelso.

Por último, apenas para não faltar a referência na presente pesquisa, existe, ainda, a tese do duplo grau de revisão como forma de superação de cláusulas pétreas. Para isto, bastaria que, num primeiro momento, fosse elaborada emenda constitucional removendo o § 4º do art. 60 da Constituição; a seguir, não existindo mais qualquer espécie de óbice ao poder de emendar, produzir-se-iam emendas removendo direitos fundamentais, alterando a forma federativa de Estado, instituindo-se o voto "público" e qualquer outra modalidade de sevícia ao direito constitucional e aos direitos humanos que fosse desejada pelo Estado.

Entretanto, em virtude da sua postura eminentemente formalista e de desprezo pela *mens legis* da Constituição, a tese do duplo grau não possui grande aceitabilidade na doutrina e jurisprudência brasileiras, seguindo uma tendência dos países onde tal tese seria de possível aplicação.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com o término deste trabalho, espera-se ter dado uma panorama geral sobre o direito adquirido e as principais questões que o cercam. Como visto anteriormente, toda a problemática oriunda da irretroatividade da lei e de sua eficácia no tempo está intimamente ligada ao direito adquirido. Fez-se mister, para clarificar os conceitos a partir dos quais iríamos trabalhar, que abordássemos temas relativos aos princípios gerais de Direito e a própria História do Direito, tendo como escopo responder à algumas indagações fundamentais referentes ao presente objeto de estudo.

Dentre todas as questões abordadas, uma das que causou maiores dificuldades hermenêuticas foi a de descobrir até que ponto a expectativa de direito é protegida pela lei e a partir de que momento um direito pode ser considerado "adquirido". Respondeu-se afirmando que uma expectativa de direito somente produzirá efeitos no ordenamento jurídico quando todos os elementos necessários para a existência do direito já se encontrarem realizados ou em vias de serem, mesmo que estejam separados por um espaço de tempo. A lei considera direito adquirido aquele que, mesmo sem ainda possuir todos os seus componentes necessários para o seu efetivo usufruto pelo titular, já preenche uma série de requisitos mínimos capazes de permitir a sua aquisição por este.

revista pge - 61 - 2006.pmd 158 26/10/2006, 16:16

Quanto ao confronto entre direito adquirido e emendas constitucionais, após termos trazidos à luz o problema, optamos por uma posição por nós mesmos denominada "humanista".

Enfim, conclui-se na expectativa de que os objetivos iniciais tenham sido alcançados, os quais eram: problematizar acerca da eficácia da lei no tempo, dos limites ao poder de legislar e, sobretudo, das controvérsias existentes na doutrina quanto à conceituação de direito adquirido e seus reflexos no direito pátrio.

REFERÊNCIAS

BASTOS, Celso Ribeiro de. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Editora Saraiva, 1989

BATALHA, Wilson de Souza Campos. *Direito Intertemporal*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1980.

CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito Constitucional. *Coimbra: Almedina, 1992.*
DUGUIT, León. *Fundamentos do Direito*. Lisboa: Editora Inquérito, 1937.

_____. *Soberania y Libertad*. Buenos Aires: Editora Tor, 1943.

FERREIRA, Pinto. *Comentários à Constituição brasileira.* São Paulo: Editora Saraiva, 1989

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional.* São Paulo: Saraiva, 1981.

FRANÇA, Limongi. *A irretroatividade das leis e o Direito Adquirido*. São Paulo: Editora Saraiva, 2000.

_____. *Jurisprudência da irretroatividade e do Direito Adquirido*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

FREITAS, Juarez. *Interpretação Sistemática do Direito*. 3º edição. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. 'Abate-Teto' e Reforma Previdenciária, **Revista Interesse Público**, n. 24, Porto Alegre, 2004.

GABBA, C. F. *Teoria della retroativitá delle lege*. Torino: Unione, 1891.

GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1977.

revista pge - 61 - 2006.pmd 159 26/10/2006, 16:16

KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

_____. *Teoria Pura do Direito.* São Paulo: Martins Fontes, 1998.

MAXIMILIANO, Carlos. *Direito Intertemporal ou Teoria da Retroatividade das Leis.* São Paulo: Editora Freitas Bastos, 1946.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo.* São Paulo: Malheiros, 2002.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Lisboa: Coimbra Ed., 1997.

MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1946.* São Paulo: Editora M. Limoad, 1953.

_____. *Comentários à Constituição de 1967: com a Emenda nº 1, de 1969*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970.

MORAES, Alexandre de. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2002.

PACCHIONI, G. *Diritto Civile Italiano –Parte Prima.* Padova: CEDAM, 1937.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil.* Rio de Janeiro: Forense, 2004, 20ª edição.

RÁO, Vicente. *O Direito e a Vida dos Direitos*. São Paulo: Max Limonad, 1991.

ROUBIER, Paul. *Le droit transitoire (conflit des lois dans le temps)*, 2e éd., Paris: Dalloz et Sirey, 1960.

_____. *Théorie Générale du Droit.* Paris: Librairie du Recueil Sirey, 1952.

RUGGIERO, Roberto de. *Instituições de Direito Civil. Vol. I.* São Paulo: Bookseller, 1999.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais.* São Paulo : Malheiros, 2000.

IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA MULTA PREVISTA NOS ARTIGOS 461 E 461A DO C.P.C. CONTRA A FAZENDA PÚBLICA

Janaína Barbier Gonçalves*

INTRODUÇÃO.1 O PROCESSO CIVIL COMO UM INSTRUMENTO DE EFETIVA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. 1.1 O processo civil antes da Constituição de 1988. 1.2 A nova visão do processo civil após a Constituição de 1998. 1.3 O princípio da efetividade.1.4 O princípio do devido processo legal. 1.5 Necessidade de analisar-se proporcionalmente a efetividade x o devido processo legal. 2 A CRIAÇÃO DOS ARTIGOS 461 E 461A DO C.P.C. E A ADOÇÃO DE MECANISMOS DE COERÇÃO PARA GARANTIR A EFETIVIDADE DA TUTELA JURISIDICIONAL. 2.1 Tutela específica e mecanismos legais para a realização da obrigação. Artigo 461, parágrafos 4º. e 5º. 2.2 Breves considerações sobre a astreintes e o contempt of court. 2.3 A função técnica da coerção patrimonial. 2.4 A titularidade da multa. 3 APLICAÇÃO DA MULTA PREVISTA NO PARÁGRAFO 4º. DO ARTIGO 461 DO C.P.C. CONTRA A FAZENDA PÚBLICA. 3.1 Posição da doutrina e da jurisprudência pátria acerca do tema. 3.2 A ausência de razoabilidade do meio coercitivo na aplicação da multa contra a Fazenda Pública, em face da inexistência de pressão psicológica. 3.3 A ausência de efetividade das astreintes em desfavor da Fazenda Pública 3.4 A aplicação da multa contra a Fazenda Pública e a necessidade de fundamentação das decisões judiciais. O art. 93, IX, da CF/88 e o art. 165 do C.P.C.. CONCLUSÕES. REFERÊNCIAS JURISPRUDÊNCIA

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por escopo demonstrar a falta de razoabilidade e de efetividade no uso dos meios coercitivos patrimoniais contra a Fazenda Pública, pois a Administração, jungida à legalidade, nem sempre exibe condições de atender, prontamente, as chamadas "prestações positivas" que podem ser exigidas através dos artigos. 461 e 461A do CPC.

Inicialmente, faremos uma sucinta exposição do movimento pela efetividade da prestação jurisdicional e de sua aplicação no Processo Civil brasileiro em conformidade com o devido processo legal.

*Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Pelotas. Ex- integrante da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul. Procuradora do Estado do Rio Grande do Sul

revista pge - 61 - 2006.pmd 161 26/10/2006, 16:16

Num segundo momento, abordaremos à tutela específica, traçando breves definições dos institutos da *astreintes* e do *contempt of court,* analisando, ainda, a função técnica da coerção patrimonial e a titularidade da multa prevista no parágrafo § 4º. do artigo 461 do CPC.

Por fim, enfrentaremos a questão da aplicação da multa contra a Fazenda Pública, trazendo a posição doutrinária e jurisprudencial acerca do tema, e tecendo considerações sobre a ausência de razoabilidade e efetividade de seu emprego, bem como a ausência de fundamentação da decisão judicial que a contempla.

2 O PROCESSO CIVIL COMO UM INSTRUMENTO DE EFETIVA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL

2.1 O Processo Civil Brasileiro Antes da Constituição de 1988

O Código de Processo Civil brasileiro sofreu enorme influência dos grandes mestres do direito processual Enrico Tullio Liebman e Alfredo Buzaid, os quais influenciaram, ainda, várias gerações de processualistas brasileiros.

Cumpre destacar em poucas palavras o entendimento de Liebman, segundo o qual a função do juiz não é dar ordens às partes, mas sim declarar qual a situação existente entre elas de acordo com o direito vigente.

Assim, os processualistas brasileiros, seguidores de Liebman e Buzaid optaram pela classificação trinária das sentenças (constitutiva, declaratória e condenatória), refutando o reconhecimento dos efeitos mandamentais e executivos nas sentenças - imperium.

Colaciona-se a lição de Ovídio Baptista da Silva[1]: "temos de ter presente que o direito moderno utilizou-se, em sua formação, das fontes romanas dos últimos períodos de sua história, especialmente do direito romano justinianeo, perante o qual tornara-se mais acentuado a equivalência entre iurisdictio e declaração oficial do direito, com função de 'composição da lide', em oposição a imperium".

Nesta senda, o Código de Processo Civil de 1973 visualizou a jurisdição como mera declaração de direitos (actio), sem que qualquer tipo de ordem viesse a integrar o seu conteúdo (interdicto).

Ainda, segundo Ovídio Baptista da Silva, o processo civil brasileiro foi fortemente influenciado pelo racionalismo cartesiano, primando pela necessidade de certeza nos provimentos judiciais, o que o conduziu a uma estrutura que prevê infindáveis recursos às instâncias superiores, os quais acabam por tornar demasiadamente lenta a prestação jurisdicional.

[1] BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. **Jurisdição e execução na tradição romano-canônica.** 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977, p. 29.

revista pge - 61 - 2006.pmd 162 26/10/2006, 16:16

Leciona Ovídio Baptista da Silva[2]:

> [...] mostra-se decisivo, a herança racionalista, para a posterior formação da 'ciência' do processo civil, com o abandono dos juízos de probabilidade, porque, segundo Descartes, apenas as 'verdades claras e evidentes' poderiam ser aceitas pela ciência. Esta proposição do filósofo é esclarecedora: 'O primeiro preceito era o de jamais aceitar alguma coisa como verdadeira que não soubesse ser evidentemente como tal, isto é, de evitar cuidadosamente a precipitação e a prevenção, e de nada incluir em meus juízos que não se apresentasse tão clara e tão distintamente a meu espírito que eu não tivesse nenhuma chance de colocar em dúvida.

Em resumo, a prestação da jurisdição no Brasil, conforme a concepção original do Código de 1973, limitava-se a decisões judiciais que apenas declaravam a vontade da lei, sem nenhum poder de imperium e a um processo de condução lenta, marcado pela previsão excessiva de recursos que acabavam por torná-la, muitas vezes, inócua, sem efetividade.

2.2 A Nova Visão do Processo Civil após a Constituição de 1998

Nas duas últimas décadas, houve um abarrotamento do Poder Judiciário, fenômeno que ocorreu, entre outras causas, em decorrência do fim do período ditatorial com o advento da Constituição Federal de 1988, a qual previu uma série de direitos ao cidadão e de deveres ao Estado.

Além desse, vários fatores decorrentes das mudanças na sociedade levaram a população a procurar a guarida do Poder Judiciário para a solução de litígios que, em outra conjuntura política, econômica e social, não necessitariam de apreciação judicial.

Nessa esteira, o acúmulo de demandas judiciais aliado à estrutura prevista no Código de Processo Civil de 1973 acabou por tornar insustentável a morosidade na prestação da jurisdição, tornando habitual a ineficácia do provimento jurisdicional, fato que conduziu os operadores do direito a ansiarem por uma maior efetividade da prestação jurisdicional.

A prestação jurisdicional efetiva tornou-se uma necessidade premente para que os sujeitos reconheçam a legitimidade da fala da lei através de decisões aptas a realmente realizarem os seus direitos e não apenas através de decisões que os reconheçam, mas não os realizem.

Surgiu, então, um forte movimento doutrinário e também jurisprudencial que visa a realização efetiva do direito.

Carlos Alberto Alvaro de Oliveira[3], incansável defensor da efetividade no processo de conhecimento, bem assevera que só há direito quando este se

[2] BAPTISTA DA SILVA, **Jurisdição...,** p.132.

[3] OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. Efetividade e processo de conhecimento**. Revista da Faculdade de Direito da UFRGS,** Porto Alegre, v. 16, p. 7-19, 1999, p. 7

revista pge - 61 - 2006.pmd 163 26/10/2006, 16:16

manifesta na prática:

> Já o havia assinalado Rudolf von Jhering na grande obra que é o Espírito do Direito Romano (cito da 5. ed. alemã, de 1898, a 1. ed. data de 1858) -"O direito existe para se realizar. A realização é a vida e a verdade do direito, é o próprio direito. O que não se traduz em realidade, o que está apenas na lei, apenas no papel, é um direito meramente aparente, nada mais do que palavras vazias. Pelo contrário, o que se realiza como direito é o direito, mesmo quando não se encontre na lei e ainda que o povo e a ciência dele não tenham tomado consciência". - Assim é porque, sobretudo o direito como entidade prática, a determinação da "essência" não comprova a "existência": o direito não é o direito sem se manifestar na prática e como prática.

Neste sentido, também se manifesta BARBOSA MOREIRA[4]: "dir-se-á, então, que o processo funciona tanto melhor quanto mais se aproximar seu resultado prático daquele a que levaria a atuação espontânea do direito".

Na mesma linha, os Tribunais Pátrios vêm buscando imprimir maior efetividade ao processo, sendo inúmeras as decisões que homenageiam o princípio da efetividade.

Desta forma, ocorreu em relação ao processo civil brasileiro, uma verdadeira revolução, que levou o legislador a adaptar institutos seculares aos novos tipos de demandas que surgiram, a fim de se alcançar a efetiva jurisdição, entre os vários dispositivos legais que foram criados recentemente podemos citar os arts. 273, 461, 461[A] , todos do Código de Processo Civil e o art. 84 do Código de Defesa do Consumidor.

Tais institutos, visam dar maior efetividade ao processo através da antecipação de tutela e de tutelas específicas com relação às obrigações de dar e fazer, entre as quais mecanismos de coerção direta e indireta para o cumprimento das obrigações.

Sobre as tutelas diferenciadas nos ensina Humberto Theodoro Jr. [5]:

> Passou-se a divisar no processo, desde então, metas que iam além da simples composição dos litígios e que se comprometiam com as aspirações do **devido processo legal,** tanto no plano formal como no material. A missão do judiciário a ser cumprida por meio do processo, a partir de então, vinculou-se à preocupação de **efetividade,** ou seja, à perseguição de **resultados** que correspondessem à melhor e mais justa composição dos litígios. Foi, à luz dessa nova constatação, desse novo posicionamento institucional que se insinuou e se fez prevalecer a teoria das tutelas diferenciadas. Não era mais aceitável sujeitar os litigantes a poucos e inflexíveis procedimentos, um apenas para cada tipo de ação ou pretensão, que muitas vezes se apresentavam inconvenientes e

[4] BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Temas de direito processual civil**: 6ª. Série. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 215.
[5] THEODORO JÚNIOR, Humberto. Tutela específica das obrigações de fazer e não fazer. **Jus Navigandi,** Teresina, v. 6, n. 56, abr. 2002. Disponível em: <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2904>. Acesso em: 13 maio 2004.

revista pge - 61 - 2006.pmd 164 26/10/2006, 16:16

> incômodos como verdadeiras camisas-de-força para partes e juízes. Nesse sentido, as tutelas diferenciadas se prestam a valorizar o moderno **processo de resultados,** onde o compromisso maior da jurisdição é com a efetividade da prestação posta à disposição do litigante.

Passada um breve noção acerca da evolução do direito processual nas últimas duas décadas, passa-se a tecer concisos apontamentos sobre os princípios da efetividade e do devido processo legal.

2.3 O Princípio da Efetividade

Inicialmente, não se pode deixar de asseverar que o ideal do processo efetivo já era defendido, muito antes da citada evolução do processo civil brasileiro, por Chiovenda, o qual, segundo Humberto Theodoro Júnior. [6]: "[...] já preconizava que o ideal do processo deveria ser dar a quem tem direito, quanto possível, e de forma prática, tudo aquilo e exatamente aquilo que tivesse direito, segundo a obrigação do devedor ".

E continua o processualista brasileiro a discorrer sobre Chiovenda[7]: "o sonho de Chiovenda, tão contestado a seu tempo, acabou por se transformar em regra expressa dos Códigos de Processo Civil do Século XX, no primeiro grande impulso dado na direção de consagrar a função instrumental do processo e de valorizar a efetividade da prestação jurisdicional".

No Brasil, consoante já foi aduzido em concisa abordagem nas linhas precedentes, há um grande movimento em prol da efetividade da prestação jurisdicional, movimento este que nasceu em face da necessidade de se outorgar às partes a realização de seus direitos e não apenas o seu reconhecimento.

Outrossim, o movimento pela efetividade das decisões judiciais visa também garantir a credibilidade do Poder Judiciário, uma vez que esta se encontrava e ainda se encontra abalada pela demora na prestação da tutela jurisdicional e também pelo desrespeito das partes em cumprir os provimentos judiciais.

Luiz Guilherme Marinoni[8], nos ensina que o direito a uma tutela jurisdicional efetiva é um direito fundamental previsto na Carta Magna de 1988:

> O art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, afirma que "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito". Entende-se que essa norma garante a todos o direito a uma prestação jurisdicional efetiva. A sua importância, dentro da estrutura do Estado Democrático de Direito, é de fácil assimilação. É sabido que o Estado, após proibir a autotutela, assumiu o monopólio da jurisdição. Como contrapartida dessa proibição,

[6] Ibidem.
[7] THEODORO JÚNIOR, Tutela específica...
[8] MARINONI, Luiz Guilherme. O direito à tutela jurisdicional efetiva na perspectiva da teoria dos direitos fundamentais. **Jus Navigandi**, Teresina, v. 8, n. 378, 20 jul. 2004. Disponível em: <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=5281>. Acesso em: 30 out. 2004

revista pge - 61 - 2006.pmd 165 26/10/2006, 16:16

> conferiu aos particulares o direito de ação, até bem pouco tempo compreendido como direito à solução do mérito. A concepção de direito de ação como direito a sentença de mérito não poderia ter vida muito longa, uma vez que o julgamento do mérito somente tem importância – como deveria ser óbvio – se o direito material envolvido no litígio for realizado - além de reconhecido pelo Estado-Juiz. Nesse sentido, o direito à sentença deve ser visto como direito ao provimento e aos meios executivos capazes de dar efetividade ao direito substancial, o que significa direito à efetividade em sentido estrito.

Estando, portanto, a efetividade inserida no rol constitucional das garantias individuais, o questionamento que parece ser oportuno é aquele sobre até que ponto se pode priorizar o princípio da efetividade em detrimento do princípio do devido processo legal, considerando-se que ambos os princípios foram elevados a categoria de garantias individuais pela Carta Magna.

Tal questão é de suma relevância, sob pena de aplicarmos o princípio da efetividade apenas sobre o prisma da rápida solução dos litígios, restando olvidada a efetiva prestação da Justiça, podendo haver até mesmo a desconsideração do devido processo legal, com a entrega aos jurisdicionados de uma prestação célere, porém injusta.

Neste diapasão, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira[9], demonstra preocupação com a efetividade indiferente a justiça, ou seja, com a efetividade vista somente como uma solução rápida para os litígios, como um fim em si mesmo e não como um meio para a realização da justiça:

> A questão que se coloca em semelhante contexto é se realmente se mostra desejável esse tipo de efetividade, indiferente à justiça, que conduz a uma negativa contraposição entre utilitarismo e justiça na medida em que a relativiza em função da performance , a transformar o juiz em burocrata, assimilando as funções executiva e judicial. A nosso entender a efetividade só se revela virtuosa se não colocar no limbo outros valores importantes do processo, a começar pela Justiça, mas não só por este. Justiça no processo significa exercício da função jurisdicional de conformidade com os valores e princípios normativos conformadores do processo justo em determinada sociedade (imparcialidade e independência do órgão judicial, contraditório, ampla defesa, igualdade formal e material das partes, juiz natural, motivação, publicidade das audiências, término do processo em tempo razoável, direito à prova).

De outra banda, em que pese a indubitável necessidade de se imprimir maior efetividade ao processo, e a festejada criação de mecanismos legais para implementá-la, também não se pode tolerar que seja realizada a efetivação do direito da parte a qualquer preço, ou seja, deve-se submeter à crítica a forma

[9] OLIVEIRA, Efetividade..., p. 8-9.

revista pge - 61 - 2006.pmd 166 26/10/2006, 16:16

como esses mecanismos vem sendo utilizados pelo Poder Judiciário, através de debates, que não podem de forma alguma ser sobrestados, sob pena de se criar a ditadura judicial, com magistrados dotados de poderes ilimitados, atuando sob a bandeira da justiça efetiva, prestando, porém a justiça com evidente desconsideração do devido processo legal, o qual passaremos a analisar.

2.4 O Princípio do Devido Processo Legal

Analisando-se a doutrina brasileira e a experiência jurisprudencial norte-americana verifica-se uma tendência de se evitar um conceito específico do devido processo legal, havendo apenas a certeza de que este é decisivo para assegurar os direitos da população.

Ada Pellegrini Grinover[10] aduz que "justiça, irrepreensibilidade, 'due process of law' são conceitos históricos e relativos, cujo conteúdo pode variar de acordo com a evolução da consciência jurídica e política de um pais".

Em síntese, em que pese não possa ser conceituado de forma precisa, é uníssono na doutrina que a garantia do devido processo legal diz respeito aos princípios da igualdade, da legalidade e da supremacia da Constituição, sendo indispensável a sua observação em um estado democrático de direito.

Modernamente, o princípio do devido processo legal é analisado em face do seu caráter processual e de seu caráter substancial.

O devido processo legal processual ou procedimental está insculpido na Constituição Federal brasileira em art. 5º., inc. LIV, e expressa a indispensabilidade de todas as garantias e exigências inerentes ao processo, de forma que ninguém poderá ser atingido por atos sem a realização de mecanismos previamente definidos na lei.

Já o devido processo legal substancial, que surgiu em 1798 no julgamento de um caso concreto pela Suprema Corte norte-americana, no qual foi reconhecido que os atos normativos, sejam eles legislativos ou administrativos, que violarem direitos fundamentais, ofendem o devido

processo legal e estão sujeitos à declaração de nulidade pelo Poder Judiciário, caracteriza-se na atualidade como uma garantia que estabelece uma legítima limitação ao poder estatal como um todo (executivo, legislativo e judiciário), possibilitando a declaração de ilegitimidade de leis, atos e decisões que violem o regime democrático.

O devido processo legal significa, em seu sentido substancial, no sentir de Cândido Rangel Dinamarco[11]: "proclamar a autolimitação do Estado no exercício da própria jurisdição, no sentido de que a promessa de exercê-la será cumprida com as limitações contidas nas demais garantias e exigências, sempre segundo os padrões democráticos da República brasileira".

[10] GRINOVER, ADA PELLEGRINI. **As garantias constitucionais do direito de ação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973, p. 34.

[11] DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 94.

revista pge - 61 - 2006.pmd 167 26/10/2006, 16:16

Em suma, o devido processo legal, considerado em seu aspecto formal e substancial, controla a forma e a substância do ato, sendo um instrumento do Estado democrático de direito, não permitindo a violação ilegítima dos direitos de qualquer homem sem um processo previamente estabelecido e com possibilidade de ampla participação, e representando a harmonização de todos os demais princípios e garantias, atingindo atos administrativos, legislativos e judiciais.

Por fim, destaca-se a lição de Cintra, Grinover e Dinamarco[12], acerca do princípio do devido processo legal: "o devido processo legal, como princípio constitucional, significa o conjunto de garantias de ordem constitucional, que de um lado asseguram às partes o exercício de suas faculdades e poderes de natureza processual e, de outro, legitimam a própria função jurisdicional".

2.5 Necessidade de se Analisar Proporcionalmente a Efetividade x o Devido Processo Legal

Lançadas brevemente as premissas necessárias à compreensão da dimensão dos princípios da efetividade e *do due process of law* no processo civil brasileiro, cumpre tecer algumas considerações acerca da necessidade de sua aplicação harmoniosa.

Assim, é essencial estabelecer um ponto de convergência entre os princípios da efetividade e do devido processo legal, como direitos fundamentais que são, através da utilização do princípio da proporcionalidade, instituto bastante estudado e utilizado na Alemanha, principalmente nas decisões do Tribunal constitucional germânico, e que passou a ser largamente difundido pela doutrina nacional, bem como pelos tribunais nacionais, notadamente o Supremo Tribunal Federal, apesar de não estar expressamente previsto no texto constitucional.

Para uma maior compreensão do tema, é importante consignar na esteira do pensamento de Dworkim e Canotilho, que os princípios são espécies do gênero norma jurídica, assim como as regras, diferenciando-se estas daqueles pelo nível de detalhamento ao regular determinadas situações, bem como pela forma de aplicação aos casos concretos submetidos a apreciação do poder judiciário, reafirmando que, enquanto as regras são aplicadas segundo uma juízo de exclusão uma das outras, os princípios devem ser sopesados para que a opção por uma não retire absolutamente a aplicação do outro, devendo se empreender esforços no sentido de conservar o núcleo essencial de todos os princípios envolvidos no caso concreto.

Sobre a definição de princípios, cita-se Celso Antônio Bandeira de Mello[13]:

[12] ARAÚJO CINTRA, Antônio Carlos de; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo.** 14. ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 56.

[13] MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Elementos de direito administrativo.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981, p. 230.

revista pge - 61 - 2006.pmd 168 26/10/2006, 16:16

> Princípio é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para a sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a intelecção das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo.

Então, o princípio da efetividade e o princípio do devido processo legal, como direitos fundamentais, em face da carga axiológica neles inseridas, limitam-se reciprocamente, ou seja, ora um prevalecerá em detrimento do outro, ora ocorrerá o contrário.

Assim, tem-se que o princípio da efetividade e o princípio do devido processo legal, não são absolutos, tendo em vista que se limitam entre si, de forma que podem ser limitados pelo legislador infraconstitucional e pelo aplicador do direito, desde que a limitação seja para preservar um outro direito fundamental.

Consigna-se que na colisão de direitos fundamentais, o legislador poderá, desde que o faça com base no princípio da proporcionalidade, limitar um direito fundamental, visando dar maior efetividade a outro direito fundamental, entretanto, o núcleo essencial do princípio limitado não poderá ser atingido.

Nessa esteira, deve-se se ter em mente que as normas legais criadas nas últimas duas décadas e que visam dar maior efetividade ao processo, entre elas os arts. 273, 461 e 461A do CPC, foram com certeza criadas com base no princípio da proporcionalidade e com o intuito de harmonizar a efetividade e o devido processo legal, e não com o intuito de sobresta-lo.

Ante tudo que já foi sumariamente exposto no estudo, não se pode admitir que em nome da efetividade do processo, por exemplo, seja afastado o contraditório e a ampla defesa, ou até mesmo a motivação das decisões, pois ao magistrado cumpre aplicar os supracitados dispositivos legais baseado no implemento das condições neles previstas e alicerçado no devido processo legal.

No caso do art. 273, o juiz deverá indicar de modo claro e explícito as razões de seu convencimento, havendo previsão expressa de: 1) necessidade de prova inequívoca; 2) verossimilhança da alegação; 3) fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, ou fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu. Já no caso do art. 461, a lei prevê a concessão liminar da tutela desde que seja relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final.

Em ambas as hipóteses de concessão de liminar aqui registradas há necessidade de demonstração, ainda que sumária, do direito do autor e de fundamentação da decisão que defere a liminar.

revista pge - 61 - 2006.pmd 169 26/10/2006, 16:16

Nesta linha, o espírito do legislador ao editar as leis 8.952/94 e 10.444/02 não foi o de dar maior primazia à efetividade em detrimento do devido processo legal, mas sim de coaduná-los a serviço de uma prestação jurisdicional realmente eficaz e de acordo com o procedimento legal, de maneira que ao juiz, que agora dispõe de meios legais para tornar a sua prestação jurisdicional efetiva, cabe aplicar a letra da lei ao caso concreto, mas sem deixar de lado os princípios esculpidos na Constituição Federal e no Código de Processo Civil, que visam o *due process of law,* quais sejam, juiz natural, igualdade, contraditório, publicidade e motivação das decisões.

3 A CRIAÇÃO DOS ARTIGOS 461 E 461A DO C.P.C. E A ADOÇÃO DE MECANISMOS DE COERÇÃO PARA GARANTIR A EFETIVIDADE DA TUTELA JURISIDICIONAL

3.1 Tutela Específica e Mecanismos Legais para a Realização da Obrigação. Artigo 461, parágrafos 4º e 5º

Conforme já foi abordado no início deste trabalho, há partir do movimento doutrinário e jurisprudencial pela efetividade no processo acabaram sendo introduzidos no Código de Processo Civil de 1973 alguns dispositivos que visam assegurar o cumprimento das obrigação de fazer, não fazer e de dar, entre eles, os institutos previstos nos artigos 461 e 461A do CPC, os quais foram inseridos pelas Leis 8.952/94 e 10.444/02.

Antes da edição das normas supracitadas, em caso de descumprimento de uma obrigação de fazer ou não fazer, o credor não tinha outra alternativa, senão propor ação ordinária de preceito cominatório, nos termos do artigo 287 do Código de Processo Civil, com o intuito de obter a condenação do requerido ao cumprimento da obrigação de fazer ou não fazer inadimplida, mediante a imposição na sentença de multa, a qual teria que ser posteriormente executada na forma dos artigos 632 e 645 do mesmo diploma.

Modernamente, com o advento da tutela específica das obrigações de fazer ou não fazer, foram criadas regras importantes em prol da prestação efetiva da tutela jurisdicional, entre as quais: a possibilidade de concessão de medida liminar, a imposição de multa diária para assegurar o cumprimento da medida liminar e da sentença, a fixação de tempo razoável para o cumprimento do preceito, a busca e apreensão, a remoção de pessoas e coisas, o desfazimento de obras, o impedimento de atividade nociva e a requisição de força policial.

As referidas medidas, previstas nos parágrafos 4º e 5º do artigo 461 do C.P.C., podem ser determinadas pelo magistrado independentemente de requerimento da parte autora.

O que se deve ter em mente, é que o instituto da tutela específica das obrigações de fazer, não fazer e dar, busca garantir, sempre que possível e desejável, a execução específica da obrigação através da obtenção de resultado

revista pge - 61 - 2006.pmd 170 26/10/2006, 16:16

idêntico ao que se obteria se esta tivesse sido adimplida de forma espontânea pelo devedor, reservando a conversão da prestação em perdas e danos somente às hipóteses de requerimento pelo autor ou se impossível a tutela específica ou a obtenção do resultado prático correspondente.

Sobre a tutela específica manifesta-se Cândido Rangel Dinamarco[14]: "proporciona ao sujeito o próprio bem a que tinha direito".

Ainda, segundo o sentir de Marinoni [15]: "indica que a intenção do legislador foi a de criar uma ação em que o conhecimento e a execução se misturam, e na qual é viável a tutela do direito independentemente do ajuizamento da ação de execução."

Também colaciona-se o entendimento de Barbosa Moreira[16], segundo o qual: "a tutela específica é o conjunto de remédios e providências tendentes a proporcionar àquele (ou àqueles), em cujo benefício se estabeleceu a obrigação, o preciso resultado prático atingível por meio do adimplemento, isto é, a não violação do direito ou do interesse tutelado."

Sobre o tema, ainda vale citar Kazuo Watanabe[17]:

> [...] o legislador deixa claro que, na obtenção da tutela específica da obrigação de fazer ou não fazer, o que importa, mais do que a conduta do devedor, é o resultado prático assegurado pelo direito. E para a obtenção dele, o juiz deverá determinar todas as providências e medidas legais adequadas ao seu alcance, inclusive, se necessário, a modificação do mundo fático, por ato próprio e de seus auxiliares, para conformá-lo a comando emergente da sentença.

Ainda, é importante colacionar o sentir de Flavio Cheim Jorge e Marcelo Abelha Rodrigues[18], que diferenciam a tutela específica em tutela em sentido estrito e tutela em sentido lato:

> Entretanto, os efeitos do adimplemento podem ser alcançados de duas formas: por conduta do próprio obrigado, ou por mecanismos que possam substituir a sua conduta. No primeiro caso, temos a tutela específica no sentido estrito do termo, uma vez que houve inteira identidade entre o resultado do processo e o da obrigação anterior a ele. Já no segundo caso temos o que o dispositivo denominou de resultado prático equivalente.[...] Portanto, não pode ser olvidado que o resultado prático equivalente é forma de tutela específica em sentido lato.

---

[14] DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. São Paulo: Malheiros, 2001, v.1, p. 154.
[15] MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela específica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 77.
[16] BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A tutela específica do credor nas obrigações negativas. In TEMAS de direito processual: 2ª série. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 31.
[17] WATANABE, Kazuo et al. **Código brasileiro de defesa do consumidor**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1992, p. 524.
[18] JORGE, Flávio Cheim; RODRIGUES, Marcelo Abelha. Tutela específica do art. 461 do CPC e o processo de execução. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; SHIMURA, Sergio (Coord.) **Processo de execução.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, v. 2, p. 366-367.

revista pge - 61 - 2006.pmd 171 26/10/2006, 16:16

Tecida uma noção de tutela específica, cabe, também, analisar sumariamente os mecanismos criados pelo legislador para oportunizar a realização efetiva das obrigações tuteladas pelo artigo 461, do CPC, para tanto cumpre distinguir o procedimento a ser adotado em se tratando de obrigações fungíveis e obrigações infungíveis.

Ao se deparar com a propositura de ação que visa o cumprimento de obrigações fungíveis, o juiz poderá se valer de mecanismos de coerção patrimonial e de mecanismos sub-rogatórios[19], isto porque a prestação pode ser obtida tanto por obra do credor como por obra de terceiro, cabendo ao inadimplente suportar os ônus financeiros da obtenção do resultado prático equivalente ao do cumprimento voluntário da obrigação.

Cabe registrar, que em que pese serem as providências previstas no parágrafo 5º do art. 461 meramente exemplificativas, o que se apreende à sua simples leitura, o poder do magistrado de fixá-las não é ilimitado, não recebendo guarida em nosso sistema legal, a utilização de meios coercitivos pessoais. Nesse sentido preleciona Eduardo Talamini.[20]

De outra banda, em caso de obrigações infungíveis, ou seja, aquelas que só podem ser prestadas por uma pessoa específica, não se considerando apenas o resultado da prestação, mas sim quem irá realizá-lo, o magistrado só poderá se valer de meios de coerção patrimonial com o objetivo de coagir o devedor a cumpri-las, não sendo possível a adoção de meios sub-rogatórios. Assim, se o demandado, diante da aplicação de multa diária, se abster de cumprir a obrigação só caberá a conversão da obrigação ao pagamento de indenização por perdas e danos, ressalvado o direito de cobrança do valor relativo a *astreintes* fixada.

Sobre o emprego de meios coercitivos patrimoniais e de meios sub-rogatórios, como medidas assecuratórias da prestação efetiva da tutela, exprimi-se Humberto Theodoro Jr.[21]:

> A mais enérgica medida para agir sobre o ânimo do devedor, é sem dúvida, a sanção pecuniária, a multa. Esta pode ser cominada tanto no caso das obrigações infungíveis como das obrigações fungíveis, com uma diferença, porém: a) se se tratar de obrigação infungível, não substituirá a prestação devida, porque a astreinte não tem caráter indenizatório. Não cumprida a obrigação personalíssima, mesmo com a imposição de multa diária, o devedor afinal ficará sujeito ao pagamento tanto da multa como das perdas e danos; b) se o caso for de obrigação fungível, a multa continuará mantendo seu caráter de medida coertiva, isto é, meio de forçar a

[19] Vide parágrafos 4º e 5º,do art. 461, do C.P.C.

[20] vide TALAMINI, Eduardo. **Tutela relativas aos deveres de fazer e de não fazer:** CPC, art. 461; CDC, art. 84. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 296-298. "A vedação da prisão civil não impede que o infrator da ordem judicial cometa crime de desobediência e, assim, eventualmente, venha a ser preso segundo as regras do direito penal. O que não se admite é o juiz cível usar a prisão diretamente como expediente de execução civil." Em sentido contrário, vide MARANHÃO, Clayton. Tutela específica das obrigações de fazer e de não fazer. In: MARINONI, Luiz Guilherme; DIDIER JÚNIOR, Fredie (Coord.) **A Segunda etapa da reforma processual civil.** São Paulo: Malheiros, 2001, p. 129.

[21] THEODORO JÚNIOR, Tutela específica...

revista pge - 61 - 2006.pmd 172 26/10/2006, 16:16

> realização da prestação pelo próprio devedor, mas não excluirá a aplicação dos atos executivos que, afinal, proporcionarão ao credor a exata prestação a que tem direito, com ou sem a colaboração pessoal do inadimplente.

Nesta senda, a realização das obrigações de fazer, não fazer e de dar pela via judicial assegurada no Código de Processo Civil pátrio, tem por objetivo a valorização da tutela específica, ainda quando a obrigação de fazer for infungível.

3.2 Breves Considerações Sobre *Astreintes* e *Contempt of Court*

A *astreintes* é de origem francesa, sendo uma criação jurisprudencial dos Tribunais da França, em virtude da adoção pelo Código Civil francês do adágio *nemo potest cogi ad factum,* ou seja, pela vedação ao emprego de constrições pessoais nas obrigações de fazer. [22]

O instituto nascido nos pretórios franceses foi adotado em diversos países, inclusive no Brasil.

Segundo a lição de Mendonça Lima correspondem: "a uma coação de caráter econômico, no sentido de influírem no ânimo do devedor, psicologicamente, para que cumpre a prestação de que se está esquivando".[23]

Inicialmente foi refutada pela comunidade doutrinária internacional, porque não estava prevista na letra lei, entretanto foi sendo aos poucos acolhida pelos doutrinadores e demais operadores do direito, até que, no Brasil, foi inserida em diploma legal.[24]

Atualmente, encontra-se enraizada no direito brasileiro no tocante às obrigações de fazer, não fazer e de dar.

O objetivo dessa medida é o de compelir o cumprimento da obrigação determinada pela lei, ou seja, dar efetividade à decisão judicial, e não ao pagamento da multa, razão pela qual muitos doutrinadores defendem que esta deve ser fixada em um patamar elevado, de forma a desestimular o descumprimento da obrigação. Neste sentido posicionam, entre outros, Nelson Nery Jr. e Luiz Guilherme Marinoni.

Já o *contempt of court*, nasceu na Inglaterra, onde há muito tempo vem sendo aplicado com o intuito de coibir atos atentatórios à dignidade da justiça.

Segundo Araken de Assis[25]:

> O poder do contempt of court, reconhecido aos órgãos judiciários, nesses países, consiste no meio de coagir à cooperação, ainda que de modo indireto, através da aplicação de sanções às pessoas sujeitas à jurisdição. Pode-se definir o contempt of court como

[22] A este respeito, nos ensina ARAKEN DE ASSIS, em seu Manual do Processo de Execução, pág.: 545.
[23] LIMA, Alcides de Mendonça. In: ENCICLOPÉDIA Saraiva de Direito. São Paulo: Saraiva, 1977, v. 8, p. 353.
[24] *vide* arts. 287, 461 e 461A do Código de Processo Civil brasileiro.
[25] ASSIS, Araken de. O *contempt of court* no direito brasileiro. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 28, n. 111, p. 18-37, jul./set. 2003, p. 18-20.

revista pge - 61 - 2006.pmd 173 26/10/2006, 16:16

> ofensa ao órgão judiciário ou à pessoa do juiz, que recebeu o poder de julgar do povo, comportando-se a parte conforme suas conveniências, sem respeitar a ordem emanada da autoridade judicial.

No Brasil, recentemente foi introduzido pela Lei 10.358/01, o inciso V no art. 14 do Código de Processo Civil, o qual prevê hipótese de violação de dever, e se aproxima do instituto do *contempt of court.*

Cumpre observar, que a *astreintes* e o *contempt of court* são institutos distintos, em que pese visarem dar efetividade à tutela jurisdicional, uma vez que segundo grande parte da doutrina este busca preservar a dignidade da justiça, enquanto aquele pretende coagir psicologicamente o devedor para cumprir a obrigação.

3.3 A Função Técnica da Coerção Patrimonial

A nosso ver, a *astreintes é* um instrumento contratual e judicial para coagir psicologicamente aquele que está obrigado a cumprir uma obrigação e se nega a fazê-lo.

Neste mesmo sentido cita-se Flavio Cheim Jorge E Marcelo Abelha Rodrigues: "a denominada astreinte, inspirada no direito francês e no instituto do contempt of court do ordenamento anglo saxão, é forma de coerção psicológica do executado, atuando de forma a pressioná-lo a cumprir a obrigação específica.".[26] Aduzem, estes autores, que Nelson Nery Jr., Cândido Rangel Dinamarco e Ada Pellegrini Grinover também comungam do entendimento de que a *astreintes é* uma forma de coerção psicológica do demandado.

Nesta mesma linha, ensina Spadoni[27]: "representa vigoroso meio coercitivo de caráter patrimonial, destinado a pressionar a vontade do réu para que ele cumpra o mandamento juridicional. Através da multa diária, impõe-se ao sujeito passivo a ameaça de ser obrigado a pagar um valor pecuniário, cumulável dia a dia, em caso de recalcitrância no cumprimento da ordem judicial".

Ainda, de acordo com Humberto Theodoro Jr.[28] a multa é um meio de coação:

> Além da execução por terceiro, que é objeto próprio do processo de execução, o direito moderno criou a possibilidade de coagir o devedor das obrigações de fazer e não fazer a cumprir as prestações a seu cargo mediante a imposição de multas. Respeitada a intangibilidade corporal do devedor, criam-se, dessa forma, forças morais e econômicas de coação para convencer o inadimplente a realizar pessoalmente a prestação pactuada.

[26] JORGE; RODRIGUES, Tutela específica..., p. 371.
[27] SPADONI, Joaquim Felipe. **Ação inibitória:** a ação preventiva Prevista no art. 461 do CPC. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, n. 7.3.1, p.166.
[28] THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Processo de execução**. 21. ed. São Paulo: Universitária de Direito, 2002, p. 259.

revista pge - 61 - 2006.pmd 174 26/10/2006, 16:16

Sobre o caráter de coação da multa cominatória, cita-se a seguinte decisão do Superior Tribunal de Justiça[29]:

> Trata-se de empresa condenada a se abster da prática de atos considerados como concorrência desleal, pois havia pacto de abstenção de concorrência por cinco anos e, ainda, multa diária por eventual desobediência. Mas o Tribunal a quo, ao reduzir o quantum da multa, fixou-a a partir da data da citação, por aplicação do art. 645 do CPC. Prosseguindo o julgamento, a Turma proveu o recurso ao fundamento de que essa multa não possui caráter compensatório, mas cominatório, o que atrai a incidência do art. 287 do CPC, o qual identifica o termo inicial de incidência da multa à data do descumprimento da sentença ou decisão proferida em tutela antecipada. Ressaltou-se que a multa cominatória tem como objetivo coagir o devedor ao cumprimento da obrigação de não fazer reconhecida em sentença ou tutela antecipada; não busca ressarcir o credor pelos danos sofridos. Para esses cabe a condenação em danos materiais como, no caso, requerido e concedido.

Logo, lastreando-se no entendimento dos abalizados doutrinadores supracitados, não se pode chegar a conclusão que seja diversa do entendimento de que a função técnica da multa cominatória (*astreintes)* é a de coagir psicologicamente o inadimplente a cumprir a obrigação a que está obrigado em virtude de contrato, lei ou decisão judicial.

3.4 A Titularidade da Multa Prevista no Art. 461 do C.P.C.

Uma questão que merece concisos apontamentos, em que pese já haja consolidada posição doutrinária e jurisprudencial a respeito, é a titularidade da multa prevista no parágrafo 4º. do art. 461 do Código de Processo Civil.

No Brasil, o entendimento que predomina entre os operadores do direito é que a *astreintes* deverá reverter em favor do autor da demanda.

Entretanto, em que pese os notáveis autores que se manifestam nesse sentido, entende-se que a multa, na esteira do direito alemão, deveria reverter ao Estado, uma vez que, segundo a doutrina dominante, não tem finalidade de ressarcimento do autor da demanda, mas sim de coibir o descumprimento da obrigação.

Na forma como está prevista no diploma processual, a *astreintes* configura um instrumento de apoio para que o judiciário possa forçar o cumprimento da obrigação, visa preservar as decisões judiciais, bem como assegurar a sua efetividade.

Deve-se frisar, que a multa não é de nenhuma forma um instrumento de ressarcimento, tanto que o art. 461 do CPC prevê a possibilidade de conversão

[29] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 351.474-SP. Relator: Min. Humberto Gomes de Barros julgado em 23 mar. 2004. **Informativo do STJ**, n. 203-204.

revista pge - 61 - 2006.pmd 175 26/10/2006, 16:16

do cumprimento da obrigação ao pagamento de indenização por perdas e danos.

Por esse motivo, não está jungida ao direito subjetivo da parte, o qual deve ficar limitado ao cumprimento da obrigação ou ao resultado equivalente, e em último caso ao pagamento de indenização por perdas e danos.

Aduz Barbosa Moreira[30] ao comentar a titularidade da multa prevista segundo a antiga redação do art. 644: "já que ela não tem caráter ressarcitório, mas visa assegurar a eficácia prática da condenação, constante de ato judicial, não parece razoável que o produto da aplicação seja entregue ao credor, em vez de ser recolhido aos cofres públicos."

No mesmo sentido, transcreve-se o sentir de Clayton Maranhão[31]:

> Por fim, uma última palavra relativamente à dupla função da multa cominatória: a primeira delas sobretudo ligada à efetividade da jurisdição, como procuramos demonstrar ao longo deste trabalho, e a segunda, não menos importante, como técnica de coerção da vontade do obrigado.
> Mas, se a função primeira da multa é garantir o respeito às ordens emanadas do Poder Judiciário, evidente que o descumprimento do obrigado não deve ensejar que o produto da execução paralela da multa deva reverter para o credor. Aliás, penso, este é um dos motivos pelos quais a multa não tem sido levada a sério pela jurisprudência. Mas, se o produto reverte para o Estado, através de um fundo, por exemplo, o argumento do enriquecimento indevido do credor, que já era utilizado nas origens da astreinte, será um obstáculo a menos para a efetividade da tutela das prestações de fazer e de não fazer materialmente infungíveis.

Ora, ao se admitir que o autor receba o valor relativo a *astreinte* se está albergando, caso o demandado também seja condenado ao pagamento de indenização por perdas e danos, a dupla indenização ao credor.

Ademais, se a multa pequena nenhum efeito produz, sendo necessária fixá-la em patamar suficientemente alto para coagir o devedor, chegar-se-á a situação em que o credor irá preferir o maior atraso possível no cumprimento da obrigação, com a finalidade de obter a maior prestação pecuniária.

Sobre o enriquecimento sem causa do credor da obrigação destaca-se a posição de Marcos Bittencourt Fowler[32]:

> O beneficiário da multa no Direito Brasileiro é o credor, dentro da concepção de que é o maior prejudicado com a atitude do devedor. Todavia, como visto acima, assim não deveria ser, já que se destina a tornar efetivos os pronunciamentos judiciais e pode provocar o

[30] BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O processo civil brasileiro: uma apresentação. In TEMAS de direito processual civil: 5ª série. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 14.
[31] MARANHÃO, Tutela específica..., p. 132.
[32] FOWLER, Marcos Bittencourt. A (Re)reforma do Art. 461 do código de processo civil: a multa e seus problemas. In: MARINONI, Luiz Guilherme; DIDIER JÚNIOR, Fredie (Coord.) **A Segunda etapa da reforma processual civil.** São Paulo: Malheiros, 2001, p. 202-203.

revista pge - 61 - 2006.pmd 176 26/10/2006, 16:16

> enriquecimento sem causa do beneficiário.
> Como nenhuma razão dá suporte resistente a essa solução, muitas vezes são geradas confusões entre o conteúdo específico da obrigação, a conversão do seu montante em perdas e danos e a multa fixada para o desatendimento da ordem judicial. A possibilidade de cumulação desses valores pode originar somas exorbitantes, as quais nada fez por merecer o credor. Apenas o recebimento tardio não tem o condão de justificar esse benefício.

Assim, o entendimento que hoje predomina não se mostra coerente com a norma estatuída no parágrafo 4º. do art. 461, até mesmo porque esta pode ser imputada ao devedor de ofício pelo magistrado, o que reforça o seu caráter de instrumento de coerção para o cumprimento da obrigação.

Também Marcelo Lima Guerra[33], em sua obra Execução Indireta, manifesta-se no sentido de que a multa deve reverter em favor do Estado.

Ainda, Juvêncio Vasconcelos Viana[34], afirma que:

> Consideradas a natureza não ressarcitória e a finalidade da multa como medida moralizante e assecuratória do cumprimento das ordens da Corte, extrai-se que tal conclusão soa incoerente. A multa deveria ir, portanto, para a pessoa jurídica de Direito Público à qual pertença o órgão judicial que fixou e aplicou a multa diária e que teve sua determinação descumprida.

Consigna-se que no direito alemão a multa é atribuída integralmente ao Estado; em consonância com o entendimento aqui esposado, já em Portugal e na França a multa é dividida entre o credor e o Estado, enquanto na Argentina é destinada somente ao credor[35].

Aliás, no Brasil temos o caso da multa prevista no art. 14, parágrafo único, do C.P.C. que tem por objetivo punir os atos atentatórios ao exercício da jurisdição e que reverte, segundo previsão legal, em favor do Estado.

Na mesma linha, até mesmo por analogia ao diploma supracitado, a *astreintes* prevista no art. 461 do CPC deve reverter em favor da pessoa jurídica de Direito Público à qual pertença o órgão judicial que a fixou, uma vez que são um instrumento legal colocado a disposição do juiz, pelo legislador, a fim de que seja assegurada a efetiva prestação jurisdicional.

Neste caso, deve-se ainda considerar que a aplicação de multa a mesma pessoa jurídica a qual integra o Magistrado, acabaria por conduzir ao instituto da confusão previsto no art. 381 do novo Código Civil, ou seja, a Fazenda seria ao mesmo tempo credora e devedora da multa. Tal fato, ao nosso ver, parece reforçar a inaplicabilidade da multa contra a Fazenda Pública.

---

[33] GUERRA, Marcelo Lima. **Execução indireta.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.
[34] VIANA, Juvêncio Vasconcelos. Tutela específica. **Revista Dialética de Direito Processual**, São Paulo, v. 3, p. 35-48, 2003, p. 43
[35] vide FOWLER, A (re)reforma..., p. 203.

revista pge - 61 - 2006.pmd 177 26/10/2006, 16:16

4 APLICAÇÃO DA MULTA PREVISTA NO PARÁGRAFO 4º. DO ARTIGO 461 DO C.P.C. CONTRA A FAZENDA PÚBLICA

4.1 Posição da Doutrina e da Jurisprudência Pátria Acerca do Tema

Atualmente no Brasil, grande parte da doutrina e da jurisprudência defende a aplicação da multa prevista no parágrafo 4º. do art. 461 do CPC contra a Fazenda Pública.

Entre os doutrinadores que sustentam a sua incidência podemos citar, por exemplo, Luiz Guilherme Marinoni.

Quanto aos Tribunais brasileiros, é oportuno relembrar que o Superior Tribunal de Justiça já firmou posicionamento no sentido da viabilidade da fixação da astreintes contra a Fazenda, cita-se as seguintes decisões:

> **PROCESSO CIVIL. EXECUÇÃO JUDICIAL. PAGAMENTO DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. OBRIGAÇÃO DE FAZER. INADIMPLEMENTO. FAZENDA PÚBLICA. MULTA. CABIMENTO.**
> *A Terceira Seção desta Corte Superior tem entendido que é possível ao Juízo da execução, ex officio ou a requerimento da parte, fixar multa cominatória (astreintes) contra a Fazenda Pública, em caso de inadimplemento de obrigação de fazer, resultante de pagamento de benefício previdenciário.*
> *Recurso provido.*[36]

> **AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. OBRIGAÇÃO DE FAZER. PESSOA JURÍDICA DE DIREITO PÚBLICO. ASTREINTES. POSSIBILIDADE**.
> *O juiz, de ofício ou a requerimento da parte, pode fixar as denominadas astreintes contra a Fazenda Pública, com o objetivo de força-la ao adimplemento da obrigação de fazer no prazo estipulado. Precedentes.*
> *Agravo Regimental a que se nega provimento.*[37]

> **AGRAVO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROCESSUAL CIVIL. PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA. OBRIGAÇÃO DE FAZER. PESSOA JURÍDICA DE DIREITO PÚBLICO. ASTREINTES. POSSIBILIDADE.**
> *Não se conhece do recurso especial quanto a questões carentes de prequestionamento.*
> *Em conformidade com o entendimento assentado em ambas as Turmas da Terceira Seção desta col. Corte de Justiça, o juiz, de ofício ou a requerimento da parte, pode fixar as denominadas astreintes contra a Fazenda Pública, com o*

[36] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 537269/RS (2003/0035648-6). Relator: Min. Felix Fischer. j. 16 set. 2003. unânime. **DJU** 28 out. 2003.
[37] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial nº 554776/SP (2003/0044895-0) Relator: Min. Paulo Medina. j. 16 set. 2003. unânime. **DJU** 06 out. 2003, p. 350.

revista pge - 61 - 2006.pmd 178 26/10/2006, 16:16

objetivo de forçá-la ao adimplemento da obrigação de fazer no prazo estipulado.
Agravo regimental a que se nega provimento.[38]

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. PAGAMENTO DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. OBRIGAÇÃO DE FAZER. INADIMPLEMENTO. MULTA. FAZENDA PÚBLICA. CABIMENTO. ENTENDIMENTO PACÍFICO DAS TURMAS INTEGRANTES DA 3ª SEÇÃO DESTA CORTE.
É entendimento pacífico das Turmas integrantes da Terceira Seção desta Corte Superior ser possível ao Juízo da execução, ex officio ou a requerimento da parte, fixar multa cominatória (astreintes) contra a Fazenda Pública, em caso de inadimplemento de obrigação de fazer resultante de pagamento de benefício previdenciário. Agravo regimental desprovido.
Decisão:
Acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental. Os Srs. Ministros Gilson Dipp, Jorge Scartezzini e José Arnaldo da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.[39]

No mesmo sentido, são inúmeras as decisões do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, in verbis:

DIREITO PÚBLICO NÃO ESPECIFICADO. AÇÃO QUE VISA AO FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS CONTRA O ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, COM PEDIDO DE TUTELA ANTECIPADA. COMINAÇÃO DE MULTA DIÁRIA. POSSIBILIDADE.
Não há presentemente nenhum óbice na legislação ao deferimento de astreintes para obrigar a Fazenda Pública ao cumprimento de liminar legitimamente concedida. Exegese do art. 461, §§ 4º e 5º, do Código de Processo Civil. O princípio do precatório foi abrandado para os débitos de pequeno valor pela EC nº 37/02, não podendo mais ser esgrimido para evitar o cumprimento de liminares concedidas pelo Poder Judiciário, especialmente quando lançadas para a proteção da vida e saúde. A multa diária deve estar em consonância com parâmetros seguros. Seu valor que deve ficar em conta judicial, no caso de se tornar devida, para primeiro satisfazer o bem da vida que ao Judiciário incumbe entregar. Só depois deve reverter em favor de fundo municipal de proteção da infância e adolescência. Agravo parcialmente provido.[40]

[38] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 476719/RS (2002/0127427-6). Relator: Min. Paulo Medina. j. 13 maio 2003. Unânime. **DJU** 09 jun. 2003, p. 318.
Relator: Min. Paulo Medina. j. 13 maio 2003. Unânime. **DJU** 09 jun. 2003, p. 318.
[39] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial nº 440686/RS (2002/0070099-9) Relator: Min. Felix Fischer. j. 07 nov. 2002. **DJU** 16 dez. 2002, p. 378.
[40] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento nº 70006255103. Cruz Alta. Relator: Des. Nelson Antônio Monteiro Pacheco. j. 12 jun. 2003.

revista pge - 61 - 2006.pmd 179 26/10/2006, 16:16

> **AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO ORDINÁRIA. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS PELO ESTADO. DIREITO À SAÚDE. MULTA DIÁRIA. POSSIBILIDADE.**
> I - PRELIMINAR DE CARÊNCIA DE AÇÃO POR FALTA DE INTERESSE PROCESSUAL. PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO. Desnecessidade de formulação de pedido de fornecimento da medicação na via administrativa. É constitucionalmente assegurado o acesso ao pleito judicial (artigo 5º, XXXV, da CF/88), não podendo a ausência de cumprimento de formalidade burocrática ser óbice ao exercício deste direito.
> II - MÉRITO. ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. RESPONSABILIDADE PELO FORNECIMENTO DA MEDICAÇÃO. Aos entes da federação cabe o dever de fornecer gratuitamente tratamento médico a pacientes necessitados, inteligência dos artigos 6º e 196 da Constituição Federal.III - ANTECIPAÇÃO DE TUTELA CONTRA A FAZENDA PÚBLICA. VEDAÇÃO DA LEI Nº 9.404/97 AFASTADA. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. A existência de disposição expressa no art. 1º da Lei nº 9.494, de 10 de setembro de 1997, vedando a antecipação de tutela contra a Fazenda Pública, não é aplicável quando a cognição exauriente antes da concessão da tutela põe em perigo a vida ou a integridade física da parte postulante e, conseqüentemente, coloca em risco a própria efetividade da jurisdição. Caso em que, entre a tutela do direito da autora à saúde e a tutela dos meramente pecuniários da Fazenda Pública, opta-se pela primeira, com arrimo nos princípios axiológicos insculpidos da Constituição Federal.
> IV - MULTA DIÁRIA. MINORAÇÃO DO VALOR ARBITRADO. O Código de Processo Civil dá respaldo legal à cominação de astreinte (artigos 287 e 461), silenciando quanto a eventual impedimento de fixação de multa à Fazenda Pública. Hipótese em que a fixação da multa diária em R$ 3.000,00 mostra-se exorbitante. Aplicação da penalidade de R$ 120,00 que não dissona do parâmetro que vem sendo adotado pela Câmara em casos similares. Agravo de instrumento parcialmente provido de plano.[41]

Já no sentido da impossibilidade de aplicação da multa contra a Fazenda, são poucos os autores que se manifestam, entre eles registra-se a opinião de Antônio Carlos Villem[42]:

> Vale consignar ainda, que a utilização desses meios coercitivos contra a Fazenda Pública atentaria mesmo contra a moralidade administrativa. De um lado, impossibilitaria, ou, no mínimo,

[41] RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento nº 70008397721. Relatora: Des. Matilde Chabar Maia. j. 29 mar. 2004, decisão monocrática. No mesmo sentido, ver as seguintes decisões do RIO GRANDE DO SUL. Tribunal Regional Federal - 4ª. Região. Apelação Cível nº 529702/RS (200071070028623), Relator: Paulo Afonso Brum Vaz. j. 09 set. 2003, unânime. **DJU** 01 out. 2003 e RIO GRANDE DO SUL. Tribunal Regional Federal - 4ª. Região. Agravo de Instrumento nº 93156/RS (200104010805118). Relator: Juiz Paulo Afonso Brum Vaz. j. 04 abr. 2002. **DJU** 17 abr. 2002, p. 1139.

[42] VILEM, Antônio Carlos. Ação de preceito cominatório e fazenda pública. **Revista de Direito Público,** São Paulo, n. 86, p. 153-155, abr./jun. 1998, p. 155.

revista pge - 61 - 2006.pmd 180 26/10/2006, 16:16

> dificultaria ainda mais a aplicação de medidas tendentes à responsabilização do funcionário e, principalmente, da intervenção prevista na Constituição Federal. De outro lado, ainda que este seja um argumento metajurídico, nem por isso deve ser ignorado; a utilização desses meios coercitivos fatalmente não surtiria eficácia prática contra o mau administrador, pois a sanção pecuniária não atingiria, em princípio, seu patrimônio, mas o patrimônio público.

Em sede jurisprudencial, destaca-se os acórdãos de lavra dos Desembargadores Araken de Assis, Ângela Maria Silveira e Vasco Della Giustina, todos integrantes da Quarta Câmara Cível do Tribunal de Justiça Gaúcho, nos quais é defendida a impossibilidade de fixação da multa contra a Fazenda Pública por ausência de coação.[43]

4.2 A Ausência de Razoabilidade do Meio Coercitivo na Aplicação da Multa Contra a Fazenda Pública, em Face da Inexistência de Pressão Psicológica

No capítulo anterior, verificou-se que a função técnica da *astreintes* é a coerção do devedor através de pressão psicológica para que cumpra a obrigação devida, assegurando a efetividade do provimento judicial.

Entretanto, o que os jurisconsultos que defendem a aplicação da *astreintes* contra a Fazenda Pública insistem em ignorar é que a aplicação da multa em face desta não exerce pressão psicológica.

É de se notar, que no caso da Fazenda Pública, contra a qual as multas diárias são em geral bastante elevadas, a coerção patrimonial não tinge pessoalmente a ninguém, uma vez que o seu ônus é suportado pelo erário público.

Desta forma, resta descaracterizada a natureza da multa, pois, repisa-se, a *astreintes* acaba por atingir à sociedade, a qual sustenta os cofres públicos, não havendo a atuação psicológica sobre o demandado.

A atuação psicológica indireta que pode haver é contra o administrador público que teoricamente tem poderes para implementar o preceito judicial, mas não se pode olvidar que, ainda que este deseje cumpri-lo, muitas vezes acaba por esbarrar em óbices como a necessidade de licitação, falta de recursos ou inexistência do bem pleiteado. Nesses casos, que não são raros no âmbito do Poder Executivo, a multa acaba incidindo por um longo período e tornando-se infinitamente superior ao valor da obrigação.

Registra-se ainda, que infelizmente existem casos esparsos nos quais os agentes públicos que tem poder para cumprir as normas simplesmente deixam de cumpri-las, sem que haja qualquer um dos obstáculos referidos, nestes casos

[43] Vide RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento nº 70006406466. Relator: Des. Vasco Della Giustina. j. 03 set. 2003. RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento nº 70006790505. Relatora: Dr. Ângela Maria Silveira. j. 01 out. 2003. RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Agravo Interno nº 70007336902. Relator: Dr. Araken de Assis. j. 26 nov. 2003.

revista pge - 61 - 2006.pmd 181 26/10/2006, 16:16

entende-se ser cabível, a responsabilização pessoal do agente que deixa de cumprir a decisão judicial por dolo, negligência ou má-fé, nos termos do art. 14, inciso V e parágrafo único do Código de Processo Civil. Entretanto, nos demais casos, em que de fato o implemento da decisão independe da simples vontade do administrador, não se pode comungar de posições no sentido de responsabilizá-lo pessoalmente.

Voltando ao aspecto psicológico da multa, cita-se Eduardo Talamini[44], o qual entende que: "esse aspecto psicológico não serve de argumento para eximir os entes estatais do regime da coerção processual patrimonial. Condutas daquela ordem devem ser combatidas através dos instrumentos de controle da Administração Pública (auditoria interna, tribunal de contas, medidas judiciais, como a ação popular e a ação civil pública, etc.)".

Tal entendimento, encontra eco na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, que vem acolhendo a fixação de *astreintes* contra a Fazenda Pública, conforme já foi abordado no tópico anterior deste trabalho.

Não obstante, insisti-se, em que pese as louváveis opiniões em contrário, que a multa contra a Fazenda Pública não lhe coage de forma alguma, sendo ineficaz e onerando a sociedade.

Nesse sentido, colaciona-se parte do voto proferido por Araken de Assis, doutrinador e Desembargador do Tribunal de Justiça Gaúcho, no já citado agravo interno 70007336902 de 2003:

> Em princípio aplica-se às pessoas jurídicas de direito público a disciplina do art. 461 do Código de Processo Civil. Mas, há que atentar para a razoabilidade no uso dos meios coercitivos, pois a Administração, jungida à legalidade, nem sempre exibe condições de atender, prontamente, as chamadas 'prestações positivas' resultantes de comandos constitucionais. E ainda há que se considerar que, por lastimável deficiência do ordenamento jurídico pátrio, a multa grava o Erário, jamais o agente político ou o servidor com competência para praticar o ato, pessoalmente, o que, no fundo, a torna inócua. A função técnica de coerção patrimonial é pressionar, psicologicamente, quem pode cumprir a ordem judicial, ameaçando-lhe com sanção pecuniária, objetivo frustrado pela impossibilidade de atingir aquelas pessoas. No caso, avulta a inexistência de recusa em cumprir a ordem judicial.

Na mesma linha, é a opinião de Vicente Greco Filho, segundo nos ensina Juvêncio Vasconcelos Viana em seu livro Efetividade do Processo em Face da Fazenda Pública.[45]

[44] TALAMINI, Tutela relativa..., p. 242

[45] VIANA, Juvêncio Vasconcelos. **Efetividade do processo em face da fazenda pública.** São Paulo: Dialética, 2003, p. 266.

revista pge - 61 - 2006.pmd 182 26/10/2006, 16:16

4.3 A Ausência de Efetividade da Astreintes em Desfavor da Fazenda Pública

O problema da fixação da *astreintes* contra a Fazenda Pública torna-se ainda mais complexo quando se passa a analisá-lo em face da efetividade da aplicação da multa.

Ainda que a doutrina e a jurisprudência pátria insistam em não considerar a ausência de coerção da multa quando o demandado é a Fazenda, outras questões que são peculiares ao caso e tornam a multa ineficaz não podem passar em branco.

Por primeiro, deve-se consignar, respeitadas as opiniões divergentes, que a *astreintes* só pode ser executadas após o trânsito em julgado da sentença.

Nessa esteira, manifestam-se Cândido Dinamarco e Ada Pellegrini Grinover.[46]

Entre os autores que divergem, pode-se citar Eduardo Talamini, que entende que se a multa foi fixada em sede de antecipação de tutela poderá ser executada provisoriamente, sem necessidade de trânsito em julgado da sentença.[47]

De outra banda, em se tratando especificamente de execução contra a Fazenda Pública, por força do disposto nos parágrafos 1º., 1º.A e 3º. do artigo 100 da Constituição Federal, é inafastável o requisito do trânsito em julgado da sentença, para que possa haver o pagamento da multa.

Araken de Assis[48] , mencionando decisão da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça que admite a execução provisória contra a Fazenda, adverte: "no entanto, a execução provisória contra a Fazenda Pública observará um limite ulterior assaz relevante: o levantamento do dinheiro dependerá do trânsito em julgado do título, conforme se percebe na leitura da parte final do §1º-A do art. 100 da CF/88, por sem dúvida aplicável aos créditos que não pertencem à privilegiada classe alimentar."

Desta forma, como atenta Marcos Maselli Gouvêa[49], atrelada a cobrança da multa ao trânsito em julgado da sentença, o seu impacto financeiro provavelmente não será sentido pelo atual governante, mas sim pelo sucessor, o que provavelmente o levará a não cumprir a determinação judicial, pois o pagamento da multa não será um ônus do seu mandato[50].

De outra banda, mesmo que seja refutado pelos defensores do emprego da *astreintes* contra a Fazenda o argumento da obrigatoriedade do trânsito em

---

[46] DINAMARCO, Cândido Rangel. **A reforma do CPC.** 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1995, n. 115, p. 158, GRINOVER, Ada Pellegrini. Tutela jurisdicional nas obrigações de fazer e não fazer. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 20, n. 79, p. jul./set. 1995, p. 65/76.

[47] TALAMINI, Tutela relativa..., p. 254.

[48] ASSIS, Araken. **Manual do processo de execução**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 883.

[49] GOUVÊA, Marcos Maselli. O direito ao fornecimento estatal de medicamentos. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 370, p. 105/134, 2003, p.124-125.

[50] Neste sentido ver também a manifestação de ASSIS, Araken de. Execução na ação civil pública. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 82, p. abr./jun. 1996, p. 42-52.

revista pge - 61 - 2006.pmd 183 26/10/2006, 16:16

julgado da sentença, com certeza a necessidade de expedição de precatório para o seu pagamento, ressalvados os casos em que se trate de pequeno valor, afeta a efetividade da medida.

Eduardo Talamini, ensina, como não poderia deixar de ser, que a astreintes deve ser executada nos moldes do art. 730 do CPC, ou seja, o pagamento será através de precatório, salvo os casos de pequeno valor. [51]

Nesta linha, preleciona Humberto Theodoro Jr.: "mesmo quando o devedor só esteja incurso na multa estipulada em antecipação de tutela, não há na cobrança urgência para o credor capaz de justificar o afastamento do rito normal da execução por quantia certa." [52]

Não se pode olvidar, que o instituto do precatório foi criado para evitar privilégios entre os credores do Estado, desta forma não seria lógico que os credores da multa prevista no art. 461 do CPC recebessem seus créditos antes daqueles que aguardam na fila do precatório.

Note-se, que o pagamento da multa através de precatório que pode ser parcelado em até dez anos, fulmina totalmente a efetividade do meio empregado para assegurar o cumprimento da obrigação, e, conforme já foi visto no primeiro capítulo do presente, os artigos 461 e 461A do CPC foram criados justamente com o escopo de dar maior efetividade às decisões judiciais.

4.4 A Aplicação da Multa Contra a Fazenda Pública e a Necessidade de Fundamentação das Decisões Judiciais. O art. 93, IX, da CF/88 e o Art. 165 do C.P.C.

De acordo com os ensinamento de Barbosa Moreira[53]:

> Registra a história do direito precedentes antigos de decisões judiciais que precisavam ou costumavam ser motivadas. A partir da segunda metade do século XVIII, porém, é que se começou a generalizar, nas legislações ocidentais, a exigência feita aos juizes de declarar, em seus pronunciamentos decisórios, as razões em que se baseavam – imposição em regra qualificada pelo requisito da publicidade. Consagrou-a a Revolução Francesa, primeiro no art. 15, Tít. V, da Lei de Organização Judiciária de 1790, e depois no art. 208 da Constituição do ano III. Na mesma época adotou-a na Prússia a Allgemeine Gerichtsordnung de 1793, ao passo que na península itálica a inovação se vira introduzida por anteriores reformas, em Nápoles (1774) e no Principado de Trento (1788). A obrigatoriedade da motivação constituiria traço comum a quase todas as grandes codificações processuais do século XIX. [...] À mesma orientação vêm-se mantendo fiéis os legisladores processuais civis na atual centúria: para apenas recordarmos alguns

[51] TALAMINI, **Tutela relativa...,** p.256.
[52] THEODORO JÚNIOR, Tutela especifica...
[53] BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao estado de direito. In: TEMAS de direito processual: 2ª série. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 83.

revista pge - 61 - 2006.pmd 184 26/10/2006, 16:16

> dos mais importantes códigos surgidos nos últimos quarenta anos, vejam-se o novo estatuto italiano de 1940 (art. 132), o português de 1967 (art. 659), o belga de 1967 (art. 780), o argentino de 1970 (arts. 34, 161, 163), o francês de 1975 (art. 455).

Ainda segundo o autor, no Brasil a obrigatoriedade da motivação das decisões judiciais "tem fundas raízes na tradição luso brasileira"[54], estando expressa no Código Filipino e ficando sujeito ao pagamento de multa o magistrado que não observasse este preceito.

No Brasil, modernamente, em virtude do disposto nos arts. 131, 165 e 458, II, do CPC e no art. 93, IX, da Carta Magna, as decisões judiciais devem ser motivadas, inclusive quando estejam adstritas a temas de cunho processual.

Tradicionalmente, o dever dos magistrados de fundamentar as decisões alicerçava-se na necessidade de racionalização da atividade jurisdicional, tendo um aspecto técnico, segundo o qual a motivação é necessária para a correta interpretação do julgado, para a limitação da *res iudicata*, para desestimular a interposição de recursos e para possibilitar que as partes recorram adequadamente e os Tribunais possam controlar a justiça e a legalidade das decisões ao apreciarem os recursos.[55]

Atualmente, entretanto, uma visão mais hodierna da exigência de fundamentação, até mesmo após o advento da Constituição Federal de 1988, lhe dá um enforque de princípio fundamental, nesse sentido pede-se vênia para mais uma vez citar Barbosa Moreira[56] "nesse contexto, avulta a idéia de garantia como inspiração básica e fim precípuo da imposição do dever de enunciar, publicamente, as razões justificativas da decisão proferida".

Em suma, a motivação das decisões judiciais é indispensável para que se tenha o devido processo legal, uma vez que através dela será possível se aferir a imparcialidade do juiz, a legalidade da decisão, e se esta limitou-se a conhecer as questões suscitadas pelas partes.

Enfim, a fundamentação é uma garantia inerente ao Estado de Direito, é também, uma forma de assegurar a prestação efetiva da tutela jurisdicional, pois possibilitará que os jurisdicionados verifiquem se o magistrado ao decidir a causa ponderou todas as teses apresentadas.

Através da fundamentação da decisão judicial, poderá haver o controle interno e externo da razoabilidade do ato, isto é, se o motivo apresentado é razoável, conveniente e legítimo.

Da exigência de fundamentar a decisão, o que decorre do aspecto formal do princípio do devido processo legal, é que sobrevém o aspecto material, ou seja, uma motivação factível, razoável, verdadeira.

Nessa linha, e considerando-se que a aplicação da *astreintes* contra a Fazenda Pública não exerce coerção psicológica e se afigura sem efetividade,

[54] BARBOSA MOREIRA, Motivação das decisões..., p. 85.
[55] Ibidem, p. 86.
[56] Ibidem, p. 87.

revista pge - 61 - 2006.pmd 185 26/10/2006, 16:16

em razão da necessidade do trânsito em julgado da sentença para sua execução e da via do precatório, parece ser carecedora de fundamentação a decisão que fixa a pena pecuniária contra a Fazenda.

5 CONCLUSÕES

O problema da efetividade da prestação jurisdicional reclama sem sombra de dúvidas a criação de normas que conduzam ao cumprimento das decisões judiciais.

Entretanto, não se pode dar guarida, sob o manto da efetividade, à decisões judiciais que não se coadunem com o devido processo legal.

Os limites à decisão judicial são aqueles próprios da atividade judicial, ou seja, através de argumentação jurídica, limitada por princípios, cabendo ao magistrado o ônus de demonstrar o acerto de sua interpretação da legislação atinente à matéria.

Assim, restando demonstrada a ausência de pressão psicológica na aplicação da multa contra a Fazenda Pública, bem como a ausência de efetividade da medida em virtude da necessária execução após o trânsito em julgado da sentença e da submissão ao sistema do precatório, ofende o *due process of law* a decisão judiciária que lhe comina a multa prevista no art. 461 do CPC, por não haver elementos capazes de dar suporte a sua motivação.

Por outro lado, a questão da definição da titularidade da multa prevista no referido artigo, a qual não está prevista no texto legal, também é de suma importância, uma vez que no nosso sentir deve pertencer a pessoa jurídica de direito público a que pertença o órgão judicial que a fixou, de forma que caso este pertencesse a mesma pessoa jurídica que foi condenada ao pagamento da multa, haveria confusão entre o credor e o devedor, nos termos do art. 381 do novo Código Civil.

Então, o que deve ser feito para garantir o cumprimento das decisões judiciais quando é parte a Fazenda Pública? Entende-se que este fim só pode ser buscado através da aplicação da multa prevista no art. 14, parágrafo único do Código de Processo Civil, por ofensa ao inciso V do citado artigo, ou seja, com a aplicação da multa contra o agente administrativo com efetivos poderes para dar cumprimento à ordem. Porém, ressalva-se que só se pode coadunar com a aplicação da multa contra o administrador nos casos em que este agir com dolo ou má-fé.

REFERÊNCIAS

APOSTOLOVA, Bistra Stefanova, **Poder judiciário**: do moderno ao contemporâneo. Porto Alegre: Fabris, 1998.

revista pge - 61 - 2006.pmd 186 26/10/2006, 16:16

ARAÚJO CINTRA, Antônio Carlos de; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo.** 14. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

ARRUDA ALVIM, Eduardo (Coord.). **Inovações sobre o direito processual civil**: tutelas de urgência. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

ASSIS, Araken de. O *contempt of court* no direito brasileiro. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 28, n. 111, p. 18-37, jul./set. 2003.

_____. Execução na ação civil pública. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 82, p. abr./jun. 1996, p. 42-52.

_____. **Manual do processo de execução**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. **Jurisdição e execução na tradição romano-canônica.** 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao estado de direito. In: *TEMAS de direito processual*: 2ª série. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

_____. O processo civil brasileiro: uma apresentação. In *TEMAS de direito processual civil*: 5ª série. São Paulo: Saraiva, 1994.

_____. A tutela específica do credor nas obrigações negativas. In *TEMAS de direito processual*: 2ª série. São Paulo: Saraiva, 1980.

_____. **Temas de direito processual civil**: 6ª. Série. São Paulo: Saraiva, 1997.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento nº 70006255103. Cruz Alta. Relator: Des. Nelson Antônio Monteiro Pacheco. j. 12 jun. 2003.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 476719/RS (2002/0127427-6). Relator: Min. Paulo Medina. j. 13 maio 2003. Unânime. **DJU** 09 jun. 2003, p. 318.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial nº 554776/SP (2003/0044895-0) Relator: Min. Paulo Medina. j. 16 set. 2003. unânime. **DJU** 06 out. 2003, p. 350.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial nº 440686/RS (2002/0070099-9) Relator: Min. Felix Fischer. j. 07 nov. 2002. **DJU** 16 dez. 2002, p. 378.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 537269/RS (2003/0035648-6). Relator: Min. Felix Fischer. j. 16 set. 2003. unânime. **DJU** 28 out. 2003.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. São Paulo: Malheiros, 2001. 4 v.

_____. **A reforma do CPC.** 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

FOWLER, Marcos Bittencourt. A (Re)reforma do Art. 461 do código de processo civil: a multa e seus problemas. In: MARINONI, Luiz Guilherme; DIDIER JÚNIOR, Fredie (Coord.) **A Segunda etapa da reforma processual civil.** São Paulo: Malheiros, 2001.

GOUVÊA, Marcos Maselli. O direito ao fornecimento estatal de medicamentos. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 370, p. 105/134, 2003.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **As garantias constitucionais do direito de ação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.

_____. Tutela jurisdicional nas obrigações de fazer e não fazer. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 20, n. 79, p. jul./set. 1995, p. 42-52.

GUERRA, Marcelo Lima. **Execução indireta.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

JORGE, Flávio Cheim; RODRIGUES, Marcelo Abelha. Tutela específica do art. 461 do CPC e o processo de execução. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; SHIMURA, Sergio (Coord.) **Processo de execução.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. v. 2.

KUHN, Thomas S. **A estrutura das revoluções científicas**. *Rio de Janeiro: Perspectiva. 1988*.

LIMA, Alcides de Mendonça.: ENCICLOPÉDIA Saraiva de Direito. São Paulo: Saraiva, 1977. v. 8.

MARANHÃO, Clayton. Tutela específica das obrigações de fazer e de não fazer. In: MARINONI, Luiz Guilherme; DIDIER JÚNIOR, Fredie (Coord.) **A Segunda etapa da reforma processual civil.** São Paulo: Malheiros, 2001.

revista pge - 61 - 2006.pmd 188 26/10/2006, 16:16

MARINONI, Luiz Guilherme. O direito à tutela jurisdicional efetiva na perspectiva da teoria dos direitos fundamentais. **Jus Navigandi**, Teresina, v. 8, n. 378, 20 jul. 2004. Disponível em: <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=5281>. Acesso em: 30 out. 2004.

_____. **Novas linhas do processo civil.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

_____. **Tutela específica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MAXIMILIANO, Carlos. ***Hermenêutica e aplicação do direito.*** Rio de Janeiro: Forense, 1997.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Elementos de direito administrativo.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.

MITIDIERO, Daniel Francisco; ZANETI JÚNIOR, Hermes. **Introdução ao estudo do processo civil:** primeiras linhas de um paradigma emergente. Porto Alegre: Fabris, 2004.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal.** 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

NERY JÚNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade Nery. **Código de processo civil comentado**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Do formalismo no processo civil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. Efetividade e processo de conhecimento**. Revista da Faculdade de Direito da UFRGS,** Porto Alegre, v. 16, p. 7-19, 1999, p. 7

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de; LACERDA, Galeno. **Comentários ao código de processo civil.** 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. v. 8, t. 2.

PORTO, Mário Moacyr. Astreinte. **Revista dos Tribunais**, *São Paulo, n. 394, p. 29-33, ago.1968.*

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento nº 70008397721. Relatora: Des. Matilde Chabar Maia. j. 29 mar. 2004, decisão monocrática.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento nº 70006406466. Relator: Des. Vasco Della Giustina. j. 03 set. 2003.

revista pge - 61 - 2006.pmd 189 26/10/2006, 16:16

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento nº 70006790505. Relatora: Dr. Ângela Maria Silveira. j. 01 out. 2003. RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Agravo Interno nº 70007336902. Relator: Araken de Assis. j. 26 nov. 2003.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal Regional Federal - 4ª. Região. Agravo de Instrumento nº 93156/RS (200104010805118). Relator: Juiz Paulo Afonso Brum Vaz. j. 04 abr. 2002. **DJU** 17 abr. 2002, p. 1139.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal Regional Federal - 4ª. Região. Apelação Cível nº 529702/RS (200071070028623), Relator: Paulo Afonso Brum Vaz. j. 09 set. 2003, unânime. **DJU** 01 out. 2003.

SPADONI, Joaquim Felipe. **Ação inibitória:** a ação preventiva Prevista no art. 461 do CPC. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

*STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise:** uma exploração hermenêutica da construção do direito. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.*

TALAMINI, Eduardo. **Tutela relativas aos deveres de fazer e de não fazer:** CPC, art. 461; CDC, art. 84. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Processo de execução**. 21. ed. São Paulo: Universitária de Direito, 2002.

_____. Tutela específica das obrigações de fazer e não fazer. **Jus Navigandi**, Teresina, v. 6, n. 56, abr. 2002. Disponível em: <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2904>. Acesso em: 13 maio 2004.

VIANA, Juvêncio Vasconcelos. **Efetividade do processo em face da fazenda pública.** São Paulo: Dialética, 2003.

_____. Tutela específica. **Revista Dialética de Direito Processual**, São Paulo, v. 3, p. 35-48, 2003.

VILEM, Antônio Carlos. Ação de preceito cominatório e fazenda pública. **Revista de Direito Público,** São Paulo, n. 86, p. 153-155, abr./jun. 1998.

WATANABE, Kazuo, et al. **Código brasileiro de defesa do consumidor**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1992.

WATANABE, Kazuo. Tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e não fazer. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.) **A reforma do código de processo civil.** São Paulo: Saraiva, 1996.

YARSHELL, Flavio Luiz**. A execução e efetividade do processo em relação à fazenda pública:** direito processual público. São Paulo: Malheiros, 2000.

revista pge - 61 - 2006.pmd 191 26/10/2006, 16:16

EFICÁCIA PRECLUSIVA DO JULGAMENTO DA EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE*

Raquel Filomena Gonçalves Lemos**

1 INTRODUÇÃO

Busca-se com o presente estudo avaliar as conseqüências advindas ao executado que fizer uso do instrumento de defesa criado por construção doutrinária e jurisprudencial intitulado "exceção de pré-executividade"[1], no caso de desacolhimento dos fundamentos nela erigidos. Será analisada a possibilidade de as mesmas causas de pedir, já rechaçadas pelo juiz da execução, no curso desta, virem a ser renovadas pelo devedor por ocasião da abertura do prazo para embargos, e reapreciadas pelo órgão judicante.

Admitindo-se, irrestritamente, resposta positiva à problemática exposta, estar-se-á tornando completamente inoperante a decisão judicial proferida nos autos do processo de execução, e, portanto, inócua a prestação jurisdicional anterior, comprometendo-se a efetividade do processo de execução e o próprio prestígio do Poder Judiciário como apaziguador dos conflitos sociais.

Por outro lado, se a resposta fornecida à questão proposta ao debate for peremptoriamente negativa, corre-se o risco de se tolher ao devedor o direito de ampla defesa, na medida em que a atividade judicial de cognição no processo de execução (por mais paradoxal que esta primeira parte da assertiva possa parecer à luz da doutrina tradicional) possui restrições no vértice da profundidade, eis que o tipo de procedimento não admite dilação probatória, somente sendo viável a produção de prova documental. Destarte, a decisão proferida por ocasião da apreciação da exceção pode estar lastreada em exame rarefeito da matéria, ocasionado em razão da insuficiência do meio documental para viabilizar juízo definitivo.

Destarte, será questionada a possibilidade de se reconhecer eficácia preclusiva ao julgamento da exceção de pré-executividade, abordando-se os fundamentos jurídicos que podem sustentar esta tese.

---

* O artigo tem como base a monografia apresentada no Curso de Especialização em Processso Civil - Processo e Constituição da da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2004.

** Procuradora do Estado do Rio Grande do Sul. Especialista em Processo Civil .

[1] Não é desconhecida a crítica doutrinária quanto à expressão "exceção de pré-executividade" – cite-se, por todos, MOREIRA, José Carlos Barbosa. Exceção de Pré-Executividade: Uma Denominação Infeliz. *Revista Forense*, v. 251, trimestral, 2000, pp. 585-586 – mas aqui ela será empregada nos termos em que consagrada pelo uso no meio jurídico. Tampouco se realizará o estudo das origens do instituto, ou polemizar acerca das hipóteses em que cabível, por extrapolar os objetivos do presente trabalho.

revista pge - 61 - 2006.pmd 193 26/10/2006, 16:16

A construção dogmática atinente à proposição acima passa, necessariamente, pela abordagem sobre o contraditório e tipo de cognição realizada no processo de execução, bem como pela análise dos institutos da preclusão e coisa julgada (em seu aspecto formal e material), especialmente o exame da possibilidade de existência de coisa julgada na execução.

O presente trabalho, destarte, almeja apontar soluções jurídicas para fundamentar-se a inadmissibilidade, ao menos em alguns casos, de serem suscitadas as mesmas matérias já apreciadas quando da interposição da exceção, agora por intermédio da ação incidental de embargos, tudo tendo como cenário o tão propalado princípio da efetividade processual, que, para ser atingido, não deve violar a ampla defesa e o contraditório, e tampouco admite, por evocação destas garantias, o óbice à satisfação do direito do credor.

O tema foi escolhido por envolver aspecto concernente à efetividade do processo e o correlato abuso do direito de defesa por parte do executado, sendo o primeiro ponto – a efetividade - de relevante e atual debate jurídico.

2 CONTRADITÓRIO E COGNIÇÃO NA EXECUÇÃO

2.1 O Contraditório na Execução

Para a doutrina tradicional, não existe contraditório dentro do processo de execução. Esse seria, justamente, o fator distintivo do rito da execução do rito do processo de conhecimento, em que o contraditório é estabelecido em toda sua magnitude. No dizer de Francesco Carnelutti, "O processo de conhecimento transforma o fato em direito, enquanto o processo de execução transforma o direito em fato."[2]

Enrico Tullio Liebman é defensor da dicotomia radical entre os procedimentos, e da autonomia do processo de execução, não admitindo bilateralidade nesta última. A defesa do executado, e o exercício do direito ao contraditório, assim, deveriam ficar protraídos para a ocasião da apresentação de embargos.[3] A ele, somam-se outros doutrinadores, como Alcides Mendonça de Lima e Marcelo Lima Guerra, citados por Geraldo Batista da Silva Júnior[4], para os quais somente por via da ação incidental de embargos, com a devida garantia da execução, é que se admite o contraditório.

Todavia, se pode afirmar que esse posicionamento encontra-se superado. No intuito de compatibilizar o procedimento executório com os ditames constitucionais, especialmente as garantias processuais do contraditório e ampla defesa (artigo 5º, inciso LV da Constituição da República), criou-se, por construção doutrinária e jurisprudencial, a possibilidade de utilização da exceção

[2]CARNELUTTI, Francisco, *apud* MOREIRA, Alberto Camiña. *Defesa sem Embargos do Executado*: Exceção de Pré-Executividade. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 03.

[3] LIEBMAN, Enrico Tullio. *Processo de Execução*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 1990.

[4] BATISTA JÚNIOR, Geraldo da Silva. *Exceção de Pré-Executividade*. Alcance e Limites. 2.ed., Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2004, p. 14.

revista pge - 61 - 2006.pmd 194 26/10/2006, 16:16

de pré-executividade, como meio de defesa intra-execução que dispensa o pré-requisito da penhora.[5] **A exceção de pré-executividade, outrossim, é instituto instaurador do contraditório no processo de execução.**

Francisco Wildo Lacerda Dantas assevera ser perfeitamente possível e adequado a admissão do exercício do direito de defesa nos autos executivos, independentemente da oposição de embargos, sobretudo quando é objeto da alegação a inexistência de pressupostos processuais exigíveis à constituição de toda e qualquer relação processual ou das condições da ação "também exigidos na sistemática adotada pelo atual CPC para que exista o próprio direito de acionar a jurisdição".[6] Continuando, afirma: Entendimento contrário importaria negarem-se as garantias constitucionais anteriormente referidas ou defender-se que a execução não se realiza através de um processo, pois este sempre é essencialmente dialético.[7]

É claro que o emprego da exceção de pré-executividade não poderá significar um desvirtuamento do processo de execução, razão pela qual encontra limites, de contornos ainda não muito precisos, mas que não extravasam as questões que possam ser provadas através da via documental, exclusivamente. Desta forma, parafraseando-se Danilo Knijnik, na execução "há contraditório, há juízo, há decisão, *mas adequada, ajustada à finalidade da execução, assim como o seu contraditório*".[8]

O fundamento para a admissão da exceção de pré-executividade, outrossim, possui assento constitucional, especificamente as garantias do contraditório e da ampla defesa, viabilizando-se ao executado, em casos específicos, que se insurja com relação à execução em momento anterior ao oferecimento dos embargos.

O emprego da exceção de pré-executividade tem sido admitido inclusive no procedimento especial de execução fiscal, malgrado o disposto no artigo 16, §§ 1º e 2º da Lei de Execuções Fiscais (Lei nº 6.830/80).[9]

---

[5] Citam-se, *v.g.*, como doutrinadores que admitem o exercício do contraditório no processo de execução: AGUIAR, Madalena. O contraditório no Processo de Execução. *Revista Dialética de Direito Processual nº 14*, p. 83-90; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução Civil*. 5.ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 173-175; ASSIS, Araken de.*Manual do Processo de Execução*. 1.v. Porto Alegre: Letras Jurídicas, 1987, p. 32; ARAÚJO, Francisco Fernandes de. Exceção de Pré-Executividade. *Revista dos Tribunais*. N. 775. p. 731-745, mai. 2000; KNIJNIK, Danilo. *A exceção de pré-executividade*. Rio de Janeiro: Forense, 2001; MACHADO, Hugo de Brito. Juízo de Admissibilidade na Execução Fiscal. *Revista Dialética de Direito Tributário nº 22*, pp 19-23.

[6] DANTAS, Francisco Wildo Lacerda. Exceção de Pré-Executividade: Aspectos Teóricos e Práticos. *Revista Dialética de Direito Tributário*. v. 24, p. 21-29.

[7] Id.

[8] Op. cit., p. 113-114.

[9] Segunda Turma do STJ, RESP 410755/SC, Recurso Especial nº 2002/0014909-5, julgamento em 14/09/2004, Relator Ministro Castro Meira, DJ 25/10/2004. Especificamente sobre o seu cabimento nas execuções fiscais, confira-se: MELO, Leonardo Augusto Santos. A Exceção de Pré-executividade na Execução Fiscal. *Revista Dialética de Direito Tributário*. v. 78, p. 57-72; MACHADO, Hugo de Brito. Juízo de Admissibilidade na Execução Fiscal. *Revista Dialética de Direito Tributário nº 22*, pp 19-23; ABRÃO, Carlos Henrique. Exceção de Pré-Executividade na Lei 6.830/80. *Revista Dialética de Direito Tributário*. v.*22*, p. 11-17.

revista pge - 61 - 2006.pmd 195 26/10/2006, 16:16

2.2 Conceituação e Classificação da Cognição

Tendo sido abordado, brevemente, o contraditório na execução, procedimento no qual também devem estar respeitados os preceitos constitucionais aplicáveis ao processo, adiante – item "1.4"- veremos quais temas poderão, conforma a doutrina, ser objeto de antagonismo pelo devedor dentro dos próprios autos executivos, por meio da exceção de pré-executividade. Em outras palavras, se verificarão os limites do contraditório na execução, de modo a não desnaturar totalmente o procedimento.

Antes, porém, analisaremos a cognição judicial, as formas como ela se dá e a sua ocorrência no processo de execução.

2.2.1 Conceituação de Cognição

A definição de cognição, nas palavras de Kazuo Watanabe, ilustre jurista que deu ao instituto o devido tratamento científico, é a seguinte:

> A cognição é prevalentemente um ato de inteligência, consistente em considerar, analisar e valorar as alegações e as provas produzidas pelas partes, vale dizer, as questões de fato e as de direito que são deduzidas no processo e cujo resultado é o alicerce, o fundamento do *judicium,* do julgamento do objeto litigioso do processo.[10]

Conhecer significa, assim, avaliar, analisar e decidir as questões de fato e de direito suscitadas pelas partes no processo. Essa atividade será tanto mais ampla quanto maior a liberdade de alegação e de sua prova outorgada aos participantes da relação processual: vê-se que a cognição tem estreita ligação com a liberdade de contraditório (alegar e provar). Quanto maior esta faculdade, mais ampla a cognição.

2.2.2 Classificação da Cognição

A "liberdade de alegação" está relacionada ao plano horizontal da cognição, e a "liberdade probatória", ao plano vertical, propostos por Watanabe:

> Numa sistematização mais ampla, a cognição pode ser vista em dois planos distintos: *horizontal* (extensão, amplitude) e *vertical* (profundidade).
> No plano *horizontal*, a cognição tem por limite os elementos objetivos do processo estudados no capítulo precedente (*trinômio*: questões processuais, condições da ação e mérito, inclusive questões de mérito; para alguns, *binômio*, com a exclusão das condições da ação; Celso Neves: *quadrinômio*, distinguindo

[10] WATANABE, Kazuo. *Da Cognição no Processo Civil*. 2.ed. Campinas: Bookseller, 2000, p. 58-59.

revista pge - 61 - 2006.pmd 196 26/10/2006, 16:16

> pressuposto dos supostos processuais). Nesse plano, a cognição pode ser *plena* ou *limitada* (ou parcial) segundo a extensão permitida.
> No plano *vertical*, a cognição pode ser classificada, segundo o grau de sua profundidade, em *exauriente* (completa) e *sumária* (incompleta).[11]

A limitação do contraditório e, portanto, da cognição, pode se dar tanto com relação às questões cognoscíveis quanto com a profundidade com que examinadas.

É a combinação dessas modalidades de cognição que redunda nos diferentes procedimentos, concebidos pelo legislador e adaptados às especificidades do direito ou das pretensões materiais.[12] Assim, possível a cognição plena (vértice horizontal) e exauriente (vertical), que é a regra, ocorrente no rito ordinário, sumário ou dos Juizados Especiais Cíveis, com prestígio do valor segurança; parcial e exauriente, ocorrente por exemplo no processo de desapropriação, embargos de terceiro, conversão da separação judicial em divórcio e busca e apreensão da lei de alienação fiduciária, em que se prestigiam os valores certeza e celeridade.[13] Já a cognição sumária (restrição no vértice da profundidade) materializa-se nos processos cautelares, *v.g.*, bem como é a realizada na apreciação dos pedidos antecipatórios de tutela, lastreados em juízos de probabilidade e verossimilhança.[14]

A coisa julgada somente se aderirá aos efeitos da decisão proferida após cognição exauriente, e restrita às matérias apreciadas (então, despiciendo se será plena ou limitada, eis que os limites objetivos – artigo 468 do CPC – impõem que a decisão somente tenha "força de lei" nos termos circunscritos das questões decididas, até porque sobre o que não houve decisão, não há o pré-requisito à permanência dos efeitos do *decisum*).

Ainda, a cognição poderá ser plena (sem qualquer restrição quanto às questões que poderão ser conhecidas pelo órgão judicial) e exauriente *secundum eventum probationis*,

> [...] com o condicionamento da profundidade da cognição à existência de elementos probatórios suficientes. Trata-se de técnica processual para conceber procedimentos simples e céleres, com supressão da fase probatória específica ou procedimento em que as questões prejudiciais são resolvidas ou não conforme os elementos de convicção, ou, ainda, serve como instrumento de política legislativa, pois evita, quando em jogo interesse coletivo e indisponível, a formação da coisa julgada material, a recobrir juízo

[11] Idem, ibidem, p. 112-113.
[12] DIDIER JÚNIOR, Fredie Souza. Cognição, construção de procedimentos e coisa julgada: os regimes de formação da coisa julgada no direito processual civil brasileiro. *Jus Navigandi*. Teresina, 1.6, n. 58, ago. 2002. Disponível em <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=3202>. Acesso em: 15 out. 2004, p. 02-3.
[13] Id., p. 03.
[14] Id.

revista pge - 61 - 2006.pmd 197 26/10/2006, 16:16

> de certeza fundado em prova insuficiente. A decisão da questão está condicionada à profundidade da cognição que o magistrado conseguir, eventualmente, com base na prova existente nos autos (e permitida para o procedimento), efetivar. À conclusão de insuficiência, o objeto litigioso é decidido sem caráter de definitividade, não alcançando a autoridade de coisa julgada material [...][15]

Por fim, deve ser mencionado que, segundo Didier Júnior, ainda se vislumbra a cognição eventual, plena ou limitada, e exauriente *secundum eventum probationis*, em que ela somente ocorrerá se o demandado tomar a iniciativa do contraditório, razão pela qual intitula-se eventual. Cita como exemplos o que ocorre na ação monitória e na de prestação de contas.[16]

Explanadas essas "categorias" de cognição, no tópico seguinte se estreitará o campo de estudo ao processo de execução.

2.3 A Cognição no Processo de Execução

Como pincelado anteriormente, a existência de cognição no processo executivo é afirmação que confronta a doutrina tradicional. Nos dias atuais, todavia, no dizer de Danilo Knijnik, chega a haver consenso de que, "também na execução, o juiz exerce cognição".[17]

Ao passo em que não há maiores divergências quanto à sua existência, o tipo de cognição realizado na execução, todavia, recebe diferente tratamento doutrinário.

Para Knijnik, os contornos da cognição executiva são bem estreitos, fato determinado pelos limites estruturais e funcionais da relação processual em que exercida, considerando haver cortes tanto no plano vertical como no horizontal, respectivamente.[18] Afasta o processualista a cognição plena (quanto à matéria), na medida em que

> *a lide material ou originária*, na terminologia de Carnelutti, está fora, não é objeto da cognição *in executivis*, o que basta para considerá-la limitada, pelo simples fato – e este é o critério científico, por oposição ao político – de não haver ou não poder haver pedido de condenação, constituição ou declaração nesta sede.[19]

Já no aspecto relativo à sindicância quanto aos "instrumentos técnicos" de que dispõe o juiz para conhecer – âmbito vertical –, o mestre gaúcho aponta

[15] Id.
[16] Id.
[17] Op. cit., p. 113.
[18] Id.
[19] Idem, ibidem, p. 114.

revista pge - 61 - 2006.pmd 198 26/10/2006, 16:16

a ocorrência de cognição sumária na execução, afastando a "indagação ilimitada das questões cognoscíveis"[20].

O eminente processualista Araken de Assis, afirma que

> o processo de execução, apesar de endereçado a operações práticas no mundo dos fatos, não é completamente estranho a juízos de apreciação pelo órgão jurisdicional, e, portanto, ao surgimento de uma limitada atividade cognitiva [...]. Afirma-se, então, que coexiste no processo executivo uma **cognição eventual**[21] [grifo nosso].

A cognição no processo executivo é também considerada eventual por Kazuo Watanabe, que acrescenta ser escassa, tênue, rarefeita, mas não inexistente[22].

Tereza Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina, tratando da cognição na execução, afirmam:

> Obviamente, não ocorre nesta espécie de processo cognição voltada à declaração do direito material do exeqüente, pois no processo de execução esta verificação é desnecessária, ante a suficiência do título executivo para autorizar a realização da execução. Por outro lado, a atividade realizada pelo juiz com o fito de conferir se há título executivo é *atividade cognitiva*, embora a cognição, nesse caso, não se realize com o intuito de se declarar se o exeqüente tem o direito material que subjaz ao título. O mesmo se pode dizer quanto à atuação do juiz em relação à averiguação da validade dos atos executivos. Como corretamente se asseverou na doutrina, "inexiste ação em que o juiz não exerça qualquer espécie de cognição".[23]

Prosseguem os autores dizendo que "Há cognição judicial no curso do processo de execução, também, quando o juiz verifica a validade dos atos executivos realizados, bem como quando determina a sua correção."[24]

Retomando-se idéia exposta anteriormente, a exceção de pré-executividade é instauradora do contraditório dentro dos autos executivos ***e* provocadora da cognição judicial**. O atributo "eventual" é empregado pela doutrina em razão de que a cognição, em que pese tenha de ser praticada de ofício pelo órgão judicante quanto às matérias não sujeitas à disposição das partes, é desencadeada (ou aprofundada), muitas vezes, pela provocação do executado, através do expediente da exceção de pré-executividade. Todavia, é equivocado pensar-se a *contrario sensu*: que, em não havendo a provocação, inexistirá a cognição na execução. Aqui se registra a equivocidade da utilização

[20] Id.
[21] Op. cit., p. 32.
[22] Op. cit., p. 112.
[23] WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. *O Dogma da Coisa Julgada*. São Paulo: RT, 2003, p. 97.
[24] Id.

revista pge - 61 - 2006.pmd 199 26/10/2006, 16:16

do termo "eventual", por dar azo a uma falácia: o "juízo de admissibilidade", expressão empregada por Hugo de Brito Machado, deve ser exercitado pelo julgador em toda e qualquer ação, sendo que "nele o juiz verifica a presença dos pressupostos processuais e das condições da ação, e sendo o caso, a presença de algum requisito especial legalmente exigido."[25]

Ainda, o entendimento de que a cognição na execução é limitada e sumária deve ser contestado, especialmente quanto ao aspecto da verticalidade. O aspecto horizontal será abordado no item "1.4", na medida em que, ao se definirem as matérias que podem ser apreciadas por provocação da exceção de pré-executividade, estar-se-á, *ipso facto*, definindo qual a extensão horizontal da cognição, se plena ou se limitada. **Todavia, quanto à afirmação de inexistência de cognição exauriente é que se tecem as críticas que seguem, respaldadas em sólidos entendimentos doutrinários e interpretação sistemática do Direito.**

Tereza Wambier e José Medina afirmam que o processo de execução

> pode ser catalogado entre aqueles em que a cognição *é parcial*, pois somente alguns temas podem nele ser analisados (p.ex., existência ou inexistência de título executivo), com exclusão de outros, relacionados à relação jurídica de direito material que envolve exeqüente e executado. **Embora seja limitada, no plano horizontal, a cognição é exauriente, no plano *vertical*, em relação às questões que neste processo podem ser examinadas** [grifo nosso].[26]

Como se vê, os doutrinadores afirmam a cognição exauriente quanto às matérias apreciadas em sede de execução, assertiva essa que revela certa ousadia, na medida em que é difícil sustentar-se o alcance da certeza jurídica em procedimento em que há sérias restrições quanto às formas probatórias.

Todavia, o entendimento sufragado é o mais correto, desde que sopesado com a suficiência absoluta do meio de prova documental – único admitido no processo de execução, e para instrução da exceção de pré-executividade – para o embasamento da cognição judicial.

Geraldo da Silva Batista Júnior sustenta que a exceção de pré-executividade "introduz no processo de execução atividade cognitiva mais profunda, que não pode ser tida apenas como rarefeita"[27], em contraposição aos ensinamentos de Kazuo Watanabe. Prosseguindo, o autor defende a existência, também no processo de execução, a existência de cognição plena e exauriente *secundum eventum probationis*, modalidade na qual "não existe limitação quanto à extensão da matéria a ser debatida e decidida, mas a

[25] Op. cit., p. 19.
[26] Id., p. 98.
[27] BATISTA JÚNIOR, Geraldo da Silva. *Exceção de Pré-Executividade*. Alcance e Limites. 2.ed., Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2004, p. 74.

revista pge - 61 - 2006.pmd 200 26/10/2006, 16:16

profundidade da análise está condicionada à existência ou não de elementos probatórios suficientes nos autos".[28]

Alberto Camiña Moreira, na mesma linha, afirma que a cognição somente permanece rarefeita, no processo de execução, se este mantiver sua característica de pura realização do direito, enquanto que a exceção de pré-executividade nele introduz uma "bolsa de cognição", exauriente quanto à prova documental juntada[29].

Destarte, quando no caso em concreto não puder o Magistrado julgar definitivamente, por falta de elementos probatórios, evidentemente estar-se-á diante de **cognição sumária**. Por outro lado, em sendo interposta exceção de pré-executividade instruída com documentos ou fazendo alusão aos que já constam nos autos, suficientes ao exame aprofundado da matéria, dispensando a produção de outros tipos de prova (hipótese em que, no processo de conhecimento, corresponderia ao julgamento antecipado da lide – artigo 330, inciso I, do CPC), há de se reconhecer a existência de **cognição exauriente *secundum eventum probationis* na execução.**

2.4 Objeto da Exceção de Pré-executividade

Como dito anteriormente, a delimitação da área de abrangência da exceção de pré-executividade diz respeito à identificação da extensão da cognição no processo executivo no plano horizontal.

A definição de quais matérias possam ser objeto da defesa intra-execução é tema de grande controvérsia doutrinária e jurisprudencial. Do trinômio "pressupostos processuais", "condições da ação" e "mérito", sua utilização mais recorrente e aceitável é quanto aos dois primeiros componentes, questões que podem ser conhecidas de ofício pelo Magistrado[30].

As posições variam desde as mais restritivas às mais ampliativas. No primeiro caso enquadram-se os que admitem apenas as matérias cuja cognição deva ser realizada de ofício por parte do julgador, e no segundo leque encontram-se os defensores do emprego da exceção diante de qualquer matéria cuja prova apresentada é pré-constituída, ainda que notadamente pertencentes ao mérito da relação jurídica subjacente e dependente de alegação da parte.

Danilo Knijnik, após classificar em quatro as correntes teóricas alusivas à exceção de pré-executividade[31], elabora uma "reconstrução teórica pelo quinto discurso"[32], afirmando que o âmbito de emprego da exceção de pré-executividade

[28] Op. cit., p. 74-75.
[29] MOREIRA, Alberto Camiña. *Defesa sem Embargos do Executado*: Exceção de Pré-Executividade. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 192.
[30] Em que pese as recentes decisões jurisprudenciais remetendo a apreciação da condição da ação "legitimidade passiva" para a ocasião dos embargos, principalmente nos executivos fiscais, diante da alegação de necessidade de dilação probatória para aferição da responsabilidade tributária.
[31] Intituladas negativista, ideológico-interpretativa, científico-restritiva e científico-ampliativa. Op. cit., p. 153-164.
[32] Id., p. 165.

revista pge - 61 - 2006.pmd 201 26/10/2006, 16:16

é o *imploratio officium iudicis*[33], especificando que três seriam as matérias argüíveis: a) os pressupostos processuais; b) as condições da ação; c) objeções substanciais, mediatizáveis pelo título executivo.[34] Desborda o autor, outrossim, do exame das questões processuais, para admitir o de matérias que,"embora situadas no monômio do mérito, destituam, de plano, a existência do *direito* do exeqüente *sub specie juris*, ou seja, sob o ponto de vista de sua '**representação documental típica**'(...)"[35].

Integram a corrente ampliativa Francisco Fernandes de Araújo[36], Alberto Camiña Moreira[37] (aceitam alegações de excesso de execução, pagamento, prescrição, decadência e compensação, novação) e Hugo de Brito Machado[38] (admite o uso da exceção para alegação de pagamento, prescrição, decadência e outras formas de suspensão ou extinção da exigibilidade do crédito tributário). Também Araken de Assis[39] possui posicionamento ampliativo, admitindo a defesa intraprocessual relativa a matérias que dependem de iniciativa da parte. Leonardo Greco também integra o rol de autores que pregam a utilização mais larga do instituto[40].

A jurisprudência tem admitido a exceção de pré-executividade, majoritariamente, na linha da doutrina restritiva. O Superior Tribunal de Justiça, entretanto, tem em seus últimos julgados passado a conhecer a alegação de prescrição, desde que possa ser de plano aferida, claro, tema com relação ao qual até recentemente havia divergência entre suas 1ª. e 2ª. Turmas.[41]

Feitas essas breves considerações quanto às matérias argüíveis na exceção, deve ser realizada a advertência de que se definir peremptoriamente qual a extensão horizontal da cognição que deva ser permitida na execução não possui grande relevância aos fins pretendidos neste estudo, razão pela qual o enfoque maior é centrado justamente no plano vertical da *cognitio*, pois é o que determina a definitividade da decisão judicial.

Estudada no presente capítulo a existência de contraditório e o tipo de cognição realizada no processo executivo, campo em que se insere a inserção da exceção de pré-executividade, a determinar, conforme o caso, a cognição exauriente *secundum eventum probationis*, avança-se em busca de solução para a questão propulsora do presente ensaio, tecendo-se considerações no capítulo seguinte acerca dos institutos da coisa julgada e preclusão.

---

[33] Op. cit., p. 180.
[34] Id, p. 211.
[35] Id., p. 183.
[36] Op. cit., p. 738.
[37] Op. cit.
[38] Op. cit., p. 20-21.
[39] Op. cit., p. 251.
[40] GRECO, Leonardo *apud* BATISTA Jr., Geraldo da Silva. Op. cit., p. 35.
[41] Cf. RESP 662641/MG, Relator Ministro Castro Meira, 2ª. Turma do STJ, DJ de 16/11/2004, p. 263; RESP 577613/RS, Relator Ministro Luiz Fux, 1ª. Turma do STJ, DJ de 08/11/2004, p. 171.

revista pge - 61 - 2006.pmd 202 26/10/2006, 16:16

3 OS INSTITUTOS DA COISA JULGADA E PRECLUSÃO NO PROCESSO CIVIL

3.1 Semelhanças e Diferenças Entre Coisa Julgada e Preclusão

3.1.1 A Figura da Coisa Julgada na Sistemática Processual

A conceituação legal de coisa julgada é dada pelo artigo 467 do Código de Processo Civil e pelo § 3º do artigo 6º da Lei de Introdução ao Código Civil (Decreto-Lei nº 4.657/42). Esse último dispositivo[42] claramente refere-se à coisa julgada formal, enquanto o primeiro[43] traz a definição de coisa julgada material.

Merece registro o fato de que, ao passo em que o diploma adjetivo pátrio define a coisa julgada material como "eficácia da sentença", a doutrina do mestre italiano Enrico Tullio Liebman a caracteriza como uma "qualidade especial que se adere aos efeitos da sentença", tornando-a imutável dentro (aspecto formal) e fora do processo em que proferida (aspecto material).[44] Trata-se, pois, de atributo que se amolda aos efeitos da sentença a partir de um determinado momento, e não eficácia imanente a ela.

Sérgio Gilberto Porto preleciona que a "coisa julgada representa, efetivamente, a indiscutibilidade da nova situação jurídica declarada pela sentença e decorrente da inviabilidade recursal."[45] O mesmo doutrinador, em outra obra de sua autoria, salienta que os termos "imutável" e "indiscutível" empregados pelo artigo 467 do CPC, são idéias que se amoldam, respectivamente, à concepção de coisa julgada material e coisa julgada formal.[46]

No dizer de Ovídio A. Baptista da Silva, a coisa julgada material é uma "virtude própria de certas sentenças judiciais, que as faz imunes às futuras controvérsias impedindo que se modifique, ou discuta, num processo subseqüente, aquilo que o juiz tiver declarado como sendo a 'lei do caso concreto'[47]." Mais, adiante, o doutrinador afina o conceito: "Esta constância do resultado, a estabilidade que torna a sentença indiscutível entre as partes, impedindo que os juízes dos processos futuros novamente se pronunciem sobre aquilo que fora decidido, é o que se denomina *coisa julgada material*." [Grifo do autor][48]

Vê-se, assim, que a coisa julgada material está atrelada à noção de definitividade no julgamento da questão, oponível tanto às partes como a todos os juízes.

---

[42] "Chama-se coisa julgada ou caso julgado a decisão judicial de que já não caiba recurso."
[43] "Denomina-se coisa julgada material a eficácia, que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário."
[44] LIEBMAN, Enrico Tullio. Eficácia e Autoridade da Sentença. Rio de Janeiro, Ed. Rev. Forense, 1945.
[45] PORTO, Sérgio Gilberto. *Coisa julgada civil*. Análise, crítica e atualização. 2.ed., Rio de Janeiro: AIDE, 1998, p. 44.
[46] Idem, *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2000. v.6, p; 186.
[47] SILVA, Ovídio Baptista da. *Curso de processo civil*. V.1, 3ª. ed. rev. e atualiz. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1996, p. 412.
[48] Id.

revista pge - 61 - 2006.pmd 203 26/10/2006, 16:16

Quanto à coisa julgada formal, trata-se de pré-requisito, portanto, à sua formação material, sendo a primeira correspondente ao esgotamento ou inutilização dos recursos disponíveis às partes, e a segunda correspondente à permanência dos efeitos da decisão que julgou o mérito da ação:

> O objeto da coisa julgada material é a sentença de *mérito*. Verifica-se o julgamento do mérito quando o juiz profere sentença nas hipóteses do CPC 269. Acolher ou rejeitar o *pedido* (CPC 269 I) significa pronunciar-se pela procedência ou improcedência da pretensão (lide, objeto, mérito, pedido, objeto litigioso [Streitgegenstand]), isto é, sobre o *bem da vida* pretendido pela parte.[49] [Grifos do autor]

3.1.2 A Preclusão no Processo Civil

O primeiro doutrinador a sistematizar o instituto da preclusão foi CHIOVENDA, conceituando-a de início como "a perda, extinção ou consumação de uma faculdade processual pelo fato de se haverem alcançado os limites assinalados por lei ao seu exercício."[50]

A contribuição do mestre italiano foi de suma valia, apartando o instituto do da coisa julgada, e dando-lhe contornos precisos. A simples leitura do enunciado supratranscrito, todavia, não é suficiente para entendimento completo do tema, sendo o conceito explicitado pelo próprio jurista para abarcar as três hipóteses de preclusão que hoje conhecemos pelas denominações de preclusão temporal, lógica e consumativa (denominações conferidas por José Frederico Marques[51]).

Celso Agrícola Barbi, analisando a teoria de Chiovenda, explicita que é objeto da preclusão "sempre uma faculdade das partes ou poder do juiz".[52] Em tópico específico, será tratado mais aprofundadamente acerca da preclusão de poderes do juiz, também chamada preclusão de questões.

3.1.3 As Inter-relações entre Coisa Julgada e Preclusão

Os institutos, em que pese diferentes entre si (em maior ou menor intensidade), guardam relações, na medida em que todos visam, senão a garantir a solução definitiva, à ultimação, impulsionamento dos feitos[53]. Humberto Theodoro Júnior destaca que

---

[49] NERY JÚNIOR, Nélson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado e legislação extravagante*. 7.ed. São Paulo: RT, 2003, p. 787.

[50] CHOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Trad. de J. Guimarães Menegale, 2.ed., São Paulo: Saraiva, 1965, v. III, p. 155.

[51] MARQUES, José Frederico. *Instituições de direito processual civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1958, v. II, p. 380.

[52] BARBI, Celso Agrícola. Da preclusão no processo civil. *Revista Forense*, a.52, v. 158, p. 59-66, mar./abr. 1955.

[53] BARBI, p. 59; THEODORO JÚNIOR, Humberto. A preclusão no processo civil. *Revista dos Tribunais nº 784,* pp 11-28, fev. 2001.

revista pge - 61 - 2006.pmd 204 26/10/2006, 16:16

> [...] o processo é um movimento constante, formado à base de uma cadeia de atos que o integram, que só é útil ao desiderato da prestação jurisdicional se adequadamente concatenados pela força de coesão da relação jurídica processual. O movimento do processo tem, obviamente, de ser preordenado por normas que se preocupem em assegurar-lhe um ritmo e uma direção voltada, com nitidez e firmeza, para a *meta optata*, que é a rápida e justa composição do litígio.
> Esse correto e indispensável fluxo dos atos processuais somente pode cumprir o objetivo do processo cientificamente disciplinado se apoiado no mecanismo da preclusão.[54] [Grifo do autor]

Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Júnior, em uma frase, conseguem explicitar o grau de proximidade entre os institutos, afirmando que a coisa julgada material "somente ocorre se e quando a sentença de mérito tiver sido alcançada pela preclusão, isto é, a coisa julgada formal é pressuposto para que ocorra a coisa julgada material."[55]

Como se vê, parte da doutrina questiona a **utilidade** da diferenciação entre coisa julgada formal e preclusão, asseverando, até mesmo, a sinonímia entre as expressões. Celso Agrícola Barbi propõe a substituição do conceito de coisa julgada pelo de preclusão, inclusive por ser este mais abrangente, eis que se refere tanto a faculdades como questões (1955, p. 63). Humberto Theodoro Júnior igualmente afirma a inutilidade da separação das noções[56].

O principal traço distintivo entre a preclusão e a coisa julgada material é a projeção de seus efeitos: no primeiro caso, ficam restritos à relação jurídico-processual em que ocorre, no segundo, são irradiados para além do processo, assumindo força de lei entre as partes (consoante o disposto nos artigos 473 e 468 do CPC, respectivamente). E o ponto que distingue a coisa julgada formal da preclusão, segundo a doutrina que reafirma a sua existência, reconhecendo também que aquela se origina desta, seria simplesmente o fato de que a primeira encerra o processo, pressupondo, assim, sentença, o que não ocorre – necessariamente - com a segunda:

> Em conclusão, pode-se afirmar que não há sentença de mérito que não faça coisa julgada *material*. Logo, coisa julgada *formal*- repita-se – não é senão a última preclusão que, dentro do processo, prepara o campo para a formação da coisa julgada material, que, por sua vez, irá projetar-se no mundo exterior à relação processual que se exauriu graças à derradeira preclusão provocada pela coisa julgada formal.[57]

[54] Op. cit., p. 12.
[55] Op. cit., p. 787.
[56] Op. cit., p. 28.
[57] THEODORO JR., Humberto. A preclusão no processo civil. 2001.

revista pge - 61 - 2006.pmd 205 26/10/2006, 16:16

3.2 Possibilidade de Decisão Interlocutória Ensejar Coisa Julgada Material e Preclusão

Estabelecida a conceituação e definição do que seja preclusão e coisa julgada formal e material, inarredável, para atingir-se o escopo do presente estudo, é o exame da possibilidade de decisão interlocutória ter agregada a seus efeitos a característica da imutabilidade, dentro e/ou fora do processo em que proferida (hipóteses, respectivamente, de ocorrência de preclusão e de coisa julgada).

3.2.1 Decisão Interlocutória e Preclusão

A preclusão da matéria decidida em decisão interlocutória frente às partes é reconhecida pela doutrina e jurisprudência, justamente tendo-se em vista a necessidade, já exposta, de que o processo seja ultimado, superadas as pendências em seu decorrer surgidas.

No tocante às partes, a preclusão se refere às suas **faculdades processuais**, seja em razão do transcurso *in albis* do prazo legal para a prática do ato – preclusão temporal -, seja em razão de já haver sido utilizada a oportunidade legal facultada – preclusão consumativa -, ou pela prática de ato incompatível com a posterior manifestação de vontade de praticar outro – preclusão lógica.

Então, uma vez decidida matéria disponível às partes, sem que tenha sido interposto o adequado recurso, ou sendo esgotadas as faculdades recursais, a matéria está estabilizada dentro do processo em que decidida, por operação da preclusão.

Já a possibilidade de reconhecer-se a preclusão em face do juiz, a denominada preclusão *pro judicato* (estribada no artigo 471 do CPC), é controversa. A doutrina oscila de posições mais radicais, reconhecendo-a com o mesmo rigor havido em relação às partes, a mais flexíveis, mitigando-a face ao julgador ou afastando-a por completo.

Barbosa Moreira apresenta a opinião mais severa, assinalando que o despacho saneador acarreta preclusão total sobre as questões nele decididas expressamente e as que deixaram de ser analisadas pelo Magistrado, embora suscitadas ou suscitáveis pelas partes (preclusão implícita)[58], sendo também essa a posição de Calmon de Passos.[59]

Chiovenda já afirmava o impedimento do reexame das questões já decididas[60], bem como Pontes de Miranda, que afirmava que basta que haja

[58] MOREIRA, J. C. Barbosa, apud CRUZ E TUCCI, José Rogério. Sobre a eficácia preclusiva da decisão declaratória de saneamento, In: *Saneamento do Processo: Estudos em Homenagem ao Prof. Galeno Lacerda*. Porto Alegre : Safe, 1989. p. 282.
[59] PASSOS, Calmon, *apud* idem, p. 283.
[60] Op. cit., p. 377-378.

revista pge - 61 - 2006.pmd 206 26/10/2006, 16:16

fixação legal de prazo para, uma vez ultrapassado este, afastar-se "qualquer reexame e julgamento pelo juiz".[61]

Todavia, o disposto no § 3º do artigo 267 do CPC, que determina a apreciação de ofício pelo órgão judicial de certas matérias (pressupostos processuais, condições da ação e exceções de perempção, litispendência e coisa julgada), em qualquer tempo e grau de jurisdição, enquanto não proferida a sentença de mérito, foi fato determinante da alteração do posicionamento doutrinário, no direito pátrio, sendo que os juristas mais recentes têm se inclinado a afastar a preclusão *pro judicato* enquanto conserva o juiz a jurisdição, no tocante às matérias indisponíveis às partes.[62]

Manoel Caetano Ferreira Filho integra a corrente doutrinária que proclama o efeito preclusivo da decisão que afirma a existência dos pressupostos processuais e das condições da ação, não obstante o § 3º do artigo 267 do CPC. Analisando o dispositivo, o ilustre mestre preleciona que dele se retiram algumas conclusões que não conduzem, necessariamente, à interpretação sufragada pelos doutrinadores que negam a preclusão *pro judicato*: a primeira, é a de que a matéria nele referida pode – e deve - ser apreciada independentemente de provocação das partes, já que a ação é direito exercitável contra o Estado; a segunda, é de que é afastado o limite de tempo, de oportunidade, para apreciação das questões – a preclusão temporal é inaplicável ao julgador.[63]

De fato, reconhecer-se preclusão sobre questões não decididas – como defende Barbosa Moreira e Calmon de Passos – é algo que colide totalmente com o atual ordenamento jurídico. A decisão do Magistrado e suas razões devem ser conhecidas pelas partes, para propiciar ou sua conformação ou o adequado manejo do recurso cabível, em assim o querendo. Isso é o que busca salvaguardar a garantia da motivação das decisões judiciais, expressa na Constituição da República, artigo 93, inciso IX, que não admite decisões implícitas ou desprovidas de fundamentação. Cogitar-se de preclusão temporal frente ao juiz, portanto, é totalmente descabido.

Todavia, quanto à preclusão consumativa é que se encontra o cerne da problemática. Uma vez apreciadas as questões, poderá o juiz modificar seu posicionamento?

Prosseguindo, conclui Manoel Caetano Ferreira Filho que,

> [...] tendo o juiz decidido, na declaração de saneamento do processo (art. 331), que estão presentes as condições da ação e os

[61] MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. T.5, Rio de Janeiro: Forense, 1974, p. 211.

[62] Cf. LACERDA, Galeno. *Despacho Saneador*. 3.ed. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1990., p. 292 – doutrinador que já sustentava tal posição mesmo na vigência do CPC de 1939; CRUZ E TUCCI, José Rogério. Sobre a eficácia preclusiva da decisão declaratória de saneamento, In: *Saneamento do Processo: Estudos em Homenagem ao Prof. Galeno Lacerda*. Porto Alegre: Safe, 1989. p. 275-290; SILVA, Ovídio Baptista da. *Curso de processo civil*. V.1, Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1987, p. 163; THEODORO JÚNIOR, Humberto. A preclusão no processo civil. *Revista dos Tribunais nº 784*, pp 11-28, fev. 2001; NERY JR., Nélson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado e legislação extravagante*. 7.ed. São Paulo: RT, 2003, p. 809.

[63] FERREIRA FILHO, Manoel Caetano. *A preclusão no Direito Processual Civil*, p. 106 e 109.

revista pge - 61 - 2006.pmd 207 26/10/2006, 16:16

> pressupostos processuais, salvo se interposto agravo de instrumento, a decisão ficará preclusa para ele, impedindo-o de reapreciar a matéria posteriormente.[64]

E o entendimento é fundamentado pela interpretação sistemática do disposto nos artigos 267, § 3º e 471 e 473 do Código de Processo Civil, eis que estes dois últimos estabelecem a preclusão das decisões interlocutórias, o que não seria afastado pelo primeiro dispositivo.[65]

A preclusão, todavia, somente se opõe ao Tribunal se esse houver afirmado, em agravo de instrumento ou em apelação contra sentença terminativa, a concorrência dos pressupostos processuais e das condições da ação.[66]

O entendimento de Ferreira Filho nos parece ser o mais correto, na medida em que harmoniza e compatibiliza os dispositivos da lei processual civil indicados.

Desta forma, se os julgadores de primeiro e segundo grau atestam a existência dos dois elementos (pressupostos processuais e condições da ação), tais questões hão de ser reconhecidas como estabilizadas, não mais passíveis de revisão. A ressalva é de ser feita apenas se for deixada, explicitamente, a análise mais aprofundada da matéria por ocasião da sentença, ou se concluir pelo teor da decisão interlocutória que afastou as preliminares suscitadas que ela foi proferida com base em elementos existentes nos autos que não propiciaram exame aprofundado sobre a questão.[67]

3.2.2 Decisão Interlocutória e Coisa Julgada Material

A decisão que desacolhe a exceção de pré-executividade, por não pôr fim ao processo de execução, notadamente é uma decisão interlocutória (artigo 162, § 2º do CPC), atacável via agravo de instrumento, assertiva que não encontra qualquer objeção doutrinária.[68] Destarte, a fim de prosseguir-se em busca da resposta ao questionamento sobre se é admissível a repetição das matérias ventiladas em exceção de pré-executividade nos embargos à execução, deve-se percorrer o *iter* lógico intransponível, que compreende esgrimir-se a viabilidade teórica de uma decisão interlocutória ser dotada de tamanha certeza jurídica que seus efeitos perdurem, estabilizados, imutáveis, ultrapassando os limites do processo em que proferida.

A doutrina tradicional, espelhada em LIEBMAN, corrobora a coisa julgada como atributo extrínseco da **sentença**, formada a partir do fenômeno processual intitulado *trânsito em julgado*.

---

[64] Idem, ibidem, p. 112.
[65] Idem, ibidem, p. 109.
[66] Idem, ibidem, p. 113.
[67] Remete-se, aqui, à cognição exauriente *secundum eventum probationis*, abordada no primeiro capítulo, itens "1.2" e "1.3".
[68] *V.g.* ROSA, Marcos Valls Feu. *Exceção de pré-executividade*: matérias de ordem pública no processo de execução, 3. ed. Porto Alegre : Sergio Antonio Fabris, 2000, p. 94.

revista pge - 61 - 2006.pmd 208 26/10/2006, 16:16

E a razão para essa conseqüência jurídica guarda relação com o tipo de cognição prévia à prolação da sentença, realizada pelo órgão judicial: plena e exauriente.[69] Em outras palavras, está apta à formação da coisa julgada material a sentença proferida em processo cuja cognição do julgador foi a mais ampla possível, em virtude da viabilização às partes de alegações partes todos os meios de prova admitidos, e alegaçconamento sobre se [e s de toda ordem e de produção de todos os meios de prova admitidos.[70]

Todavia, não se pode deixar de apontar que não é o simples fato de haver sentença que estará implicada, *ipso facto*, a existência de imutabilidade de seus efeitos (coisa julgada material), ainda que transcorrido o prazo recursal (coisa julgada formal).

Sabidamente, o Código de Processo Civil pátrio estipula, nos artigo 267 e 269, as hipóteses em que o processo é extinto, via sentença, sem e com julgamento do mérito, respectivamente. Nos casos arrolados no artigo 267, guardadas as discussões a respeito das condições da ação e sua inter-relação com o mérito da demanda, que serão oportunamente desenvolvidas (terceiro capítulo), a sentença põe fim ao processo sem julgamento do mérito.

Pode-se argumentar que não é à toa que o artigo 469 do CPC somente atribui o caráter de "coisa julgada material" aos efeitos da sentença que julga total ou parcialmente a lide, mas aqui se diz mais: ainda que a sentença julgue total ou parcialmente a lide (sentença de mérito), poderá jamais verificar-se essa qualidade especial de definitividade de seus efeitos, em razão de uma anterior **redução da cognição** havida no processo.

No dizer de Teresa Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina,

> [...] como já se viu em outros itens do presente estudo, há diversas decisões que não produzem coisa julgada, e há outras que, embora protegidas pela coisa julgada, podem ser desconstituída pelo mecanismo processual adequado.
> Além das sentenças inexistentes - em que há apenas a aparência de coisa julgada, pois que a própria sentença não passa de uma aparência – **há decisões judiciais que não ficam acobertadas pela coisa julgada, ou em que a coisa julgada supera de modo diferente do que normalmente ocorre em relação às decisões fundadas em cognição plena e exauriente, em virtude da *limitação horizontal ou vertical da cognição realizada.***
> A coisa julgada é fenômeno que se opera de modo diverso, quer se se cuidar de ação fundada em cognição *sumária* (menos aprofundada no plano vertical), ou se se cuidar de cognição parcial (limitada no plano horizontal).
> Nos casos em que há cognição parcial, se, em relação aos temas que serão objeto de decisão, for permitida a realização de cognição

[69] DIDIER JÚNIOR, Fredie Souza. Cognição, construção de procedimentos e coisa julgada: os regimes de formação da coisa julgada no direito processual civil brasileiro. *Jus Navigandi*. Teresina, 1.6, n. 58, ago. 2002. disponível em http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=3202. Acesso em: 15 out. 2004.

[70] WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. *O Dogma da Coisa Julgada*. São Paulo: RT, 2003, p. 90.

revista pge - 61 - 2006.pmd 209 26/10/2006, 16:16

> *exauriente*, em princípio ocorrerá coisa julgada *em relação aos temas que tiverem sido objeto de cognição judicial*. Nota-se, portanto, que a resolução dos problemas relacionados às decisões fundadas em cognição parcial e exauriente tem por base a temática dos limites objetivos da coisa julgada.
> O mesmo não ocorre, necessariamente, com as decisões fundadas em cognição sumária, que, por não definirem com precisão a existência ou inexistência do direito, não tem aptidão para gerar coisa julgada (...)[71] [Grifo nosso].

Então, o que se pretende demonstrar é que o juiz pode prolatar sentença, extintiva do processo, por ocorrência de hipóteses outras que não as constantes no elenco do artigo 267 do diploma processual, e **não se formar a coisa julgada material**. Pode o juiz proferir sentença de mérito, e os efeitos dessas não se tornarem imutáveis. Esse fenômeno ocorre por política legislativa, em casos como os das ações coletivas, e no caso do mandado de segurança, pela redução cognitiva.

Assim, de fácil constatação que o pressuposto à formação da coisa julgada material não é a sentença em si, mas, adianta-se, a decisão lastreada em cognição aprofundada sobre a matéria, ainda que a matéria seja parcial, circunstância em que a imutabilidade ficará adstrita às questões exaurientemente examinadas.

Calha trazer à baila os ensinamentos de Geraldo da Silva Batista Júnior, que assim dispõe ao examinar a ocorrência de coisa julgada pela rejeição da exceção de pré-executividade:

> Não se argumente com a tese de que a rejeição da exceção de pré-executividade se dá por decisão interlocutória e que somente a sentença é capaz de propiciar a formação de coisa julgada material. As sentenças nada mais são do que uma espécie do gênero decisões judiciais, tal como as decisões interlocutórias. Ambas as espécies têm algo em comum, porque, quando emanadas de autoridade competente e baseadas em cognição exauriente, estão aptas a compor conflitos em definitivo. Humberto Theodoro esclarece muito bem a questão quando afirma que o saneador, ao repelir argüição de prescrição ou decadência, embora não extinga o processo, faz coisa julgada material, porque soluciona questão de mérito.[72]

Acrescente-se ainda ao embasamento doutrinário à possibilidade de decisão intraprocessual acarretar coisa julgada o disposto no § 6□ do artigo 273 do Código de Processo Civil (introduzido pela lei 10.444/02), que permite ao julgador antecipar a tutela em face de pedido incontroverso. Essa antecipação dos efeitos da sentença de mérito é, no dizer de Fredie Didier Júnior, a

[71] Idem, ibidem, p. 92 e 93.
[72] BATISTA JÚNIOR, Geraldo da Silva. *Exceção de Pré-Executividade*. Alcance e Limites. 2.ed., Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2004, p. 79.

revista pge - 61 - 2006.pmd 210 26/10/2006, 16:16

possibilidade de "resolução parcial do mérito", e se dá, **de forma definitiva, por decisão interlocutória**. O doutrinador enfatiza tratar-se de "decisão interlocutória apta à coisa julgada material", adicionando que não é estranho "o fato de uma decisão interlocutória estar lastreada em cognição exauriente, muito menos o fato de estar ela propensa à coisa julgada"[73].

Nesse ponto, o professor baiano (Didier Júnior) é contestado por Danilo Francisco Mitidiero, que afirma tratar-se a hipótese aventada de sentença parcial de mérito, eis que considera mais correto para definição dos atos judiciais o critério da definitividade em vez do topológico[74].

Com a devida vênia, parece irrelevante o esforço para a inclusão dessa decisão judicial antecipatória na categoria de sentença – parcial de mérito. Isso não suprime o fato de que a decisão foi proferida previamente à sentença definitiva, com base em cognição exauriente pelo Magistrado (eis que o pedido incontroverso, à semelhança do que ocorre na revelia, não prescinde do exame de sua procedência[75]), viabilizada pelos elementos constantes nos autos aliado à disponibilidade da matéria quanto às partes. Analisar-se o recurso cabível contra tal decisão ajuda a definir a questão: trata-se decisão intraprocessual e, portanto, atacável via agravo de instrumento. Inadmissível cogitar-se de sua impugnação através de apelação, que é o recurso cabível face às hipóteses de efetiva ocorrência de sentenças parciais de mérito, como afirma o próprio doutrinador gaúcho[76].

A partir das duas premissas que se expõem no presente capítulo, de que deve ser reconhecida, em nosso ordenamento, a preclusão *pro judicato* e que deve ser abandonado o paradigma de que somente a sentença tem aptidão para gerar coisa julgada, viabiliza-se a continuidade do presente ensaio, com novos horizontes traçados a partir de uma visão desprovida de preconceito quanto à possibilidade de permanência aos efeitos da decisão proferida interlocutoriamente na execução.

---

[73] DIDDIER JÚNIOR, Fredie. Inovações na Antecipação dos Efeitos da Tutela e a Resolução Parcial do Mérito. *Gênesis Revista de Direito Processual Civil*. n. 26. Curitiba: Gênesis, 2002, p. 719.

[74] MITIDIERO, Daniel Francisco. Sentenças parciais de mérito e resolução definitiva-fracionada da causa (lendo um ensaio de Fredie Didier Júnior). *Revista da Ajuris*, Porto Alegre: Ajuris, n. 94, p. 39-50, jun. 2004.

[75] "O efeito da revelia não induz a procedência do pedido e nem afasta o exame de circunstâncias capazes de qualificar os fatos fictamente comprovados" (RSTJ 53/335).

[76] É certo que no caso versado há cumulação de pedidos e, portanto, cumulação de ações (artigo 292 do CPC). Todavia, a definição de um dos pedidos – incontroverso – no curso do processo impede o uso da apelação, que somente é cabível quando encerrada, ao menos, a fase do procedimento, como ocorre nas ações de prestação de contas e demarcação e divisão (artigos 915, § 1º e 2º, 955 e 968 do CPC). No caso da decisão que antecipa a tutela em razão de pedido incontroverso, todavia, não há finalização de fase alguma, prosseguindo o processo, em que pese uma das ações cumuladas tenha sido definida. Raciocínio semelhante é empregado quando, no processo de conhecimento ou executivo, é excluído da lide um dos integrantes do pólo passivo por reconhecida sua ilegitimidade. Não obstante o ditame legal – artigo 267, VI do CPC – de extinção processual (o que deveria ocorrer somente através de sentença, apelável, portanto), a extinção da ação frente a apenas um dos demandados se dá por decisão interlocutória, prosseguindo o processo contra os demais. O recurso cabível é o agravo de instrumento, nas duas hipóteses aqui tratadas.

revista pge - 61 - 2006.pmd 211 26/10/2006, 16:16

3.3 A Coisa Julgada no Mandado de Segurança (*Secundum Eventum Probationis*)

Chegada à conclusão de que os efeitos da decisão interlocutória encontram admissibilidade teórica de revestirem-se da qualidade de imutabilidade, seja por força da preclusão *pro judicato*, seja por força da coisa julgada - dependendo exclusivamente da profundidade com que propiciado o exame da questão posta à apreciação judicial -, e esmiuçada a cognição no processo de execução, admitindo-se-a, no plano vertical, exauriente *secundum eventum probationis*, *pretende*-se agora apontar a clara relação analógica existente entre a cognição realizada para julgamento da exceção de pré-executividade e a realizada no processo de Mandado de Segurança.

No *mandamus*, a existência de direito líquido e certo é *conditio sine qua non* à concessão da ordem. Em outras palavras, "a definição de liquidez e a certeza do direito pretendido é determinante para o recebimento e processamento do *writ* na medida em que se afigura como pressuposto específico da ação de mandado de segurança".[77]

E direito líquido e certo é aquele que resulta de fato certo, ou seja, aquele capaz de ser comprovado, de plano, por documentação inequívoca.[78] É o direito lastreado em fatos que, de tão evidentes, prescindem de dilação probatória à sua demonstração, sendo suficiente a prova documental que se junta com a exordial ou cuja exibição o juiz requisitará, na hipótese do parágrafo único do artigo 6º da lei 1.533/51. Enfim, no procedimento do mandado de segurança não há espaço para produção de meios outros de prova, e a procedência de sua evocação dependerá da suficiência da força probante documental.

O artigo 16 da lei 1.533/51 propicia a repropositura do *writ* caso o primeiro tenha sido extinto sem julgamento do mérito, e o artigo que o antecedente faculta que se recorra às vias ordinárias para salvaguarda dos direitos do impetrante.

Em interpretação a esses dois dispositivos legais, foi editada a súmula 304 do STF, que dispõe que "Decisão denegatória de mandado de segurança, não fazendo coisa julgada contra o impetrante, não impede o uso da ação própria."

Pois bem, o que ocorre no procedimento do mandado de segurança é que a coisa julgada somente existe nos casos em que a prova documental produzida é suficiente à apreciação, pelo órgão julgador, da existência do direito líquido e certo (hipótese em que haverá concessão da ordem) ou da afirmação da inexistência de direito

[77] OLIVEIRA, Germana Maria Leal de. O Direito Líquido e Certo no Procedimento do Mandado de Segurança: Cognição Exauriente *Secundum Eventum Probationis* e Reflexos na súmula 304 do STF. *Revista Dialética de Direito Processual nº 18*, p. 31-37, set 2004. Não se adentrará aqui na polêmica doutrinária sobre a natureza jurídica do "direito líquido e certo" - se constitui pressuposto processual ou condição da ação mandamental -, por extrapolar os objetivos do presente ensaio.
[78] MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 166.

revista pge - 61 - 2006.pmd 212 26/10/2006, 16:16

do impetrante (hipótese em que se denegará a ordem). Frisa-se, nesta última hipótese, inexistência de direito algum, não apenas de direito líquido e certo.

Só haverá coisa julgada material, assim, em ocorrendo suficiência do meio probatório admitido no procedimento especialíssimo do mandado de segurança – documental – para lastrear, no caso em concreto, decisão que aprecie adequadamente e com a devida profundidade a matéria argüida. A coisa julgada material no *writ*, desta forma, é *secundum eventum probationis*, eis que somente havendo provas suficientes nos autos haverá análise do mérito, por decisão (sentença) a cujos efeitos se agregará a qualidade especial de imutabilidade que impede a propositura de novas demandas.

Igual ocorrência se passa quando há disputa da qualidade de herdeiro dentro dos autos do inventário, conforme recorda Kazuo Watanabe[79], circunstância em que essa questão prejudicial somente será decidida se o magistrado dispuser de elementos suficientes à formação de juízo de certeza, pois se tratar-se de matéria de alta indagação[80] o juiz remeterá as partes às vias ordinárias, conforme artigo 1000, parágrafo único, e 984 do CPC.

3.4 Coisa Julgada na Tutela de Direitos Transindividuais

Por fim, não pode escapar ao exame que semelhante fenômeno ocorre com a coisa julgada nas ações coletivas, que é *secundum eventum litis*.

Sabidamente, as ações coletivas surgiram para dar maior efetividade à resolução da **litigiosidade de massa**, aquela decorrente da lesão a direitos que pertencem a uma pluralidade de titulares, direitos que podem ser de natureza difusa, coletiva ou individual homogênea[81].

Somente pelo fato de o bem juridicamente tutelado pertencer a uma coletividade de pessoas exige, pelo menos até certo ponto, a extensão da imutabilidade dos efeitos da sentença (que vem a ser a "coisa julgada") para além das partes envolvidas na lide, haja vista que a unitariedade de tratamento decorre da própria indivisibilidade do direito[82]; por outro lado, "a limitação da coisa julgada às partes é princípio inerente ao contraditório e à defesa, na medida em que o terceiro, juridicamente prejudicado, deve opor-se à sentença desfavorável proferida *inter alios*, exatamente porque não participou da relação jurídico-processual."[83] Nesse sentido, de limitação subjetiva da coisa julgada, dispõe o artigo 472 do CPC.

Desta forma, evidente a impossibilidade de pretender-se a aplicação da

[79] Ob. cit., p. 118.

[80] "Consoante a doutrina de melhor tradição, questões de direito, mesmo intrincadas, e questões de fato documentadas resolvem-se no juízo do inventário, com desprezo da via ordinária." (STJ, 4ª. Turma, REsp 4.625-SP, relator Min. Sálvio de Figueiredo, j. 16.04.91, DJU 20.05.091, p. 6.532)

[81] Código de Defesa do Consumidor, artigo 81, incisos I a III.

[82] GRINOVER, Ada Pelegrini. Mandado de Segurança Coletivo: Legitimação, Objeto e Coisa Julgada. *Revista de Processo nº 58*. pp. 75-84.

[83] GRINOVER, Ada Pelegrini. *Código de Defesa do Consumidor.* 5ª. Ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998, p. 706.

revista pge - 61 - 2006.pmd 213 26/10/2006, 16:16

coisa julgada às demandas coletivas tal qual como ocorrente nas ações individuais às ações coletivas, em que é *pro et contra*, ou seja, as partes sujeitam-se indiferentemente à imutabilidade dos efeitos da sentença seja ela favorável ou desfavorável.

A coisa julgada no processo coletivo (ação popular, ação civil pública e mandado de segurança coletivo), outrossim, tem estrutura diferente da coisa julgada no processo individual, eis que a lei a mitiga de acordo com o resultado do processo *(secundum eventum litis).* Como regra geral, quando a sentença que julga ação coletiva for de improcedência, há restrição da extensão subjetiva da coisa julgada (eis que poderá não ocorrer até mesmo com relação ao autor da ação coletiva, que poderá repropor a demanda calcado em novas provas), e quando o comando sentencial for de procedência, há ampliação, estendendo-se a todos interessados.[84]

Por outro lado, se simplesmente afastasse-se a coisa julgada, sem qualquer critério, em sendo proferida sentença de improcedência, multiplicar-se-iam ações semelhantes, com igual pedido e igual pedido e igual causa de pedir, trazendo conseqüente desgaste do prestígio do Poder Judiciário, como ressaltam Antonio Gidi[85], Ada Pelegrini Grinover[86] e Hugo Nigri Mazzili[87].

Desta forma, a escolha inicial do legislador pátrio[88] foi pela adoção da coisa julgada *secundum eventus litis*, determinando sua extensão *erga* omnes, exceto no caso de improcedência por insuficiência probatória, caso em que a propositura de nova ação por qualquer legitimado estaria condicionada à existência de prova nova (artigo 18 da Lei da Ação Popular - lei 4717-65 - e artigo 16 da Lei da Ação Civil Pública - lei 7347-85).

Posteriormente, com o advento do Código de Defesa do Consumidor, a disciplina da coisa julgada na ação coletiva recebeu tratamento legislativo **mais primoroso e detalhado, buscando não prejudicar os direitos individuais em decorrência do julgamento de improcedência da ação coletiva**. Formou-se, então, um **sistema processual para as ações coletivas,** interpretação que se extrai da nova redação que o CDC outorgou ao artigo 21 da LACP, determinando que seja aplicado à defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais, no que for cabível, os dispositivos do

[84] São dois os principais fundamentos da mitigação da extensão subjetiva dos efeitos da sentença proferida nas ações coletivas no caso de improcedência: a) evitar-se a possibilidade de fraude/conluio entre o autor e o demandado, com vistas a obter uma sentença de improcedência na ação coletiva para opor a coisa julgada aos terceiros titulares de direitos individuais; b) atenção às garantias do contraditório e ampla defesa, já que há substituição processual (artigo 6º do CPC), não representação; em outras palavras, o terceiro, substituído, não participou da relação processual, e, por isso, não pode ser afetado por decisão desfavorável; ainda, impedir-se de que recorresse ao Judiciário por meio de ação judicial seria fatal violação à garantia da inafastabilidade do controle judicial a lesão ou ameaça a direito.

[85] GIDI, Antonio. *Coisa Julgada e Litispendência nas Ações Coletivas*. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 60.

[86] GRINOVER, Ada Pelegrini. *Código de Defesa do Consumidor:* comentado pelos autores do anteprojeto. 5ª. Ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998, p. 722.

[87] MAZZILI, Hugo Nigri. *A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo.* 13.ed. São Paulo: Saraiva, 2001, pp. 253/255.

[88] Ao contrário do que se passa no direito americano, em que as *class actions* redundam em coisa julgada a todos os titulares dos direitos, em razão da adoção de mecanismos garantidores de tais direitos no processo, entre os quais se citam a *fair notice* e o *right to opt out*, além da atuação judicial fiscalizadora da adequação da representatividade. Cf. GRINOVER, Ada Pelegrini. Op. cit., 1998, p. 709.

revista pge - 61 - 2006.pmd 214 26/10/2006, 16:16

Título III da lei que instituiu o Código de Defesa do Consumidor.[89]

Desta forma, o artigo 103 da Lei nº 8.078/90 alcança inteiramente toda e qualquer defesa de interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos. Disciplinou a coisa julgada de acordo com a natureza do interesse objetivado: no caso de direitos difusos, a sentença transitada em julgado produzirá efeitos *erga omnes*, à exceção do caso de a improcedência decorrer de falta de provas, quando então outra ação poderá ser proposta com nova prova por qualquer legitimado, inclusive pelo mesmo autor da primeira ação; quando a tutela for de direitos coletivos, a sentença transitada em julgado produzirá efeitos *ultra partes,* limitadamente, pois somente atingirá o grupo, categoria ou classe envolvida na ação, apresentando a mesma exceção: se a improcedência decorrer de falta de provas, ocasião em que, igualmente, outra ação poderá ser proposta com nova prova; quando se tratar de direitos individuais homogêneos, a sentença transitada em julgado produzirá efeitos *erga omnes* apenas no caso de procedência da ação, beneficiando as vítimas e os sucessores.

A improcedência, por qualquer fundamento, não prejudicará as ações individuais, exceto quanto aos interessados que já tiverem intervindo como assistentes litisconsorciais na ação coletiva (artigo 103, §2º, do Código de Defesa do Consumidor). O § 1º do artigo 103, do CDC, estabelece que a coisa julgada da ação coletiva, que verse sobre interesses difusos e coletivos, não prejudica interesses e direitos individuais dos integrantes da coletividade do grupo, classe ou categoria, ou seja, se a ação coletiva for improcedente, o indivíduo também poderá propor sua ação individual em razão de seu dano individualmente considerado.[90]

Feita essa breve explanação do sistema de coisa julgada nas ações coletivas, a qual se entendeu oportuna, mas sem a pretensão de esgotar o tema, por demais vasto e até certo ponto tormentoso na doutrina, verifica-se que em caso de improcedência da ação coletiva os direitos individuais não serão afetados[91], mas a via coletiva estará fechada aos demais autores coletivos, **salvo se a demanda tiver sido julgada improcedente por insuficiência de provas, ocorrência do chamado *non liquet*. Aí, a coisa julgada, que é *secundum eventum litis* (somente ocorria sua extensão aos particulares em caso de procedência), só ocorrerá em face dos autores coletivos *secundum eventum probationis*, ou seja, caso a prova produzida seja suficiente para prolação de um comando definitivo sobre a questão.**

Diante de insuficiência probatória - ***non liquet*** -, a improcedência da ação não terá seus efeitos lançados nem mesmo sobre os autores coletivos, que poderão renovar a demanda, desde que fundada em prova nova (aqui entendida

[89] ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Mandado de Segurança Coletivo*. Aspectos Processuais Controversos. Porto Alegre: Editora Sergio Antonio Fabris, 2001, p. 53.

[90] MAZZILI, Hugo Nigri. Op. cit.

[91] Pequena ressalva feita quanto à participação do particular como litisconsorte na ação coletiva, hipótese em que é atingido pelos efeitos da sentença, bem como quando deixa de tomar a providência prevista no artigo 104 do CDC (suspensão da ação individual em até trinta dias do conhecimento da propositura da ação coletiva).

revista pge - 61 - 2006.pmd 215 26/10/2006, 16:16

simplesmente como a não utilizada no primeiro processo, aquela não colocada à apreciação judicial, sobre a qual, portanto, não se fundou o juízo de improcedência).

Nessa hipótese, há grande restrição da extensão subjetiva da coisa julgada. Isso porque qualquer legitimado, coletivo ou individual, poderá interpor nova ação estribado em idêntico fundamento, desde que munido de provas não utilizadas na primeira - novas.

Isso significa, em outras palavras, que não terá havido, com rigor, uma apreciação exauriente do mérito, a qual foi prejudicada pela falta de instrução suficiente à prolação de juízo de valor, imputável ao autor coletivo. Neste caso, o sistema jurídico adotou posição já conhecida no procedimento do mandado de segurança individual, em que, quando não há prova do direito líquido e certo – por ausência da chamada prova pré-constituída -, nova ação poderá ser proposta para análise do mérito, com apresentação de provas outras. Essa ilação, é claro, deve ser devidamente contemporizada pelas peculiaridades dos procedimentos, pois as provas produzidas na ação coletiva julgada improcedente por falta de exaurimento dos meios probatórios não necessariamente se restringem às pré-constituídas.

A coisa julgada em ações coletivas na hipótese de *non liquet* somente existe se considerar-se o mesmo "molde" de ação: pedido, causa de pedir e provas idênticas entre as ações paradigmas. Aqui ela ocorrerá em face de todos os autores coletivos (já que o autor individual tem a prerrogativa legal de demandar por sua "lesão diferenciada"[92]). Em caso diverso, o mérito poderá ser reapreciado, não obstante a anterior sentença de improcedência.

Fredie Souza Didier Júnior tece comentários semelhantes aos aqui esposados, dizendo que

> [...] adotou o legislador solução interessante: condicionou a formação da coisa julgada ao esgotamento das instâncias probatórias: a coisa julgada somente surge, a favor ou contra, se houve suficiência de prova. Nas demandas transindividuais (em que se inclui a ação popular), é correto afirmar, 'portanto, que pode haver sentença de improcedência de cognição não exauriente, ou melhor, sentença de improcedência com carga declaratória insuficiente para a produção de coisa julgada material. Nas ações coletivas que tutelam direitos transindividuais, assim, a sentença de improcedência de cognição exauriente e a sua conseqüência, que é a formação de coisa julgada material, ocorrem *secundum eventum probationis*.'[93]

Ainda, o doutrinador prossegue defendendo a tese de aplicabilidade da

[92] MAZZILI, Hugo Nigri. Op. cit.

[93] DIDIER JÚNIOR, Fredie Souza. Cognição, construção de procedimentos e coisa julgada: os regimes de formação da coisa julgada no direito processual civil brasileiro. *Jus Navigandi*. Teresina, 1.6, n. 58, ago. 2002. disponível em http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=3202. Acesso em: 15 out. 2004. p. 7.

revista pge - 61 - 2006.pmd 216 26/10/2006, 16:16

coisa julgada em razão de cognição exauriente *secundum eventum probationis* nas demandas investigatórias de paternidade desde que haja alteração legislativa prevendo-a.[94]

Cumpre salientar que, para os efeitos lógicos e analógicos que se pretendem extrair no presente estudo, não é relevante que, em verdade, no tocante às ações coletivas haja uma restrição da extensão subjetiva da coisa julgada[95], enquanto no mandado de segurança individual a inocorrência da coisa julgada resulte da ausência do pressuposto processual "direito líquido e certo", já que há um elo entre as hipóteses aqui aventadas, consistente em se reconhecer a ausência de cognição exauriente da matéria pela insuficiência da instrução levada a cabo no processo, sendo que na primeira hipótese há apreciação do mérito (e por questões de política legislativa, tendente à proteção dos direitos individuais dos que não participaram da lide, não se forma a coisa julgada) e na segunda isso deixa de ocorrer por não estar demonstrado o direito de plano. É essa similitude que importa para fins de construção teórica.

Explanadas as hipóteses constantes nos itens "2.3" e "2.4", outrossim, demonstra-se claramente que a cognição exauriente *secundum eventum probationis* é aceita por nosso ordenamento jurídico, e é fator determinante da imutabilidade dos efeitos da decisão judicial. Em havendo tal tipo de cognição, há imutabilidade dos efeitos; em não ocorrendo por insuficiência probatória, não há julgamento com caráter de definitividade. Na exceção de pré-executividade, passa-se fenômeno semelhante: ela é elemento desencadeador do contraditório e aprofundador da cognição nos autos do processo executivo, e, dependendo da existência de prova documental nos autos autorizadora da formação de juízo de certeza, propicia a cognição exauriente *secundum eventum probationis*.

No terceiro e último capítulo, intitulado "Coisa Julgada na Execução", se reunirão as premissas esboçadas na primeira e segunda parte deste ensaio, a fim de fornecerem-se os contornos devidos ao reconhecimento da eficácia preclusiva do julgamento da exceção de pré-executividade, especialmente a partir da constatação de que a cognição exauriente *secundum eventum probationis* origina a formação da coisa julgada material e de preclusão, dependendo da espécie de matéria apreciada.

[94] Idem, ibidem, p. 13.

[95] Eis que de alguma forma ela sempre ocorrerá, ainda que nos casos de improcedência: como dito antes, em havendo o mesmo "molde" de ação.

revista pge - 61 - 2006.pmd 217 26/10/2006, 16:16

4 COISA JULGADA NA EXECUÇÃO

4.1 Mérito e Coisa Julgada Material na Execução

LIEBMAN afirma a inexistência de mérito no processo de execução.[96] Todavia, a doutrina mais recente vem se posicionando admitindo a sua existência, embora diferenciando-o do processo de conhecimento.[97]

De fato, a relação jurídica de direito material subjacente à execução não é analisada nos autos do processo executivo, não havendo declaração, constituição ou condenação a fazer tendo-se-a como prisma. Isso porque o credor já possui em seu favor o título, ao qual foi outorgado, pela lei, um especial *status* representativo de seu direito, acrescido do atributo de executividade, autorizando o titular a exigir do órgão judicial a prática dos atos tendentes à satisfação desse direito. Porém, se for entendido o mérito como objeto do processo, conforme proposto por Danilo Knijnik ("todo o processo o tem"), se verificará que há "uma série de questões passíveis de enfrentamento ao longo de seu progredir"[98], e que transcendem a simples ordenação dos atos executivos.

Consoante Sandro Gilbert Martins, "como se vê, a concepção de mérito está atrelada à de lide, de modo que, existindo esta, haverá de existir aquele."[99]. Sobre o tema, Araken de Assis assim preleciona:

> Existindo lide no processo executivo, ostentaria ele, por sua vez, mérito? Impõe-se a resposta positiva. Distinto que seja das ações de carga declarativa, constitutiva ou condenatória, há mérito em qualquer ação executiva: jamais se conceberia a aberração, implícita na negativa, de uma demanda 'oca'.[100]

Marcelo Navarro Ribeiro Dantas, citado por Sandro Gilbert Martins, afirma:

> Ora, se mérito é pedido, há mérito na execução, porque nele é pedido. Pede-se, *in executivis*, a satisfação dos direitos do credor. Portanto, os atos praticados, no processo executório, para a satisfação desse direito, constituem o *mérito* na execução [...] Há um *mérito* na execução: a satisfação dos direitos do credor, que é exatamente o *pedido* do executado, e constitui a *lide* nesse processo, porquanto revela um conflito entre o que ele pretende (receber o que lhe é devido) e a posição do executado (não cumprir o que deve).[101]

---

[96] LIEBMAN, Enrico Tullio. *Processo de Execução*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 1990.
[97] ROMANO, Rogério Tadeu. *O mérito na execução civil*.
[98] Op. cit., p. 210.
[99] MARTINS, Sandro Gilbert. *A Defesa do Executado por Meio de Ações Autônomas: defesa heterotópica.* Coleção Estudos de Direito Processual Enrico Tullio Liebman, v. 50. São Paulo: RT, 2002, p. 60.
[100] Op. cit., p. 1097.
[101] Op. cit., p. 61.

revista pge - 61 - 2006.pmd 218 26/10/2006, 16:16

Cândido Rangel Dinamarco assinala que o "juiz é seguidamente chamado a proferir *juízos de valor* no processo de *execução*", o que ocorre, por exemplo, "quando resolve a questão de estar ou não amparada de título executivo a demanda inicial do exeqüente (*v.g.*, letra de câmbio sem aceite)".[102]

Pois bem. Identificada a existência de mérito no processo executivo, isso não significa a simplória conclusão de que há formação da coisa julgada material na execução, sendo esse tema de grande controvérsia doutrinária. A doutrina reluta em assentir na sua ocorrência, justamente em razão da peculiar característica da "lide" existente na execução, que se resumiria à pretensão resistida ao adimplemento, não se confundindo com o mérito do processo de conhecimento, que diz com respeito à relação jurídica de direito material envolvendo as partes.

Leonardo Greco sintetiza o pensamento mais conservador:

> A sentença no processo de execução, mesmo quando declara o direito material entre as partes, não adquire a imutabilidade da coisa julgada, ou seja, não gera a certeza desse direito material que impeça volte ele a ser rediscutido em outro processo.
>
> Essa limitação sofrida pela sentença na execução é absolutamente coerente com a natureza da atividade jurisdicional exercida nesse tipo de processo: atividade coativa e satisfativa, não cognitiva, ou, no máximo, acompanhada de superficial e sumária atividade cognitiva.[103]

Todavia, há que se reconhecer que há possibilidade, sim, de ocorrência de coisa julgada material no processo executivo.

Tereza Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina dizem que, ocorrendo declaração judicial reconhecendo que a dívida foi paga, ou reconhecendo a ocorrência de prescrição, "não se pode negar que terá ocorrido julgamento, embora em sede imprópria, e não há como se afastar, por isso, a ocorrência de coisa julgada"[104]. Os autores ainda citam outros doutrinadores que possuem idêntico ponto de vista, quais sejam: José Frederico Marques e Sérgio Rizzi, que concordam que, nessas hipóteses, há cabimento de ação rescisória contra a sentença proferida em processo de execução, por haver sido decidida matéria de mérito.[105]

Em artigo de sua autoria individual, Thereza Alvim afirma que

> [...] tratando-se de sentença que extingue a execução, porque o devedor satisfez a obrigação, por o devedor obter, mediante transação ou qualquer outro meio, a remissão total da dívida ou por o credor ter renunciado ao crédito, inegavelmente, ficará ela abrangida pela imutabilidade própria da coisa julgada material.

[102] Op. cit., p. 173-174.
[103] GRECO, Leonardo. A Execução e a Efetividade do Processo. *Revista de Processo nº 94,* p. 34-66, abril-junho 1999.
[104] Op. cit., p, 114.
[105] Id.

revista pge - 61 - 2006.pmd 219 26/10/2006, 16:16

> Esse o motivo pelo que nos parece só poderá ser desconstituída através de ação rescisória.[106]

Na mesma linha, Rogério Tadeu Romano aduz que

> tanto no julgamento dos embargos de execução com sentença de mérito, como em matéria de exceção de pré-executividade, como renúncia de crédito, reconhecimento de pagamento, há decisão do mérito, aí sim, capaz de gerar coisa julgada material e, a partir disso, possibilitar ação rescisória a teor do artigo 485 do Código de Processo. Reconhecimento de prescrição é mérito, reconhecimento judicial de renúncia de crédito é mérito. Mérito que gera coisa julgada material. Aí sim, temos a possibilidade de ajuizamento de ação desconstitutiva de coisa julgada material.[107]

Ainda, não se pode deixar de citar Alberto Camiña Moreira, que ressalta que quanto à prova documental que seguir a exceção de pré-executividade se processará cognição exauriente. Desta forma, aduz, o juiz, "ao reconhecer a prescrição ou decadência, por exemplo, proclamará o comando aplicável à espécie, o qual é o elemento imutável da sentença; forma-se, assim, situação jurídica inalterável, a coisa julgada material."[108]

Camiña cita a posição de Barbosa Moreira, que igualmente aceita a formação da coisa julgada no processo de execução caso haja reconhecimento de prescrição, e a de Donaldo Armelin, que a admite quando reconhecido o pagamento se questionada a validade, abrangência ou autenticidade da quitação e de seu instrumento.[109]

Também Humberto Theodoro Júnior afirma que quando a exceção de pré-executividade versar sobre "questão que irá afetar o direito material cuja realização se pretendeu no processo, não há razão para lhe negar a força da *res iudicata*."[110]

As hipóteses acima aventadas, contudo, notadamente dizem respeito à imutabilidade dos efeitos da sentença extintiva do processo de execução. Se, com relação a ela, ainda não é pacífico o entendimento de ocorrência da coisa julgada, o problema se intensifica quando se trata de decisão interlocutória que trate sobre matéria de mérito, o que ocorre pela rejeição da exceção de pré-executividade em caso de alegação, *v.g.,* de prescrição.

---

[106] ALVIM, Thereza. Notas sobre alguns aspectos controvertidos da ação rescisória. *Revista de Processo 39/15.*
[107] Op. Cit.
[108] Op. cit., p. 192.
[109] Idem, p. 193.
[110] THEODORO JÚNIOR, Humberto. Meios de Defesa do Devedor diante do Título não Executivo, fora dos Embargos à Execução. Ações autônomas e Argüição de Não-Executividade. *Revista Dialética de Direito Processual*. V. 15, p. 32-55, 2004.

revista pge - 61 - 2006.pmd 220 26/10/2006, 16:16

4.2 A Eficácia Preclusiva do Julgamento da Exceção de Pré-executividade - Tendências Doutrinárias e Jurisprudenciais

Como visto no tópico anterior, para a parte da doutrina que considera admissível a formação da coisa julgada material no processo de execução, ainda assim essa aceitação diz com respeito aos efeitos da sentença extintiva da execução, seja pelo acatamento da alegação, esposada em exceção de pré-executividade, de pagamento, de novação, de prescrição ou decadência. Diferentemente, ou de maior perquirição, é o reconhecimento de coisa julgada em razão da decisão que **rejeita** os argumentos erigidos em sede de exceção, proferida interlocutoriamente no processo.

Alcides de Mendonça Lima analisa o cabimento de ação rescisória contra acórdão proferido em agravo de instrumento, afirmando:

> [...] Ainda quando a decisão for atacada por agravo de instrumento [...], normalmente cabível apenas contra decisão interlocutória (que não atinge o mérito, portanto), nem por isso fica imune à ação rescisória, desde que o conteúdo seja considerado como mérito pelos efeitos jurídicos que gera dentro e fora do processo. O mérito não decorre apenas de verdadeira sentença definitiva, embora toda a sentença definitiva abranja sempre o mérito. Além disso, pode não existir o mérito no sentido técnico verdadeiro, e a sentença – ou decisão – comportar a ação rescisória.[111]

Mais adiante, frisa o processualista que o fato de ser impugnado na ação rescisória o acórdão proferido em agravo de instrumento não deve ser suficiente para, *in limine*, afastar o cabimento daquela, devendo ser verificado se a decisão contém ou não matéria de mérito, que "caiu sob a égide da coisa julgada material", tornando-se imutável, "pelos efeitos jurídicos gerados para as partes, para terceiros e para o Poder Judiciário".[112]

O entendimento do doutrinador supracitado reforça a idéia de que não é o **rótulo** da decisão o que determina a formação da coisa julgada, fato que já havíamos salientado no decorrer deste trabalho.

Efetivamente, deve se atentar para a **matéria** suscitada na exceção de pré-executividade, eis que, como referido no item "1.4", os integrantes da corrente ampliativa aceitam a defesa intra-execução mesmo quanto a matérias que extravasam as questões processuais, desde que demonstradas com provas pré-constituídas. Destarte, na exceção poderá estar-se debatendo prescrição, pagamento, ou outros elementos integrantes do mérito, os quais, à luz da letra fria da lei (Código de Processo Civil, artigo 736, e Lei de Execuções Fiscais, artigo 16, §§ 1º e 2º), somente poderiam ser discutidos em embargos.

[111] LIMA, Alcides de Mendonça. Ação Rescisória contra Acórdão em Agravo de Instrumento. *Revista de Processo nº 41*, p. 15-19, 1986.
[112] Id.

revista pge - 61 - 2006.pmd 221 26/10/2006, 16:16

O doutrinador que mais firmemente enfrenta a questão, asseverando a existência de possibilidade de formação da coisa julgada material a partir da decisão que rejeita a exceção de pré-executividade é Geraldo da Silva Batista Júnior, que explicita:

> Fincadas todas as premissas estabelecidas neste capítulo, ousamos concluir que a decisão de rejeição da exceção de pré-executividade, baseada em matéria de direito substancial, estará apta a formar coisa julgada material quando reconhecer a existência de elementos probatórios suficientes nos autos e a ausência do direito do postulante. Quando a rejeição se der em virtude da inexistência de elementos probatórios suficientes, assim como no mandado de segurança (nos termos do entendimento do STF), não o estará.[113]

Vê-se que o eminente jurista concilia os diversos institutos analisados no presente estudo, para fazer concluir a existência da **coisa julgada material decorrente de cognição exauriente *secundum eventum probationis* na exceção de pré-executividade.**

Esse é, pois, uma das conclusões defendidas no presente ensaio.

Carlos Henrique Abrão, na mesma linha, em que pese não fundamentar com profundidade seu posicionamento, assevera que a matéria decidida em sede de pré-executividade não permite repetição na oportunidade de interposição dos embargos.[114]

A maior parte da doutrina e jurisprudência, todavia, não admite a formação de coisa julgada em decorrência da rejeição da exceção de pré-executividade, aceitando, outrossim, a renovação das matérias suscitadas por ocasião da apresentação dos embargos, sob o argumento de que ocorre mera preclusão, fenômeno interno do processo, que não projeta seus efeitos para fora deste[115].

4.3 Renovação da Matéria Deduzida na Exceção em Sede de Embargos à Execução

Chega-se, enfim, ao ápice do presente estudo. Analisar-se-á, nos itens seguintes, pormenorizadamente, as matérias decididas em exceção e a conseqüência advinda do julgamento.

---

[113] Op. cit., p. 79.

[114] ABRÃO, Carlos Henrique. Exceção de Pré-Executividade na Lei 6.830/80. *Revista Dialética de Direito Tributário nº 22*, p. 11-17.

[115] Cf. Apelação Cível nº 70004255840, 21ª. Câmara Cível do TJRS, Relator Desembargador Genaro José Baroni Borges, julgado em 18/12/02, em cujo corpo cita-se lição de Araken de Assis, que afirma: "apesar de rejeitada a exceção, ao devedor afigurar-se-á lícito alegar a matéria, outra vez, nos embargos. É que, em caso de rejeição, só ocorrerá preclusão, fenômeno interno ao processo executivo, jamais a eficácia de coisa julgada (art. 467), inexistente, sob qualquer circunstância, nos domínios executivos" (Manual do Processo de Execução – p. 506 – RT- sexta edição).

revista pge - 61 - 2006.pmd 222 26/10/2006, 16:16

4.3.1 As Condições da Ação como Objeto da Exceção de Pré-Executividade

As condições da ação, incluídas no âmbito de apreciação *ex officio* do julgador (integrantes de seu *officium judicis*, conforme ensinamentos de Danilo Knijnik[116]), são comumente objeto da exceção de pré-executividade. Dentre a possibilidade jurídica do pedido, interesse em agir e legitimidade para a causa, é esta última, sem dúvidas, o mais recorrente tema debatido em executivos fiscais, notadamente quando redirecionados para buscar a responsabilização do sócio administrador da empresa dissolvida irregularmente (responsabilidade estribada no artigo 135, inciso III do Código Tributário Nacional, além de outros diplomas legislativos). A exceção de pré-executividade proposta visa a obter decisão judicial que afaste o devedor subsidiário do pólo passivo da execução.

Suponhamos que uma vez recebida e processada a exceção, com vistas ao credor para manifestação (como determina o lado reverso da garantia do contraditório, de aplicação ambivalente às partes), o juiz acabe por repelir a alegação de falta dessa condição da ação, a qual era lastreada exclusivamente na prova documental aportada nos autos. Então, questiona-se se essa decisão intraprocessual tem o condão de definir peremptoriamente a questão.

As condições da ação, sabidamente, embora sua inexistência nos termos da lei adjetiva provoque a extinção processual sem julgamento do mérito, dizem com respeito ao direito material, **pois a análise de sua presença obriga ao exame do mérito da demanda**. Nas palavras de MARINONI (2003, p. 69), negar a presença das condições da ação seria "um caso de afirmação macroscópica de falta de amparo do autor perante o direito material."[117]

A 'teoria eclética' de Enrico Tullio Liebman, que aparta do mérito da demanda os pressupostos processuais e as condições da ação, vem merecendo críticas dos processualistas mais modernos, como Ovídio Baptista da Silva, para quem

> [...] quando o juiz declara inexistente uma das 'condições da ação', ele está em verdade declarando a inexistência de uma pretensão acionável do autor contra o réu, estando, pois, a decidir a respeito de uma pretensão posta em causa pelo autor, para declarar que o agir deste contra o réu - não contra o Estado - é improcedente. E tal sentença é, já, sentença de mérito.[118]

No mesmo sentido Galeno Lacerda[119], Araken de Assis[120] e Humberto Theodoro Júnior[121].

---

[116] Op. cit., p. 182.
[117] MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do Processo de Conhecimento: a Tutela Jurisdicional através do Processo de Conhecimento*. 2. ed. São Paulo: RT, 2003.
[118] SILVA, Ovídio Baptista da. *Curso de processo civil*. V.1, Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1987, p. 90.
[119] LACERDA, Galeno. *Despacho Saneador*. 3.ed. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1990, p. 88.
[120] ASSIS, Araken de. *Cumulação de ações*. 3.ed. rev. e atualiz. São Paulo: RT, 1998. p. 68.
[121] THEODORO JÚNIOR, Humberto. Meios de Defesa do Devedor diante do Título não Executivo, fora dos Embargos à Execução. Ações autônomas e Argüição de Não-Executividade. *Revista Dialética de Direito Processual*. V. 15, p. 32-55, 2004.

revista pge - 61 - 2006.pmd 223 26/10/2006, 16:16

Nesse diapasão, também a decisão interlocutória que atesta a existência de alguma das condições da ação é uma decisão com potencialidade de gerar coisa julgada material. Em outros termos, no caso de suficiência da prova documental para propiciar juízo de certeza (obtido pela cognição exauriente *secundum eventum probationis*), transita em julgado a declaração judicial da existência das condições, e isso é juridicamente sustentável.

Como se disse, não é admissível a alegação calcada unicamente em interpretação literal da lei no sentido de que a extinção do processo por falta das condições da ação é feita por sentença sem aptidão de gerar coisa julgada material (artigo 267, VI do CPC), a não ser que se faça a devida afinação da assertiva, complementando-a para assinalar que a relação jurídica material subjacente não é decidida – esse mérito não é definido. Mas é esse mesmo mérito que é "espiado" para afirmar-se acerca das condições da ação, razão pela qual a decisão que as aprecia, uma vez não mais suscetível de recursos, adquires estabilidade material.

Germana Maria Leal de Oliveira, ao defender que o "direito líquido e certo" no mandado de segurança tem natureza jurídica de pressuposto processual, e não de condição da ação (antagonizando aqueles que o consideram integrante da categoria "interesse em agir" por inadequação da via eleita), argumenta, parafraseando MARINONI[122], que se assim fosse, essa inadequação obstaria nova impetração com idênticos fundamentos, formando coisa julgada material tal decisão, implicando dizer que o interessado teria, necessariamente, de se utilizar das vias ordinárias, o que não ocorre no caso do *writ*:

> [...] Como justificar então as hipóteses nas quais a impetração é, pacificamente, passível de repetição desde que sejam acostados à exordial os documentos comprobatórios da ofensa perpetrada e reste atendido o prazo decadencial de cento e vinte dias? Abraçando a tese de que a demonstração de existência de 'direito líquido e certo' seria condição da ação isso não seria possível, razão pela qual se defende a idéia de que seria na verdade pressuposto processual, levando ao não-conhecimento da demanda uma vez não restando atendido.[123]

Destarte, à luz da doutrina (fonte do direito à que se agregam as valiosas considerações de Fredie Souza Didier Júnior[124]) que considera as condições da ação como integrantes do mérito (sendo que mesmo entre os doutrinadores integrantes dessa linha de pensamento há divergência quanto à colocação de todas as condições como *meritum causae* ou apenas a legitimidade e a possibilidade jurídica do pedido), distanciando-se dos ensinamentos de LIEBMAN,

[122] Op. cit., p. 70
[123] Op. cit., p. 32-33.
[124] DIDIER JÚNIOR, Fredie Souza. Um réquiem às condições da ação. Estudo analítico sobre a existência do instituto. **Jus Navigandi**, Teresina, a.6, n.56, abr. 2002. Disponível em: <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2918>. Acesso em: 15 out. 2004.

revista pge - 61 - 2006.pmd 224 26/10/2006, 16:16

que as enquadra como pressupostos de admissibilidade do seu exame, é forçoso concluir que tanto a decisão que rechaça a pretensão à prestação jurisdicional (por ausente as condições da ação) como a que acata a pretensão, refutando argüições de falta de elementos dessa ordem, estão aptas a adquirir o caractere de imutabilidade de seus efeitos em se esgotando a faculdade recursal.

Tendo o juiz, diante da apresentação de exceção de pré-executividade em que se alega a ilegitimidade passiva do executado, responsável tributário, *v.g.*, afastado tal alegação, emitindo juízo de certeza fulcrado na suficiência da prova documental acostada aos autos do processo de execução, capaz de fazer concluir pela existência de responsabilidade tributária do administrador, tal decisão reveste-se de **imutabilidade** após decurso do prazo recursal *in albis* ou depois de esgotadas as instâncias ordinária e extraordinária, apreciados os recursos interpostos pelo inconformado. Essa decisão judicial terá sido lastreada em cognição exauriente *secundum eventum probationis*, e a conseqüência jurídica de admitir-se essa espécie de cognição no processo executivo é acolher-se a possibilidade de formação de coisa julgada material.

Os efeitos dessa decisão extrapolam o processo em que proferida, redundando em que tal matéria não poderá ser repetida por ocasião da apresentação de embargos do devedor em razão de prévio exame verticalmente profundo, exauriente *secundum eventum probationis*.

Há decisões do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul inadmitindo a reapreciação da ilegitimidade passiva sob o fundamento da **preclusão**[125], o que se considera não ser a solução técnica mais adequada, em razão de sua integração ao mérito.

4.3.2 Pagamento, Prescrição, Decadência

O mesmo desfecho supra-referido deve ser dado com relação ao afastamento, na exceção de pré-executividade, de questões como o pagamento, prescrição e decadência, matérias de mérito que, se examinadas com a devida profundidade por assim o propiciar a prova documental, deverão estar definitivamente afastadas como meio de defesa – ou de ação - do executado.

Com o reconhecimento da coisa julgada por cognição exauriente *secundum eventum probationis*, a matéria estará definitivamente retirada da esfera jurídica do devedor, seja para alegação nos embargos, seja como causa de pedir de eventual ação impugnativa autônoma – ação de repetição do indébito ou ação anulatória. Essa providência é reclamada para a estabilização das relações jurídicas e efetividade do processo de execução.

A **aplicação prática** do posicionamento ora sufragado é sinalizada com a análise do julgamento abaixo ementado:

[125] Cf. Apelação Cível nº 70006250260, 10ª Câmara Cível, Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Relator Luiz Ary Vessini de Lima, julgado em 07/08/2003.

revista pge - 61 - 2006.pmd 225 26/10/2006, 16:16

> AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUCAO FISCAL. EXCECAO DE PRE-EXECUTIVIDADE. CABIMENTO. **ILEGITIMIDADE DE PARTE. RESPONSABILIDADE TRIBUTARIA SUBSIDIARIA DO SOCIO**. INTELIGENCIA DOS ART. 133, 135, III E 136, TODOS DO CTN. A DENOMINADA EXCECAO DE PRE-EXECUTIVIDADE, CONSTRUCAO PRETORIANA E NAO PREVISTA EXPRESSAMENTE EM LEI, TEM CABIMENTO NAS HIPOTESES EXCEPCIONALISSIMAS E RESTRITAS DE FLAGRANTE INEXISTENCIA OU NULIDADE DO TITULO EXECUTIVO, BEM ASSIM NAS HIPOTESES REFERENTES A FALTA DE PRESSUPOSTOS PROCESSUAIS E/OU CONDICOES DA ACAO. NAO SE FAZENDO PRESENTES AS HIPOTESES REFERIDAS, CORRETA A DECISAO DE PRIMEIRO GRAU QUE REJEITOU DENOMINADA EXCECAO DE PRE-EXECUTIVIDADE, MAXIME QUANDO EXISTE PROVA DE DISSOLUCAO IRREGULAR DA SOCIEDADE SUCESSORA E TENDO O FATO GERADOR, AINDA, OCORRIDO EM EPOCA QUE DETINHA ELE PODERES DE GERENCIA NA EMPRESA SUCEDIDA. DAI, EVIDENTE SUA RESPONSABILIDADE PARA INTEGRAR O POLO PASSIVO DA EXECUCAO. **NAO CARACTERIZACAO DA PRESCRICAO INTERCORRENTE**. AGRAVO NAO PROVIDO[126] [grifo nosso].

Trata-se de acórdão que julgou exceção de pré-executividade, mantendo a decisão originária que a rejeitou, repelindo as alegações de prescrição intercorrente e ilegitimidade passiva do sócio-gerente da empresa originariamente executada – contribuinte de ICMS – contra quem foi redirecionado o processo executivo em razão da dissolução irregular da sociedade (infração à lei que, nos termos do artigo 135, inciso III, do Código Tributário Nacional, autoriza a responsabilização tributária do administrador). Verifica-se, pela ementa, e pelo teor do voto do Desembargador Relator, Henrique Osvaldo Poeta Roenick, da 1ª. Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, que as matérias foram apreciadas exaurientemente, havendo nos autos elementos probatórios sob a forma documental suficientes ao conhecimento aprofundado dos temas.

As alegações feitas pelo excipiente nesse caso em concreto, outrossim, **não poderão ser renovadas por ocasião dos embargos à execução**, sob pena de afronta ao instituto da coisa julgada. Admitir-se sua reiteração constituir-se-ia em inocuidade absoluta da apreciação judicial anterior, o que conduziria à conclusão de total inépcia do Poder Judiciário em seu papel de satisfazer o direito do credor, estampado no título executivo. A efetividade processual ficaria deveras comprometida. A propósito, ao expor a tese da cognição plena (já que admite a alegação de quaisquer matérias **demonstráveis** e **demonstradas** de plano) e exauriente *secundum eventum probationis,*

[126] (Agravo de Instrumento nº 70004833679, 1ª. Câmara Cível, Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Relator Henrique Osvaldo Poeta Roenick, julgado em 23/10/2002).

revista pge - 61 - 2006.pmd 226 26/10/2006, 16:16

Geraldo da Silva Batista Júnior ressalta que seu posicionamento "tem também o mérito de colaborar com a construção de um processo executivo mais efetivo, eliminando o inconveniente da repetição de alegação da mesma matéria em exceção de pré-executividade e, posteriormente, em embargos."[127]

4.3.3 Vícios Formais no Título

Tereza Arruda Alvim Wambier, na obra em conjunto com José Miguel Garcia Medina, ao tratar do juízo de admissibilidade na execução, associado aos institutos da preclusão e coisa julgada, assinala que, em sendo a execução extinta ante a ausência de requisito formal no título executivo, e reproposta a demanda sem suprimento do vício, a coisa julgada estaria sendo afrontada.[128]

O título executivo, no dizer de ARAKEN DE ASSIS (1987, p. 77), seguido por KNIJNIK (2001, p. 105), é pressuposto processual para a execução. Destarte, uma vez ocorrentes falhas que o desnaturam da qualidade de executividade, outra demanda somente poderá ser proposta em sendo suprido o vício, eis que o mesmo título, já apresentado e já rechaçado, está definitivamente descartado para qualquer outra demanda (executiva, frisa-se bem, aberta a via do processo de conhecimento para busca de título judicial).

A contrario sensu, fazendo o devedor uso da exceção de pré-executividade para questionar os requisitos do título executivo, ou seja, provocando a cognição mais profunda e sendo a defesa intraprocessual desacolhida, há igualmente de ser reconhecida a coisa julgada para afastar a reapreciação da matéria em embargos.

Todavia, em sendo a questão nitidamente alusiva a pressupostos processuais específicos para a execução, a sustentação de coisa julgada fica tecnicamente dificultada, eis que se trata de matéria antecedente ao mérito. Nestes casos, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul tem rechaçado novo conhecimento da matéria com fundamento na **preclusão**:

> EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. ICMS. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. PRECLUSÃO. MULTA. LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. 1. Não é atingida pela preclusão, podendo ser analisada em embargos à execução, matéria não apreciada na exceção de pré-executividade. 2. Havendo infração à legislação tributária, correta a imposição da multa fiscal, sanção pelo não cumprimento das obrigações principal e acessória. 3. Na ausência dos requisitos do art. 17 do Código de Processo Civil, não é de ser mantida a condenação à pena de litigância de má-fé. Recurso provido em parte.[129]

[127] Op. cit., p. 80.
[128] Ob. cit., p. 101.
[129] Apelação Cível nº 70007620180, 22ª Câmara Cível, Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Relatora Maria Isabel de Azevedo Souza, julgado em 16/12/2003.

revista pge - 61 - 2006.pmd 227 26/10/2006, 16:16

Forçoso admitir que a evocação do instituto da preclusão não está à margem de críticas. Isso porque, por definição e disciplina legal, os efeitos da decisão sujeita à preclusão não extrapolam o processo em que proferida. Então, decisão prolatada nos autos do processo executivo não alcançaria a ação de embargos. Mais, barrar-se o reexame da matéria em embargos à execução, cuja cognição é plena (quanto aos títulos executivos extrajudiciais, já que quanto aos judiciais apenas os temas explicitados no artigo 741 poderão ser suscitados), implicaria em fechamento, também, da via das ações impugnativas autônomas, o que importaria em reconhecimento de amplos efeitos dessa decisão.

A questão é tormentosa, mas parece-nos que a preclusão consumativa pode, sim, servir à fundamentação à não apreciação da matéria já refugada no julgamento da exceção de pré-executividade.

Em havendo o executado provocado a cognição judicial, aprofundando-a e tornando-a exauriente pela expressa manifestação do julgador acerca da suficiência da prova documental que lhe é apresentada para prolação de juízo de certeza, o devedor usou e esgotou seu argumento para obstar a satisfação do crédito, para obstar a execução. Consumou, assim, a sua faculdade de contraditório quanto à higidez do título executivo. E isso nos autos do processo executivo, enquanto poderia ter deixado para mais adiante, para após a penhora. Como se antecipou, usando de uma incipiente prerrogativa de contraditório, instaurando-o na execução, defensável que lhe seja impingida a conseqüência de ver retirada tal argüição de seu meio de defesa que logo se segue, os embargos, em razão da preclusão.[130]

A exceção de pré-executividade, outrossim, é um instrumento que deve ser compreendido como **antecipador – parcial - dos embargos, quanto à matéria demonstrada de plano (e conhecível *ex officio*, conforme a maior parte da doutrina e jurisprudência).** E os embargos, embora sejam considerados uma ação incidental – por abrir o processo de conhecimento dentro do executivo – não constituem rigorosamente uma relação processual autônoma, na medida em que não há citação para embargar, mas **intimação** acerca do prazo para tal (artigo 738 do CPC e 16 da LEF), e não se realiza o efeito da revelia "confissão" ainda que ultrapassado *in albis* o prazo para os embargos, podendo a dívida ser questionada em ação autônoma.

Os embargos, assim, são meios típicos de oposição à execução (artigo 736 do CPC), e, translativamente, à dívida em si: poderá não ser apresentado antagonismo à execução, e a dívida ser objeto de impugnação em outra ação; ou haver discussão quanto à dívida em outro processo e ainda assim ser promovida a execução (artigo 585, §1º do CPC).

Veja-se, portanto, que a ação incidental de embargos está intimamente ligada à objeção ao processo de execução, que somente

[130] Carlos Alberto Álvaro de Oliveira coloca a preclusão como elemento integrante do formalismo no processo civil, ressaltando seu desiderato de restrição à liberdade das partes, reconhecendo que "Não há dúvida, porém, de que a ameaça de preclusão constitui princípio fundamental da organização do processo, sem o qual nenhum procedimento teria fim." OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. *Do Formalismo no Processo Civil*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 169 e 170.

revista pge - 61 - 2006.pmd 228 26/10/2006, 16:16

será suspenso em razão daquela.[131]

Desta forma, a preclusão consumativa ocorrida na execução poderá, muito bem, ser estendida ao processo de embargos, para o fim de negar ao executado/embargante que a mesma causa de pedir de que já se valeu dentro dos autos do processo executivo venha, novamente, a causar embaraços quanto a seu prosseguimento. Não se trata de projeção extraprocessual dos efeitos da decisão que julgou a exceção de pré-executividade, por tratar-se de uma cadeia processual integrada.

Todavia, não se localizam justificativas jurídicas para elidir a utilização das alegações quanto à validade do título executivo rechaçadas em exceção de pré-executividade em ações autônomas. A ação anulatória, consignatória e a repetição do indébito estão autorizadas, não se lhe alcançando os efeitos da preclusão.

4.4 Do Momento de Aferição da Existência de Óbice à Renovação da Matéria

Casos há em que, apreciada a exceção de pré-executividade, o juiz, explicitará que a prova produzida não é suficiente para o acolhimento das razões deduzidas pelo excipiente, e nem para asseverar inexistência de razoabilidade de suas alegações. Ou seja, o juízo de certeza não pode ser formado à luz dos elementos constantes nos autos. O caminho, aqui, estará totalmente aberto para utilização da via incidental dos embargos à execução, em que o embargante deverá se debruçar na produção de outros meios de prova, além da documental já posta à apreciação judicial nos autos executivos, por ocasião da defesa intraprocessual.

Salienta-se que, caso o juiz não disponha de elementos suficientes nos autos à formação de sua convicção, deverá não conhecer a exceção por tratar-se de matéria em relação à qual se faz necessária dilação probatória, inadmitida nos autos da execução (ausente, assim, o requisito de admissibilidade da defesa endoprocessual). O não conhecimento da exceção, outrossim, propiciará que o excipiente venha novamente trazer à baila as questões quando da interposição da ação incidental, eis que o exame da questão apresentada na execução foi protraído para oportunidade futura. Ainda que o Magistrado, erroneamente, declare conhecer e desacolher a exceção, deve se extrair da fundamentação ou do dispositivo da decisão que a julgar essa circunstância autorizadora da repetição da matéria em embargos, qual seja, a não existência de prova viabilizadora de cognição exauriente, mas de simples cognição sumária.

De se salientar que não raro, porém, haverá o pressuposto da insuficiência probatória na *exceptio* a propiciar o ajuizamento de embargos

[131] Cf. Agravo de Instrumento nº 70004188215, 21ª. Câmara Cível, Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Relatora Liselena Schifino Robles Ribeiro, julgado em 18/12/2002.

revista pge - 61 - 2006.pmd 229 26/10/2006, 16:16

repetindo a matéria, mas, findo o procedimento da ação incidental, verificar-se-á a não inovação em termos probatórios em relação ao que já foi produzido nos autos da exceção. Neste caso, incidirão os fenômenos da coisa julgada e preclusão a impedir pronunciamento judicial diferente do já prolatado por ocasião da apreciação da defesa intra-execução – isso se o Magistrado tiver se pronunciado expressamente na exceção de pré-executividade no sentido de afastamento dos argumentos tecidos pelo executado, escudado nas provas apresentadas. Aqui, o fundamento é a necessidade de estabilização das decisões judiciais, pois se as alegações do devedor fossem suficientes à determinação da extinção da execução, assim deveria ter sido decidido e, em havendo inconformidade, o executado/excipiente deveria ter o ingressado com o recurso cabível.

Entendimento diferente implica em aceitação de que o executado abuse de seu direito de defesa, na medida em que possa simplesmente ignorar uma primeira de decisão judicial que lhe é desfavorável e venha repetir suas alegações quando da oposição dos embargos do devedor, acarretando desprestígio ao Poder Judiciário e obstaculizando o direito do credor a um processo efetivo.

5 CONCLUSÃO

Em um momento em que a coisa julgada é objeto de tendências relativizadoras, pode parecer se estar na contramão do fluxo do pensamento jurídico ao se asseverar a sua ocorrência intraprocessual, assim como a identificação, ainda hoje em nosso ordenamento, da preclusão *pro judicato*.

Isso, todavia, é um equívoco do intérprete apressado, eis que as necessidades sociais também conclamam a segurança jurídica decorrente da estabilização das decisões judiciais, evitando-se atos notadamente protelatórios do obrigado.

É interessante abordar-se o valor da segurança jurídica, que normalmente vem em contraposição ao da efetividade no processo, eis que associada aquela à ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes (Constituição da República, artigo 5º, inciso LV), o que afeta a celeridade processual. Não significa somente isso a segurança jurídica, porém, mas também é ela alcançada quando o julgamento da contenda entre as partes adquire feição definitiva.

Em se tratando de execução, a cognição é diferenciada, como já vimos. E, uma vez provocado o órgão judicial a expressamente manifestar-se, a conhecer, dentro dos limites do processo executivo, e o fazendo o julgador taxativamente, autorizado pela prova produzida nos autos, a segurança jurídica somente ocorrerá se estabilizada tal decisão, *secundum eventum probationis*, portanto.

O reconhecimento da ocorrência de eficácia preclusiva da decisão que julga a exceção de pré-executividade implicará imposição ao executado de uso das ações postas à disposição de quem deseja questionar a autoridade da coisa julgada material, seja por intermédio da ação rescisória, seja por embargos (em

revista pge - 61 - 2006.pmd 230 26/10/2006, 16:16

hipótese de coisa julgada inconstitucional – parágrafo único do artigo 741 do Código de Processo Civil). No caso de ocorrência de preclusão (quando a matéria rechaçada pela defesa intra-execução for de ordem processual), a via das ações impugnativas autônomas estará disponível.

Tal solução vem ao encontro da salvaguarda do princípio da efetividade processual, já que o credor deixará de estar sujeito a medidas procrastinatórias por parte do devedor, consistentes, muitas vezes, em reiterar *ipsis literis* nos embargos as razões já rechaçadas pelo juízo da execução, sem sequer tecer qualquer questionamento ou insurgência quanto à suficiência da prova em que lastreada a decisão hostilizada (visando, quiçá, a par da procrastinação, a modificação do *decisum* pela alteração da identidade física do julgador).

A garantia do devedor ao contraditório, que deve ser respeitada (e para isso admite-se, em determinados casos, a interposição da exceção de pré-executividade) não pode adquirir dimensões exacerbadas que acabem por sacrificar a efetividade do processo de execução.[132] A busca pela efetividade é facilmente percebida pela análise das propostas de alteração do Código de Processo Civil, seja na parte de execução (em que se pretende abolir a execução de título judicial como procedimento autônomo, dispensando inclusive a garantia do juízo para apresentação de embargos) seja na parte de conhecimento. Com relação a esta última, chama a atenção a proposta que visa à estabilização da tutela antecipada[133], proferida, como sabido, após exame da matéria que, de acordo com a prova produzida, pode até mesmo ser rarefeito.

Enfim, mesmo antes de uma legislação expressa atinente à coisa julgada *secundum eventum probationis* dentro do processo de execução, as comparações estabelecidas no presente estudo reputam-se suficientes a demonstrar seu cabimento e, mesmo, a imposição de seu reconhecimento, fruto de uma interpretação sistemática, para respeito à efetividade processual em face do credor, já tão desprestigiado pelo sistema vigente, que tem ignorado a altivez do crédito – e a necessidade de garantias à sua satisfação – como corolário lógico ao desenvolvimento confiante das relações econômico-sociais.

REFERÊNCIAS

ABRÃO, Carlos Henrique. Exceção de Pré-Executividade na Lei 6.830/80. *Revista Dialética de Direito Tributário*. v.*22*, p. 11-17.

AGUIAR, Madalena. O contraditório no Processo de Execução. *Revista Dialética de Direito Processual*. v.*14*, p. 83-90.

[132] Cf. OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. A garantia do contraditório. *Revista de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul*. V. 15. Porto Alegre: Editora Síntese, 1998, p. 07-20.

[133] Proposta de autoria de Ada Pellegrini Grinover, José Roberto dos Santos Bedaque, Kazuo Watanabe e Luiz Guilherme Marinoni, tendente à alteração da redação dos parágrafos 4º e 5º do artigo 273 e inclusão dos artigos 273-A, 273-B, 273-C e 273-D, todos do Código de Processo Civil, bem como de criação da "ação documental" (cujo cabimento é semelhante ao mandado de segurança, só que movida contra particular), pela inclusão do artigo 1102 do diploma legal adjetivo.

revista pge - 61 - 2006.pmd 231 26/10/2006, 16:16

ALVIM, Arruda *et al*. Fato que influi na decisão de interlocutória e no mérito – vinculação ou não do juiz após a decisão interlocutória. *Revista de Processo*. v.*5*, p. 185-187, 1977.

ALVIM, Thereza. Notas sobre alguns aspectos controvertidos da ação rescisória. *Revista de Processo 39/15.*

ARAÚJO, Francisco Fernandes de. Exceção de Pré-Executividade. *Revista dos Tribunais*. v.775. p. 731-745, mai. 2000.

ASSIS, Araken de. *Manual do Processo de Execução*. 1.v. Porto Alegre: Letras Jurídicas, 1987.

_____. *Cumulação de ações***.** 3.ed. rev. e atualiz. São Paulo: RT, 1998.

BARBI, Celso Agrícola. Da preclusão no processo civil. *Revista Forense*, a.52, v. 158, p. 59-66, mar./abr. 1955.

BATISTA JÚNIOR, Geraldo da Silva. *Exceção de Pré-Executividade*. Alcance e Limites. 2.ed., Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2004.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil.* Trad. de J. Guimarães Menegale, 2.ed., São Paulo: Saraiva, 1965, v. III, p. 155.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. Sobre a eficácia preclusiva da decisão declaratória de saneamento, In: *Saneamento do Processo:* Estudos em Homenagem ao Prof. Galeno Lacerda. Porto Alegre : Safe, 1989. p. 275-290.

DANTAS, Francisco Wildo Lacerda. Exceção de Pré-Executividade: Aspectos Teóricos e Práticos. *Revista Dialética de Direito Tributário.* v. 24, p. 21-29.

DIDIER JÚNIOR, Fredie Souza. Cognição, construção de procedimentos e coisa julgada: os regimes de formação da coisa julgada no direito processual civil brasileiro. *Jus Navigandi*. Teresina, 1.6, n. 58, ago. 2002. Disponível em <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=3202>. Acesso em: 15 out. 2004.

_____. Um réquiem às condições da ação. Estudo analítico sobre a existência do instituto. Jus Navigandi, Teresina, a.6, n.56, abr. 2002. Disponível em: <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2918>. Acesso em: 15 out. 2004.

_____. Inovações na Antecipação dos Efeitos da Tutela e a Resolução Parcial do Mérito. *Gênesis Revista de Direito Processual Civil*. n. 26. Curitiba: Gênesis, 2002, p. 719.

revista pge - 61 - 2006.pmd 232 26/10/2006, 16:16

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução Civil*. 5.ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

FERREIRA FILHO, Manoel Caetano. *A preclusão no Direito Processual Civil*.

GIDI, Antonio. *Coisa Julgada e Litispendência nas Ações Coletivas*. São Paulo: Saraiva, 1995.

GRECO, Leonardo. A Execução e a Efetividade do Processo. *Revista de Processo*. v. *94,* p. 34-66, abril-junho 1999.

GRINOVER, Ada Pelegrini. *Código de Defesa do Consumidor:* comentado pelos autores do anteprojeto. 5ª. Ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998..

_____. Mandado de Segurança Coletivo: Legitimação, Objeto e Coisa Julgada. *Revista de Processo*, São Paulo, v.15, n. 58, p. 75-84, abr./jun. 1990.

KNIJNIK, Danilo. *A exceção de pré-executividade*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

LACERDA, Galeno. *Despacho Saneador*. 3.ed. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1990.

LIEBMAN, Enrico Tullio. Eficácia e Autoridade da Sentença. Rio de Janeiro: Ed. Rev. Forense, 1945.

_____. *Processo de Execução*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 1990.

LIMA, Alcides de Mendonça. Ação Rescisória contra Acórdão em Agravo de Instrumento. *Revista de Processo*. v. *41*, p. 15-19, 1986.

MACHADO, Hugo de Brito. Juízo de Admissibilidade na Execução Fiscal. *Revista Dialética de Direito Tributário*. v. *22*, pp 19-23.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do Processo de Conhecimento:* a Tutela Jurisdicional através do Processo de Conhecimento. 2. ed. São Paulo: RT, 2003.

MARQUES, José Frederico. *Instituições de direito processual civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1958, v. II.

revista pge - 61 - 2006.pmd 233 26/10/2006, 16:16

MARTINS, Sandro Gilbert. *A Defesa do Executado por Meio de Ações Autônomas: defesa heterotópica.* Coleção Estudos de Direito Processual Enrico Tullio Liebman, v. 50. São Paulo: RT, 2002.

MAZZILI, Hugo Nigri. *A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo.* 13.ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

MELO, Leonardo Augusto Santos. A Exceção de Pré-executividade na Execução Fiscal. *Revista Dialética de Direito Tributário*. v. 78, p. 57-72.

MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. T.5, Rio de Janeiro: Forense, 1974.

MITIDIERO, Daniel Francisco. Sentenças parciais de mérito e resolução definitiva-fracionada da causa (lendo um ensaio de Fredie Didier Júnior). *Revista da Ajuris*, Porto Alegre: Ajuris, n. 94, p. 39-50, jun. 2004.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constiucional*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

MOREIRA, Alberto Camiña. *Defesa sem Embargos do Executado*: Exceção de Pré-Executividade. São Paulo: Saraiva, 1998.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Exceção de Pré-Executividade: Uma Denominação Infeliz. *Revista Forense*, v. 251, trimestral, 2000, pp. 585-586.

NERY JÚNIOR., Nélson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado e legislação extravagante*. 7.ed. São Paulo: RT, 2003.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. *Do Formalismo no Processo Civil*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. A garantia do contraditório. *Revista de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul*. V. 15. Porto Alegre: Editora Síntese, 1998, p. 07-20.

OLIVEIRA, Fernando César Ribeiro. Execução e Coisa Julgada. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*. v. 7, p. 40, set-out 2000.

OLIVEIRA, Germana Maria Leal de. O Direito Líquido e Certo no Procedimento do Mandado de Segurança: Cognição Exauriente *Secundum Eventum Probationis* e Reflexos na súmula 304 do STF. *Revista Dialética de Direito Processual*. v. *18*, p. 31-37, set 2004.

revista pge - 61 - 2006.pmd 234 26/10/2006, 16:16

PORTO, Sérgio Gilberto. *Coisa julgada civil*. Análise, crítica e atualização. 2.ed., Rio de Janeiro: AIDE, 1998.

_____. *Comentários ao Código de Processo Civil*. v.6. São Paulo: RT, 2000.

ROMANO, Rogério Tadeu. *O mérito na execução civil*. Disponível em <http://www.jfrn.gov.br/docs/art8.doc>. Acesso em 09 ago. 2004.

ROSA, Marcos Valls Feu. *Exceção de pré-executividade*: matérias de ordem pública no processo de execução, 3. ed.. Porto Alegre : Sergio Antonio Fabris, 2000.

SILVA, Ovídio Baptista da. *Curso de processo civil*. v.1, Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1987.

_____. *Curso de processo civil*. v.1, 3ª. ed. rev. e atualiz. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1996.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. A preclusão no processo civil. *Revista dos Tribunais*. v. *784*, p. 11-28, fev. 2001.

_____. Meios de Defesa do Devedor Diante do Título Não Executivo, Fora dos Embargos à Execução. Ações autônomas e Argüição de Não-Executividade. *Revista Dialética de Direito Processual*. v. 15, p. 32-55, 2004.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. *O Dogma da Coisa Julgada*. São Paulo: RT, 2003.

WATANABE, Kazuo. *Da Cognição no Processo Civil*. 2.ed. Campinas: Bookseller, 2000.

ZANETTI JÚNIOR, Hermes. *Mandado de Segurança Coletivo:* Aspectos Processuais Controversos. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2001.

revista pge - 61 - 2006.pmd 235 26/10/2006, 16:16

TRABALHOS FORENSES

EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO PRESIDENTE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

RECLAMAÇÃO – COM PEDIDO DE MEDIDA LIMINAR

IMPOSIÇÃO DE SANÇÃO PREVISTA NO ART. 14, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL AO ARREPIO DO DISPOSTO NA ADI 2.652-6 / DISTRITO FEDERAL

INSTITUTO DE PREVIDÊNCIA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL - IPERGS, pessoa jurídica de direito público interno, neste ato representada pela Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul, e L. S. T., (...), Procuradora do Estado do Rio Grande do Sul, (...), por sua procuradora, vem, perante Vossa Excelência, apresentar RECLAMAÇÃO, para preservação da competência e garantia da autoridade das decisões deste Egrégio Supremo Tribunal Federal, com base no artigo 102, I, "l", da Constituição Federal de 1988 (CF/88), contra ato do respeitável Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, nos termos das razões a seguir expostas:

I – SÍNTESE FÁTICA

Trata-se de agravo regimental interposto pelo Instituto de Previdência do Estado do Rio Grande do Sul contra decisão proferida pelo Egrégio Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul que autorizou execução provisória em detrimento da Fazenda Pública ao arrepio do artigo 100, § 1º, da Constituição Federal e do artigo 2º-B da Lei 9.494/97, com redação dada pela Medida Provisória 2.180-35[1].

Proferida decisão monocrática pelo Excelentíssimo Desembargador Irineu Mariani no sentido da manifesta inadmissão do recurso, manifestou-se o douto magistrado, ainda que sem a devida fundamentação, no sentido de que tal recurso *"delira da realidade do processo"*, visto que a vedação da execução provisória não se aplicava aos casos onde houvesse eficácia mandamental.

Desta decisão, respeitosamente, interpôs a Autarquia o competente agravo interno aduzindo, em suma, que os citados dispositivos não excluíram, em nenhum momento, a eficácia mandamental da vedação de execução provisória contra a Fazenda Pública, razão pela qual a decisão deveria ser reformada.

Diante do recurso interposto, desta vez com exaustiva fundamentação, a Colenda Câmara manifestou-se pelo seu improvimento, impondo à

revista pge - 61 - 2006.pmd 239 26/10/2006, 16:16

Procuradora do Estado L. S. T., pessoalmente, multa prevista no art. 14, parágrafo único, do CPC, sob o fundamento de que "*está concretizando projeto pessoal no sentido de embaraçar o cumprimento de decisão de natureza mandamental*".

Ainda que o mérito de tal decisão seja absolutamente questionável, releva notar que a imposição da sanção pecuniária afronta decisão do Egrégio Supremo Tribunal Federal, razão pela qual surge o interesse na propositura da presente reclamação.

Consoante se denota da leitura do acórdão da ADIN 2.652-DF, a ressalva que exclui a aplicação da sanção pecuniária do art. 14 do CPC "*alcança todos os advogados, com esse título atuando em juízo, independentemente de estarem sujeitos também a outros regimes jurídicos*". Neste sentido, inviável seria a aplicação de sanção pecuniária à Procuradora do Estado, tal como ocorreu no processo em tela.

II – DA LEGITIMIDADE ATIVA

Conforme decisão proferida na Questão de Ordem (QO) formulada no julgamento do Agravo Regimental (AgR) interposto da decisão liminar proferida na Reclamação (Rcl) nº 1.880, este Supremo Tribunal Federal decidiu, por maioria de votos, que todos aqueles que foram atingidos por decisões contrárias ao entendimento firmado pela Corte no julgamento de mérito proferido em Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIN) são ativamente legitimados para propor a Reclamação.[1]

No caso, os reclamantes são prejudicados pela imposição da sanção, razão pela qual apresenta a presente reclamação.

III – DO CABIMENTO DA RECLAMAÇÃO

Na forma do parágrafo único do artigo 28 da Lei Federal nº 9.868/99, e em conformidade com o entendimento consagrado na Reclamação 2.291 MC / RJ[2] as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em sede de Ação Direta de Inconstitucionalidade ou em Ação Direta de Constitucionalidade têm eficácia contra todos e efeito vinculante, inclusive quanto aos órgãos do Poder Judiciário. No mesmo sentido, o posicionamento do Excelentíssimo Ministro do Supremo Tribunal Federal Gilmar Ferreira Mendes, que defende a

[1] Acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal, julgado em 6 de novembro de 2001, Rel. Min. Maurício Corrêa, Reclamante o Município de Turmalina/SP, Reclamado o Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, publicado no D.J. de 13 e 18 de novembro de 2002. Acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal na Rcl 2143 AgR/SP, julgado em 12/03/2002, Relator Ministro Celso de Mello, publicado no DJU de 06/06/2003. Acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal na Rcl 1880 AgR/SP, Relator Ministro Maurício Correia.

[2] Decisão Monocrática proferida pelo Rel. Min. Gilmar Ferreira Mendes, em 27 de março de 2003, Reclamante o Departamento de Trânsito do Estado do Rio de Janeiro, Reclamado o Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região, publicada no D.J. de 1º de abril de 2003.

revista pge - 61 - 2006.pmd 240 26/10/2006, 16:16

extensão do efeito também às decisões tomadas em sede de Medida Cautelar em ADIN.[3]

Assim se pronunciou o Ministro Relator na Reclamação acima citada:

> "Por oportuno, cabem algumas considerações acerca do efeito vinculante das decisões proferidas em ação direta de inconstitucionalidade. Já afirmei, em outra ocasião que, aceita a idéia de que a ação declaratória configura uma ADin com sinal trocado, tendo ambas caráter dúplice ou ambivalente, afigura-se difícil admitir que a decisão proferida em sede de ação direta de inconstitucionalidade não tenha efeitos ou conseqüências semelhantes àqueles reconhecidos para a ação declaratória de constitucionalidade. (...) Nos termos dessa orientação, a decisão proferida em ação direta de inconstitucionalidade contra lei ou ato normativo federal haveria de ser dotada de efeito vinculante, tal como ocorre com aquela proferida na ação declaratória de constitucionalidade"

Assim, é cabível esta Reclamação, uma vez que esta se destina, no magistério do Excelentíssimo Ministro do Supremo Tribunal Federal Carlos Mário da Silva Velloso, à preservação da autoridade das decisões da Corte, com fundamento no artigo 102, I, "l", da CF/88[4].

IV – DA PRESERVAÇÃO DA AUTORIDADE DAS DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

O Egrégio Supremo Tribunal Federal, em 08 de maio de 2003, nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 2.652-6, do Distrito Federal, proferiu decisão para dar interpretação ao parágrafo único do artigo 14 do Código de Processo Civil conforme a Constituição Federal e declarar que a ressalva contida na parte inicial desse artigo alcança todos os advogados, independentemente de estarem sujeitos também a outros regimes jurídicos, nos termos da ementa abaixo elencada:

> **AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. IMPUGNAÇÃO AO PARÁGRAFO ÚNICO DO ARTIGO 14 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, NA REDAÇÁO DADA PELA LEI 10358/2001. PROCEDÊNCIA DO PEDIDO**. 1. Impugnação ao parágrafo único do artigo 14 do Código de Processo Civil, na parte em que ressalva "os advogados que se sujeitam exclusivamente aos estatutos da OAB" da imposição de

[3] MENDES, Gilmar Ferreira: *Direitos Fundamentais e Controle da Constitucionalidade*, 2ª edição, São Paulo, Celso Bastos Editor, 1999, pp. 423-458. Sobre o efeito vinculante das decisões tomadas em sede de Medida Cautelar em Ação Direta de Constitucionalidade (ADC), há o precedente da ADC nº 4 MC / DF, acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal, julgado em 11 de fevereiro de 1998, Rel. Min. Sydney Sanches, publicado no D.J. de 21 de maio de 1999. Sobre a extensão do efeito vinculante à ADIN, houve discussão na citada Rcl (Agr-QO) 1.880 / SP.

[4] Sobre o âmbito de cabimento da Reclamação, VELLOSO, Carlos Mário da Silva: *Temas de Direito Público*, 1ª edição, Belo Horizonte, Del Rey, 1997, p. 102.

revista pge - 61 - 2006.pmd 241 26/10/2006, 16:16

> multa por obstrução à Justiça. Discriminação em relação aos advogados vinculados a entes estatais, que estão submetidos a regime estatutário próprio da entidade. Violação ao princípio da isonomia e ao da inviolabilidade no exercício da profissão. Interpretação adequada, para afastar o injustificado discrímen. 2. Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada procedente para, sem redução de texto, dar interpretação ao parágrafo único do artigo 14 do Código de Processo Civil conforme a Constituição Federal e declarar que a ressalva contida na parte inicial desse artigo alcança todos os advogados, com esse título atuando em juízo, independentemente de estarem sujeitos também a outros regimes jurídicos.

Sinala-se que a decisão supra é anterior à decisão reclamada, datada de 10 de dezembro de 2003, razão pela qual, tendo o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul imposto multa pessoal a advogado público, em desconformidade com decisão anterior do Supremo Tribunal Federal, proferida na referida ADIN, cabível é o acolhimento da presente reclamação.

V – DO REQUERIMENTO

Ante o exposto, requerem o acolhimento da presente reclamação e conseqüente CASSAÇÃO DA DECISÃO que impôs multa à Procuradora do Estado do Rio Grande do Sul de forma a preservar a competência desta Egrégia Corte nos termos dos artigos 17 e 18 da Lei Federal n.º 8.038/90.

Pede deferimento.

Porto Alegre, 19 de fevereiro de 2004.

Helena Maria Silva Coelho
Procuradora-Geral do Estado
OAB/RS 11.777

Telmo Lemos Filho
Procurador-Geral Adjunto para Assuntos JurídicosOAB/RS 29.390

Sandra Maria Lazzari
OAB/RS: 10.123

revista pge - 61 - 2006.pmd 242 26/10/2006, 16:16

RECLAMAÇÃO Nr. 3282

PROCED.	:	RIO GRANDE DO SUL
RELATOR	:	**MIN. SEPÚLVEDA PERTENCE**
RECLTE.(S)	:	INSTITUTO DE PREVIDÊNCIA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL - IPERGS
ADV.(A/S)	:	PGE-RS - KARINA DA SILVA BRUM E OUTRO(A/S)
RECLTE.(S)	:	L. S. T.
ADV.(A/S)	:	SANDRA MARIA LAZZARI
RECLDO.(A/S)	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL (AGRAVO INTERNO Nº 70007534118)
INTDO.(A/S)	:	ANA BEATRIZ MANSUR UNGARETTI
ADV.(A/S)	:	CRISTIANO CAJU FREITAS E OUTRO(A/S)

DECISÃO: Reclamação contra decisão que impôs multa à Procuradora do Estado do Rio Grande do Sul. Alega-se violação ao acórdão da ADI 2652 (Maurício Corrêa, 8/5/03, DJ 14/11/03). Decido. É esta a ementa do acórdão que aplicou multa à advogada pública: _AGRAVO INTERNO. EXECUÇÃO IMEDIATA DE ACÓRDÃO QUE CONCEDE SEGURANÇA. RESISTÊNCIA. 1. A decisão concessiva de mandado de segurança tem caráter auto-executório ou mandamental, ou seja, deve ser cumprida imediatamente via simples notificação, independentemente de caução ou de carta de sentença, conforme resulta dos arts. 11 e 12 da Lei 1.533/51, que por serem normas especiais não são alcançados pelo art. 2º-B da Lei 9.494/97, além do que, este se refere a servidores, e não a pensionistas. A única forma de obstaculizar a auto-executoriedade da decisão em mandado de segurança é a prevista no art. 4º da Lei 4.348/64, aplicável tão-só à sentença, portanto, Primeiro Grau. 2. Conduta do advogado integrante de procuradores pública que revela vontade pessoal de pura e simplesmente criar embaraços à efetivação do provimento de natureza mandamental. Aplicação de multa. Exegese no art. 14, parágrafo único, do CPC. Precedentes do 1º Grupo Cível. 3. Agravo desprovido, com imposição de multa. Aduz a reclamante que, à luz da ADIn 2652, _inviável seria a aplicação da sanção pecuniária à Procuradoria do Estado, tal como ocorreu no processo em tela (f. 4). No processo de controle abstrato de constitucionalidade paradigma desta reclamação, o Supremo Tribunal Federal julgou procedente a ação para conferir interpretação conforme, sem redução de texto, ao parágrafo único do art. 14, C.Pr.Civil (redação dada pela L. 10358/01), para ampliar a todos os advogados o comando contido na ressalva deste dispositivo normativo. Essa solução evitou: a) uma eventual expansão da abrangência da norma, pois a nulidade através da redução do texto incluiria os advogados - todos - no âmbito das possibilidades da incidência da norma, sem qualquer ressalva quanto a multa prevista e b) a discriminação entre os chamados _advogados particulares e os procuradores públicos. De acordo com o Supremo Tribunal, a ressalva dada

revista pge - 61 - 2006.pmd 243 26/10/2006, 16:16

pela redação da L. 10358/01 abrange também os procuradores públicos. Concedo a cautelar (art. 158, C. Pr. Civil) para suspender a multa imposta à Procuradora gaúcha até o julgamento final desta reclamação. Comunique-se. Requisitem-se informações. Vindas, vista ao Ministério Público. Brasília, 25 de abril de 2005. Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE - Relator

RECLAMAÇÃO Nr. 3282

PROCED.	:	RIO GRANDE DO SUL
RELATOR	:	**MIN. SEPÚLVEDA PERTENCE**
RECLTE.(S)	:	INSTITUTO DE PREVIDÊNCIA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL - IPERGS
ADV.(A/S)	:	PGE-RS - KARINA DA SILVA BRUM E OUTRO(A/S)
RECLTE.(S)	:	L. S. T.
ADV.(A/S)	:	SANDRA MARIA LAZZARI
RECLDO.(A/S)	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL (AGRAVO INTERNO Nº 70007534118)
INTDO.(A/S)	:	ANA BEATRIZ MANSUR UNGARETTI
ADV.(A/S)	:	CRISTIANO CAJU FREITAS E OUTRO(A/S)

DECISÃO : Reclamação - com pedido de liminar - contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul que, ao negar provimento ao agravo 70007534118, aplicou multa de 20% sobre o valor da causa à Procuradora estadual. Alega-se, em síntese, violação do acórdão da ADIn 2652 (Maurício Corrêa, 8.5.03, DJ 14.11.03). Deferi a medida cautelar para suspender a multa imposta à Procuradora até o julgamento final deste recurso (f. 63/64). As informações foram prestadas e o parecer do Ministério Público é pela procedência da reclamação (f. 102/104). Decido. Acentuei na decisão pela qual concedi a cautelar: _É esta a ementa do acórdão que aplicou multa à advogada pública: _AGRAVO INTERNO. EXECUÇÃO IMEDIATA DE ACÓRDÃO QUE CONCEDE SEGURANÇA. RESISTÊNCIA. 1. A decisão concessiva de mandado de segurança tem caráter auto-executório ou mandamental, ou seja, deve ser cumprida imediatamente via simples notificação, independentemente de caução ou de carta de sentença, conforme resulta dos arts. 11 e 12 da Lei 1.533/51, que por serem normas especiais não são alcançados pelo art. 2º-B da Lei 9.494/97, além do que, este se refere a servidores, e não a pensionistas. A única forma de obstaculizar a auto-executoriedade da decisão em mandado de segurança é a prevista no art. 4º da Lei 4.348/64, aplicável tão-só à sentença, portanto, Primeiro Grau. 2. Conduta do advogado integrante de procuradores pública que revela vontade pessoal de pura e simplesmente criar embaraços à

revista pge - 61 - 2006.pmd 244 26/10/2006, 16:16

efetivação do provimento de natureza mandamental. Aplicação de multa. Exegese no art. 14, parágrafo único, do CPC. Precedentes do 1º Grupo Cível. 3. Agravo desprovido, com imposição de multa. Aduz a reclamante que, à luz da ADIn 2652, _inviável seria a aplicação da sanção pecuniária à Procuradoria do Estado, tal como ocorreu no processo em tela (f. 4). No processo de controle abstrato de constitucionalidade paradigma desta reclamação, o Supremo Tribunal Federal julgou procedente a ação para conferir interpretação conforme, sem redução de texto, ao parágrafo único do art. 14, C.Pr.Civil (redação dada pela L. 10358/01), para ampliar a todos os advogados o comando contido na ressalva deste dispositivo normativo. Essa solução evitou: a) uma eventual expansão da abrangência da norma, pois a nulidade através da redução do texto incluiria os advogados - todos - no âmbito das possibilidades da incidência da norma, sem qualquer ressalva quanto a multa prevista e b) a discriminação entre os chamados _advogados particulares e os procuradores públicos. De acordo com o Supremo Tribunal, a ressalva dada pela redação da L. 10358/01 abrange também os procuradores públicos. Nada a acrescentar ao raciocínio desenvolvido no exame da cautelar. No julgamento da ação direta paradigma, esta Corte interpretou a ressalva prevista no parágrafo único do art. 14 do Código de Processo Civil de modo a ampliar seu comando negativo aos que exercem, também, a advocacia pública. Esse o quadro, julgo procedente a reclamação para cassar o ato reclamado no que impôs multa à Procuradora gaúcha (art. 161, parágrafo único, RISTF). Brasília, 1º de junho de 2005. Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE-Relator

revista pge - 61 - 2006.pmd 245 26/10/2006, 16:16

PARECERES

PARECER Nº 13.968

CÂMARA DE VEREADORES DE NOVO HAMBURGO: SOLICITAÇÃO DE EXAME DE CONSTITUCIONALIDADE DE DISPOSITIVO DO SEU REGIMENTO INTERNO.

Não é inconstitucional dispositivo da Lei Orgânica Municipal que exige, para que se possa solicitar informações ao Prefeito Municipal, votação em plenário de requerimento de vereador.

1. Relatório

Abre o presente expediente administrativo um ofício dirigido à Exma. Sra. Procuradora-Geral do Estado, pelo Presidente da Câmara Municipal de Vereadores de Novo Hamburgo no qual solicita o exame da constitucionalidade do art. 103, III, do Regimento Interno daquela Câmara.

Acompanha o ofício o requerimento do Vereador Luiz Carlos Schernlte, formulando especificamente assim a sua consulta:

"1. Pode o Plenário da Câmara de Vereadores de Novo Hamburgo impedir que algum Vereador requeira informações do Executivo?

2. Os Vereadores que votam impedindo que outro requeira informações não está ferindo a Constituição Federal em seu artigo 5º, inciso XXXIII?

3. O artigo 103, inciso III, do Regimento Interno da Câmara Municipal de Novo Hamburgo não é inconstitucional?

4. O Vereador que esteja ferindo a Constituição, conforme o questionamento anterior, não está sujeito a punições?"

A seguir, remetido a esta Equipe de Consultoria da PDPE em atendimento ao disposto no art. 115, V, da Constituição Estadual, no art. 2º, XV, da Lei Complementar Estadual nº 11.742/02, e também no art. 26 do Decreto Estadual nº 42.819/2004.

É o relatório.

2. Fundamentação

Trata-se de examinar a constitucionalidade do dispositivo da Lei Orgânica Municipal de Novo Hamburgo acima mencionado, que tem a seguinte redação:

Art. 103. Serão de alçada do Plenário, escritos, discutidos e votados os requerimentos que solicitem:

(...)

III – informações solicitadas ao Prefeito ou por seu intermédio;

(...)

revista pge - 61 - 2006.pmd 249 26/10/2006, 16:16

2.1. O Poder de Fiscalização e Controle do Poder Legislativo

Notadamente, a norma se insere no poder de fiscalização e controle de que dispõem as Câmaras de Vereadores relativamente aos atos do Poder Executivo Municipal. Tal poder fiscalizatório vem previsto também nas Constituições Federal e Estadual, dirigido aos respectivos parlamentos, verbis:

Art. 50. (...)

§ 2º – as mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal poderão encaminhar pedidos de informação a Ministro de Estado ou a qualquer das pessoas referidas no caput deste artigo, importando em crime de responsabilidade a recusa, ou o não atendimento, no prazo de trinta dias, bem como a prestação de informações falsas.

Art. 82. Compete ao Governador, privativamente;

(...)

X – prestar, por escrito e no prazo de trinta dias, as informações que a Assembléia solicitar a respeito dos serviços a cargo do Poder Executivo.

Ensina Hely Lopes Meirelles (in Direito Municipal Brasileiro. São Paulo, Malheiros, 2001; 12ª ed., atualizada por Célia Marisa Prendes e Márcio Schneider Reis; p. 578-580) quanto à função fiscalizadora dos Legislativos municipais:

"A função de controle e fiscalização da Câmara Municipal mereceu do constituinte de 1988 destaque idêntico ao da função legislativa, na medida em que o art. 29, XI, da CF as coloca dentre os preceitos obrigatórios a serem observados na elaboração das leis orgânicas municipais.

(...)

A função de controle e fiscalização da Câmara sobre a conduta do Executivo tem caráter político-administrativo e se expressa em decretos legislativos e resoluções do plenário, alcançando unicamente os atos e agentes que a Constituição Federal, em seus arts. 70-71, por simetria, e a lei orgânica municipal, de forma expressa, submetem à sua apreciação, fiscalização e julgamento. No nosso regime municipal o controle político-administrativo da Câmara compreende a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, através do julgamento das contas do prefeito e de suas infrações político-administrativas sancionadas com cassação do mandato.

(...)

Na autorizada lição de Andreozzi, 'a faculdade de fiscalização e controle das Câmaras sobre os atos do Executivo não é uma faculdade interior ou adjacente à de editar leis; pelo contrário, é fundamental e necessária para a própria elaboração das leis, a fim de que o Legislativo conheça como funcionam os outros órgãos, sobretudo o Executivo, em relação ao qual exerce amplo controle'. E remata o mesmo constitucionalista argentino: 'Não se pode dizer que estas funções essenciais, que são conseqüência da natureza mesma das Câmaras Legislativas, sejam faculdades incidentais ou acessórias. A nosso juízo, são

revista pge - 61 - 2006.pmd 250 26/10/2006, 16:16

faculdades fundamentais, transcendentais, de amplíssima projeção.'

No mesmo sentido, expõe Beckert que, 'nos regimes democráticos, o povo delega poderes, não só de legislação, mas e sobretudo de fiscalização, a seus mandatários nas Câmaras, para que assegurem um governo probo e eficiente'.

Tal conceito aproxima-se do de Galloway ao sustentar que 'o controle do Executivo pelo Legislativo se desenvolve com três finalidades: ajudar a legislação, supervisionar a Administração e informar a opinião pública sobre o cumprimento da lei'.

(...)

Observe-se que essa função fiscalizadora foi significativamente ampliada pelo constituinte de 1988 quando dela cuidou em relação ao Congresso Nacional, pois agora, além do aspecto da legalidade, deverão também ser examinados os aspectos da legitimidade, da economicidade, da aplicação das subvenções e renúncia de receitas (cf. art. 70 da CF)."

Não há dúvidas, frente às lições do mestre Hely, que a função fiscalizadora dos Legislativos municipais foi significativamente ampliada na Carta de 1988, devendo ser reconhecida a sua importância para a democracia e o controle da do poder.

O Tribunal de Justiça inclusive reconhece a procedência de mandado de segurança no caso de descumprimento por parte do Prefeito, como se vê da ementa a seguir:

> REEXAME NECESSÁRIO. CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. MUNICÍPIO DE ERVAL SECO. SOLICITAÇÃO DE INFORMAÇÕES PELA CÂMARA DE VEREADORES AO PREFEITO MUNICIPAL. NEGATIVA. MANDADO DE SEGURANÇA. CONCESSÃO DA SEGURANÇA NA ORIGEM. OFENSA A DIREITO LÍQUIDO E CERTO. FUNÇÃO FISCALIZADORA DO PODER LEGISLATIVO. DIREITO DE PEDIR INFORMAÇÕES. PREVISÃO LEGAL. SENTENÇA QUE SE MANTÉM.
>
> SENTENÇA CONFIRMADA EM REEXAME NECESSÁRIO.
>
> (Reexame necessário nº 70006153068; TJRS – Quarta Câmara Cível - Rel. Des. Des. Wellington Pacheco Barros, j. em 21.05.2003)

2.2. O Poder Fiscalizatório e seu Exercício

Pois bem. Sobre o poder fiscalizatório, não há qualquer dúvida no expediente, e a consulta nem o questiona. Questiona-se se a forma como prevista não acabaria por restringi-lo de modo a isto caracterizar uma inconstitucionalidade.

No caso, a exigência é de que haja deliberação plenária para que se possa encaminhar o pedido de informações ao Prefeito Municipal.

revista pge - 61 - 2006.pmd 251 26/10/2006, 16:16

Uma coisa é o poder poder fiscalizatório em si. Ele, notadamente, não é concedido ao integrante do Poder e sim ao Poder em si. O Poder Legislativo não é exercido pelo Vereador, e sim pelo colegiado. O Vereador não é o órgão (como o Promotor é o órgão do Ministério Público, por exemplo, ou o Juiz é o órgão do Poder Judiciário). Logo, necessário que o Poder como tal se manifeste.

Outra coisa é o exercício do poder.

2.2.1. Pode o colegiado abrir mão de deliberar coletivamente sobre o exercício do poder de pedir informações, atribuindo a cada Vereador, na condição de representante do colegiado (ou seja, uma fração do poder exercendo-o, por delegação, na integralidade) que o faça. É o mesmo caso dos diferentes colegiados dentro de um Tribunal jurisdicional: quando um colegiado decide, fá-lo em nome de toda a Corte; é a Corte quem está falando, mediante uma de suas frações. Nesse sentido, o Tribunal de Justiça já deferiu mandado de segurança em que o Prefeito Municipal alegava a necessidade de passar pelo plenário, o que, contudo, expressamente era dispensado no Regimento Interno da Casa Legislativa:

> MANDADO DE SEGURANÇA. ATO DE PREFEITO MUNICIPAL QUE EXIGE QUE OS PEDIDOS DE INFORMAÇÕES DOS VEREADORES PASSEM PELO PLENÁRIO DA CÂMARA MUNICIPAL. DESCABIMENTO. DIREITO À INFORMAÇÃO ASSEGURADO A TODOS, INCLUSIVE AOS VEREADORES, POR FORÇA DO ARTIGO 5º, XXXIII, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.
>
> Pedidos de informações formulados por vereadores. Recusa. Violação ao art. 5º, XXXIII, da CF, que prevalece sobre qualquer outra, inclusive, à Lei Orgânica Municipal.
>
> O direito à informação é essencial em um regime democrático, visando à transparência dos atos administrativos, sendo inadmissível que o Prefeito Municipal se recuse a prestar informações ao vereador, condicionando-o à deliberação do Plenário da Câmara Municipal, sujeito a manobras políticas.
>
> O Regimento Interno da Câmara de Vereadores dispensa expressamente os pedidos de informações de deliberação do Plenário daquela Casa.
>
> Apelação provida.
>
> (Apelação Cível nº 70003741824; TJRS – Primeira Câmara Especial Cível - Rel. Des. Carlos Eduardo Zietlow Duro, j. em 28.05.2002)

A decisão acima trazida apenas peca por trazer como fundamento a possível violação ao inc. XXXIII do art. 5º da CF, porque ele se dirige ao cidadão, exercendo fiscalização nesta condição, e não ao integrante do Poder Legislativo

revista pge - 61 - 2006.pmd 252 26/10/2006, 16:16

(que a exerce de modo diferenciado, concentrado, e não difuso como a da cidadania), e se trata na verdade do direito de certidão que é assegurado à população em geral. As conseqüências, por exemplo, de deixar de responder a um ou a outro são distintas. Nessa linha, nada impede que o Vereador Schenlrte exerça na condição de cidadão a postulação. Contudo, o exercício do poder fiscalizatório (outro tipo de poder), que implica inúmeras responsabilidades, inclusive ao próprio Parlamento, pode se dar na forma colegiada quando o colegiado assim entender, como no caso do Poder Legislativo de Novo Hamburgo, onde a própria Câmara de Vereadores deliberou incluir esta norma no regimento interno.

2.2.2. Mas por outro lado pode também o próprio Legislativo (e ninguém mais que ele) entender que se trata de questão bastante séria e que não pode ser banalizada, e desse modo, determinar que para o exercício do poder fiscalizatório de solicitar informações deva haver o crivo do Plenário, que é o órgão deliberativo máximo e é o Poder Legislativo falando. Como se vê, é matéria regimental típica.

O Tribunal de Justiça do Estado já referendou o entendimento com o qual estou comungando, como se verifica da decisão a seguir colacionada:

ADMINISTRATIVO. REQUISIÇÃO DE INFORMAÇÕES AO PREFEITO MUNICIPAL. NÃO OBSERVÂNCIA DO REGIMENTO INTERNO DA CÂMARA DE VEREADORES E DA LEI ORGÂNICA MUNICIPAL. MANDADO DE SEGURANÇA. AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO.

1. O pedido de informações ao Prefeito Municipal, de acordo com o art. 124, § 3º, do Regimento Interno da Câmara de Vereadores de Redentora, deve ser submetido à deliberação do Plenário. Impetração antes de escoado o prazo de resposta previsto na Lei Orgânica Municipal. Impossibilidade. Segurança denegada.

2. Apelação desprovida.

(Apelação Cível nº 598469609, Tribunal de Justiça, Quarta Câmara Cível, Rel. Des. Araken de Assis, j. em 05.05.1999)

2.3. A Simetria das Normas e sua Inaplicabilidade no Caso

Poder-se-ia cogitar da aplicação, no caso, do princípio da simetria, de tão larga utilização no âmbito do Tribunal de Justiça do Estado: com base no fundamento de que as Constituições Federal e Estadual não exigem deliberação plenária para o requerimento de informações, também isto não seria possível aos municípios. Contudo, o princípio da simetria no caso não tem esta abrangência e não serve para o caso.

Isto porque o princípio da simetria dirige-se mais a normas de natureza principiológica, do que a normas de caráter concreto. O Supremo Tribunal Federal já se manifestou expressamente sobre a questão da repetição da norma

revista pge - 61 - 2006.pmd 253 26/10/2006, 16:16

acerca de recondução das mesas dos legislativos federais nas Constituições Estaduais e nas Leis Orgânicas Municipais, exarando entendimento no sentido de que a regra não é de observância obrigatória, não se aplicando no caso o princípio da simetria porque não se está a cuidar de matéria principiológica. Trata-se da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 793-9, ajuizada pelo Partido dos Trabalhadores, e assim ementada:

> "CONSTITUCIONAL. ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA ESTADUAL: MESA DIRETORA: RECONDUÇÃO PARA O MESMO CARGO. Constituição do Estado de Rondônia, art. 29, inc. I, alínea b, com a redação da Emenda Const. Estadual nº 3/92. CF, art. 57, § 4º. (...)
>
> I – A norma do § 4º do art. 57 da C.F. que , cuidando da eleição das Mesas das Casas Legislativas federais, veda a recondução para o mesmo cargo na eleição imediatamente subseqüente, não é de reprodução obrigatória nas Constituição dos Estados-membros, porque não se constitui num principio constitucional estabelecido.
>
> II – Precedente do STF: Rep 1.245-RN, Oscar Corrêa, RTJ 119/964.
>
> (...)
>
> IV – Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente, em parte."

E, no corpo do voto, acha-se o seguinte excerto, que se adeqúa ao caso presente:

> "A norma do § 4º do art. 57 não constitui um princípio constitucional. Ela é, na verdade, simples regra aplicável à composição das Mesas do Congresso Nacional, norma própria, aliás, do regimento interno das Câmaras. O eminente Ministro Oscar Corrêa, relator da Rep. 1.245-RN, demonstrou, no seu voto, que a regra da proibição da recondução para o mesmo cargo, que estava inscrita na alínea f do par. único do art. 30 da Constituição pretérita e se inscreve no § 4º do art. 57 da Constituição vigente, não constituía princípio essencial a que os Estados-membros deviam obedecer, compulsoriamente. (Rep 1.245/RN, RTJ 119/964). É que as regras que dizem respeito à composição das Mesas das Assembléias Legislativas não são essenciais à federação. A Constituição Federal, ao dispor, expressamente, sobre as Assembléias Legislativas dos Estados-membros, estabelecendo regras sobre sua composição, no art. 27 e §§, silenciou-se quanto à eleição de suas Mesas. A regra, portanto, do § 4º do art. 57 da Constituição Federal não se constitui, por isso mesmo, numa norma constitucional de reprodução obrigatória nas Constituições estaduais.
>
> Dir-se-á que a regra inscrita no § 4º do art. 57 da Constituição Federal é conveniente e oportuna. Penso que sim. As Assembléias

revista pge - 61 - 2006.pmd 254 26/10/2006, 16:16

> Legislativas do Estados-membros e as Câmaras Municipais deviam inscrevê-las nos seus regimentos, ou as Constituição estaduais deviam copiá-la. A conveniência, no caso, entretanto, não gera inconstitucionalidade, mesmo porque não se pode afirmar que a não proibição da recondução fosse desarrazoada. É dizer, o princípio da razoabilidade não seria invocável, no caso."

Na mesma linha, e também oriunda do Pretório Excelso, decisão na Petição nº 1682-3/CE (Rel. Min. Celso de Mello):

> "Não posso deixar de considerar, no entanto, na análise deste pedido, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que, por mais de uma vez, já enfatizou a inaplicabilidade, aos Estados-membros e aos Municípios, da cláusula final inscrita no art. 57, § 4º, da Constituição da República... Isso significa, portanto, que as Constituições estaduais e as Leis Orgânicas dos Municípios – tratando-se de eleição para as Mesas Diretoras das respectivas Assembléias Legislativas e Câmaras Municipais – podem autorizar, legitimamente, a recondução dos parlamentares locais ao mesmo cargo, ainda que para exercício em período imediatamente subseqüente. Esse entendimento jurisprudencial da Suprema Corte – que privilegia a liberdade decisória das unidades federais em matéria de opção política e de exercício do respectivo poder normativo – encontra suporte na autonomia constitucional dos Estados-membros e dos Municípios, a quem a Carta da República – em cláusula revestida de inquestionável coeficiente de federalidade (art. 25 e arts. 29/30) – atribuiu a regência de temas que se incluem, tipicamente, na esfera de interesses próprios das coletividades regionais e locais. Na realidade, a jurisprudência constitucional do Supremo Tribunal Federal, reiterando orientação firmada sob a égide da Carta Política de 1969 (RTJ 119/964), tem proclamado que a norma inscrita no art. 57, § 4º, da Constituição Federal – no ponto em que esta veda a recondução, nas eleições imediatamente subseqüentes, para o mesmo cargo na Mesa Diretora das Casas do Congresso Nacional, não veicula princípio essencial a que devam obediência as demais unidades da Federação, não se revelando, por isso mesmo, tal cláusula, suscetível de reprodução obrigatória nos estatutos fundamentais dos Estados-membros e Municípios (ADI nº 793-RO, Rel. Min. Carlos Velloso – ADI nº 1.528-AP, Rel. Min. Octavio Gallotti – Pet nº 1.653-MG, Rel. Min. Celso de Mello)"

Com efeito, o princípio da simetria não pode acarretar que todas as normas inferiores devam repetir as normas constitucionais superiores. Até porque, neste caso, seria desnecessária a Lei Orgânica Municipal. Na verdade,

revista pge - 61 - 2006.pmd 255 26/10/2006, 16:16

a limitação que o STF dá ao princípio da simetria é justamente esta: a de que a violação à simetria só se dará quando violado princípio constitucional, ou seja, norma constitucional com carga jurídico-constitucional de manifestação política do constituinte.

E, do mesmo modo, a própria Lei Orgânica Municipal de Novo Hamburgo já prevê a necessidade de aprovação do plenário:

Art. 21. A Câmara Municipal ou suas Comissões, por requerimento aprovado em Plenário, podem convocar Secretários Municipais, titulares de autarquias ou de instituições de que participe o Município, para comparecerem perante elas, a fim de prestarem informações sobre assunto previamente designado e constante da convocação.

2.4. As Eventuais Deliberações de Indeferimento

Finalmente, ínsito ao reconhecimento de se ter por constitucional a exigência de que o pedido de informações deva ser submetido ao plenário do Poder Legislativo é o fato de que tal pedido pode ser deferido ou indeferido pelo colegiado, desimportando, aqui, considerações acerca de eventual resultado político que isso possa vir a ter.

3. CONCLUSÃO

Isso posto, concluo respondendo um a um os itens do questionamento do Sr. Vereador Luiz Carlos Schernlte:

3.1. sim, pois a deliberação é ínsita ao Plenário e este admitir o indeferimento do pedido do Vereador, assim como o deferimento, é característica da atividade deliberativa;

3.2. não, pois o inc. XXXIII do art. 5º da CF não diz diretamente com o poder fiscalizatório e de controle das Câmaras de Vereadores, e sim com o poder de controle dirigido à cidadania, com conseqüências diversas;

3.3. o art. 103, III, do Regimento Interno da Câmara de Vereadores não é inconstitucional;

3.4. questão prejudicada, porque exigiria resposta afirmativa relativamente ao item anterior.

É o parecer, s.m.j.

Porto Alegre, 29 de abril de 2004.

Luís Carlos Kothe Hagemann,
Procurador do Estado

Processo nº 009775-10.00/04-6

revista pge - 61 - 2006.pmd 256 26/10/2006, 16:16

Acolho as conclusões do PARECER nº 13.968, da Procuradoria do Domínio Público Estadual, de autoria do Procurador do Estado Doutor LUÍS CARLOS KOTHE HAGEMANN.

Encaminhe-se cópia, mediante Ofício, ao Excelentíssimo Senhor Presidente da Câmara Municipal de Novo Hamburgo.

Em 31 de maio de 2004.

Helena Maria Silva Coelho,
Procuradora-Geral do Estado.

revista pge - 61 - 2006.pmd 257 26/10/2006, 16:16

ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO

PARECER 22/2005

TRIBUNAL RÉU - ILEGITIMIDADE.
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO SUBSTITUTO PROCESSUAL- ILEGALIDADE.
PROCURADOR DO ESTADO - CAPACIDADE POSTULATÓRIA - EXCLUSIVIDADE.
REFORMATIO IN PEJUS EM MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA - POSSIBILIDADE.
Por não revestir sequer condição de pessoa processual, não titula Tribunal algum - judicial ou administrativo - legitimidade para estar em juízo.
Réu o próprio Estado, citado é o Procurador-Geral e não o Orgão que este dirige.
É privativa de Procurador do Estado a representação estatal em juízo.
Afasta-se a vedação da *reformatio in pejus* se a alteração do *decísum* envolve questão de ordem pública.

Trata-se de ação declaratória movida "*contra decisão*" ***(sic)*** plenária desta Corte que negou provimento a recurso para reformar denegação cameral de registro a ato de aposentadoria. Além do improvimento, alega a demandante, ocorreria *reformatio in pejus* eis que, em fase recursal, desconsiderara-se tempo de serviço que o julgamento recorrido admitira implicitamente e que não fora objeto de irresignação. Sustenta, pois, expressamente, malferimento ao disposto no art. 515 da lei processual: o efeito devolutivo do recurso não incluiria a *questão* da contagem, como tempo de efetivo serviço, do lapso temporal de tramitação do processo neste Tribunal.

Veja-se: a ação é movida contra uma *"decisão"* (sic). Dos requerimentos finais, consta, também *in verbis,* o da *"citação da Procuradoria Geral do Estado do Rio Grande do Sul para, em nome do Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul, conteste a presente ação, sob pena de revelia".* No mérito, aduz*: "A insurgência, neste momento processual (o recurso), ficou limitada ao cômputo do tempo de serviço rural, sendo que os 445 dias referentes ao período de tramitação do Processo nº 0587-0200/98-5 (...) foram aceitos pelo decisum recorrido".*

Relatei.

ILEGITIMIDADE PASSIVA. CAPACIDADE POSTULATÓRIA

Em algumas outras demandas, tão descabidas quanto a presente, tem sido admitida a legitimidade desta Corte para figurar no pólo passivo de relação

revista pge - 61 - 2006.pmd 258 26/10/2006, 16:16

processual de procedimento ordinário [as maldenominadas e injuriadas ações "ordinárias"]. No particular, repito o que venho dizendo há tempos:

> Salvo para dizer que não pode estar aqui, o Tribunal de Contas não tem como figurar na presente relação processual. Como, de resto, não figura qualquer Poder, ou repartição pública alguma. Não têm personalidade jurídica própria, não são pessoas. E somente há relações jurídicas entre pessoas, na vetusta e consabida lição de PONTES DE MIRANDA. Poderes, Tribunais, repartições não são nem mesmo pessoas processuais, como ocorre, contrariamente, com o espólio, o condomínio, a massa falida, a herança jacente e outros.
>
> No caso presente, é a pessoa jurídica de natureza política e existência necessária - o Estado do Rio Grande do Sul - que pode estar em juízo. Não o Tribunal. E nos termos da lei, só o Procurador do Estado pode atuar no foro pelo Estado-membro, como só o Advogado da União pode representar esta. A exceção está no Município: Procurador e Prefeito o representam.
>
> E como luva ao caso presente, arrematei:
>
> > O caso dos autos mostra, às escâncaras, essa última impediência: a ilegitimidade do réu. Não pode o Tribunal de Contas integrar relação processual como parte passiva. Nem como parte ativa poderia demandar. A ação há de ser proposta - repita-se com insistência - contra o Estado do Rio Grande do Sul. É representado este por quem tenha capacidade postulatória para tal.[1]

Repito à náusea, embora não desconhecendo esdrúxulos posicionamentos contrários: Tribunais e repartições não são sequer pessoas processuais.[2] Nessa esteira, contra a pouca ciência de se admitir demanda contra esta Corte de Contas em processo de conhecimento, acórdão unânime do Egrégio Superior Tribunal de Justiça:

> PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO ORDINÁRIA ***(sic).*** TRIBUNAL DE CONTAS. ILEGITIMIDADE.
> **1. Os Tribunais de Contas são partes ilegítimas para figurarem no pólo passivo de ação ordinária *(sic)*** visando desconstituir ato de sua competência.
> 2. Não deve ser confundida a capacidade judiciária excepcional, que lhe é concedida para estar em juízo na defesa de suas prerrogativas, bem como de figurar como autoridade coatora em mandado de segurança, com a legitimação ad causam necessária para a formação

[1] Parecer nº 26/2003, de 05 de dezembro de 2003.
[2] CPC. art. 12. incs. III, IV, V, VII e IX a contrário senso.

revista pge - 61 - 2006.pmd 259 26/10/2006, 16:16

da relação jurídica formal.

3. **Os Tribunais de Contas não são pessoas naturais ou jurídicas, pelo que, conseqüentemente, não são titulares de direitos.** Integram a estrutura da União ou dos Estados e**,** excepcionalmente, dos Municípios.

4. A alta posição de permeio entre os poderes Legislativo e Executivo, sem sujeição a nenhum deles, embora de relevância para o controle da legalidade e da moralidade das contas públicas, **não lhes outorga, só por esse fato, a condição de pessoa jurídica para figurar no pólo passivo de ação ordinária** (sic) **visando desconstituir ato que por ele foi praticado no exercício de sua competência.**

5. Peculiaridades do nosso sistema jurídico que exige obediência em face do querer constitucional.

6. Recurso especial improvido.[3]

Ante os repetidos julgados do Tribunal competente para o resguardo do direito federal, assente-se de vez por estas plagas o que venho reafirmando com insistência febril, parecendo embora pregar no deserto:

NENHUM TRIBUNAL TEM LEGITIMIDADE PARA ESTAR EM JUÍZO.

Igualmente não prospera a requerida *"citação da Procuradoria-Geral do Estado (...) sob pena de revelia"*. A uma, porque não se citam órgãos; citam-se *pessoas físicas,* presentantes ou representantes de pessoas ou de órgãos personalizados. À Procuradoria-Geral, pois, falta capacidade postulatória por não ser, nem poder ser, réu ou representante legal ou procurador legalmente autorizado (CPC, art. 215). A duas, porque não há efeitos de revelia contra o Estado; os direitos que este envolvem são de natureza *indisponível* (CPC, art. 320, inc. II).

A ALEGADA *REFORMATIO IN PEJUS*

Sustenta a demandante julgamento *in pejus:* o Egrégio Pleno, em grau recursal, teria reformado para pior o julgamento da Câmara. Esta não recusara tempo ficto de serviço haurido a partir do exótico e inconstitucional entendimento segundo o qual o tempo de tramitação do processo de aposentadoria é contado como tempo de efetivo serviço. Assim, deseja ela contar mais dois anos (de 28-08-97 a 18-08-99),

"*...pois foi o prazo entre o ato de inativação expedido pelo Município e a decisão negatória de registro proferida pelo TCERS, consoante prevê a Súmula nº 13"*. E alegando preclusão para o Tribunal (sic), insiste em que o tempo de tramitação do feito não poderia ter sido desconsiderado em grau

[3] REsp 504920, rel. Min. José Delgado, DJ 13.10.2003, p. 257. Grifei.

revista pge - 61 - 2006.pmd 260 26/10/2006, 16:16

recursal, eis não o fora quando do exame da legalidade da aposentação no órgão *a quo*.

O equivoco é novamente flagrante: tempo de serviço é *questão* - e questão de ordem pública. Por isso mesmo, não se contém no efeito *devolutivo,* o vetusto *tantum devolutum quantum appellatum* (CPC, art. 515). Inclui-se, sim, no efeito *translativo,* de natureza indisponível, especialmente para o administrador (CPC, arts. 515, § 1º, 267, § 3º, e 301, § 4º). Nesse passo, a autora confunde voluntariedade da devolução com indisponibilidade da translação. Tratando de uma e outra, escrevi alhures:

> *...no recurso, o efeito devolutivo depende da vontade do recorrente; a este pertence determinar quanto de extensão terá a atividade do tribunal. O efeito translativo, ao revés, resulta de determinação legal: é o interesse público que passa à frente e diz da profundidade do que está devolvido ao conhecimento do órgão competente para apreciar o recurso.*[4]

Não há alegar *reformatio in pejus.* A questão que fundamentou a decisão recursal era de ordem pública - *e dentro do mesmo processo,* por isso imprecluível. Ademais disso, a própria Administração poderia anular o ato de inativação, eis eivado de vício material que o tomara ilegal.[5] É que, no dizer do acórdão que improveu o recurso da postulante, esta houve-se com má-fé vez que requereu inativação sem contar tempo para tal.[6]

Por tudo, concluo pela remessa dos autos à Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul - único órgão com integrantes detentores de capacidade postulatória para atuar em juízo - a fim de ali ser alegada a sem-razão da demanda, seja pela (a) flagrante ilegitimidade de parte (CPC, arts. 3º e 267, inc. VI), seja pela (b) inépcia da inicial em face da impossibilidade jurídica do pedido (idem, c/c art. 295, inc. I, e parágrafo único, inc. II), seja ainda pela (c) inexistência da reforma para pior (CPC, art. 515, § 1º), fundamento principal da temerária demanda. Tudo isso leva ao (d) indeferimento da inicial (CPC, art. 267, inc. I), ao (e) reconhecimento da má-fé (CPC, art. 14, incs. II e III, c/c art. 17, inc. III) e à (f) conseqüente penalização prevista na mesma lei instrumental (art. 18).

É como penso.

Porto Alegre, 13 de setembro de 2005.

ADERBAL TORRES DE AMORIM
Auditor Substituto de Conselheiro

---

[4] *Recursos Cíveis Ordinários.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 44.

[5] Súmula da Jurisprudência Predominante do Supremo Tribunal Federal, verbete 473

[6] O equivocado entendimento ainda vigente nesta Casa enseja. infelizmente, anomalias como esta: sem titular tempo de serviço suficiente, servidora requer inativação e ao ato respectivo é negado registro. Novo ato é exarado, pretendendo ela contar o tempo de tramitação do processo de registro do ato anterior. Teratologia.

revista pge - 61 - 2006.pmd 261 26/10/2006, 16:16

Normas de Publicação

1 Sobre a Revista

A Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul, publicada sob responsabilidade desta Instituição, tem por finalidades:

a) Contribuir para a cultura jurídica nacional, em especial no campo do Direito Público e da Advocacia de Estado;

b) Divulgar os trabalhos dos Procuradores do Estado no exercício de suas funções;

c) Difundir a produção científica dos Procuradores do Estado;

d) Propiciar o debate acadêmico e o fomento à produção científica dos Procuradores do Estado e da comunidade jurídica em geral.

A Revista tem periodicidade semestral.

2 Apresentação dos Artigos

Este é um resumo das normas de publicação, o texto na íntegra pode ser acessado no site da Revista.

2.1 Os trabalhos encaminhados para apreciação deverão seguir as normas da ABNT sempre que possível, observando-se os critérios estabelecidos no Regimento Interno.

2.2 Os artigos deverão ter sua extensão ditada pela necessidade de clareza na explicitação dos argumentos, respeitado o limite de 13 (treze) a 30 (trinta) laudas (20 linhas com 60 caracteres cada), incluindo quadros, tabelas, ilustrações, notas e referências, observando:

a) espaço 1½ e fonte Arial 11, exceto: resumo, que deve aparecer com fonte tamanho 10 e espaço entre linhas e legendas, que devem ser inseridas com fonte tamanho 10 e espaço entre linhas simples;

b) devem ser elaboradas em folha A4 (210mm x 397mm);

c) devem respeitar as seguintes margens: superior = 3cm; inferior = 2cm; esquerda = 3cm; e direita = 2cm;

d) os itens e subitens devem aparecer em letras maiúsculas e em negrito**,** e devem sempre ser iniciados na mesma página, não deixando espaços em branco entre um e outro, utilizando-se numeraçãoo para os itens (1, 2, 3 etc.) e sub-numeração para os subitens (1.1., 1.2., 2.1., 2.2. etc.), estes apenas com as letras iniciais em maiúsculo;

e) as notas de rodapé devem adotar um dos sistemas previstos pela Associação Brasileira de Normas Técnicas (alfabético ou numérico) para fazer citações de obras consultadas. Se a opção for pelo alfabético, as referências devem ser ordenadas no final do artigo em uma única ordem alfabética. Mas caso a opção tenha sido pelo sistema numérico, as referências finais aparecem na mesma ordem numérica crescente;

revista pge - 61 - 2006.pmd 262 26/10/2006, 16:16

f) a fonte das notas de rodapé devem vir no tipo Arial, estilo normal, tamanho 9, utilizando espaço simples entre linhas e alinhamento justificado e deverão ser colocadas ao pé da página de ocorrência.

g) as citações podem ser transcrições literais (citação direta) ou uma síntese do trecho que se quer citar (citação indireta). Tanto num caso como no outro, as fontes devem estar indicadas, não se admitindo transcrições sem a devida referência;

h) as citações diretas que ultrapassarem 5 linhas devem vir em um parágrafo especial, dispensando-se as aspas, separada do parágrafo anterior e posterior por uma linha a mais, fonte do tipo Arial, estilo normal, tamanho 11 e com recuo da margem esquerda igual ao dos parágrafos;

i) as referências bibliográficas seguirão, obrigatoriamente, as normas da ABNT vigentes. Todos(as) os(as) autores(as) citados(as) no texto, e somente estes(as), devem compor uma lista de referências, no final do texto. A exatidão e adequação destas referências são de exclusiva responsabilidade do(a)(s) autor(a)(es).

j) na primeira lauda do artigo, devem constar o título, nome completo do(s) autor(es), maior titulação acadêmica, vinculo institucional, endereço, números de telefones, fax e e-mail.

2.3 Os artigos devem possuir obrigatoriamente um resumo, no seu idioma original, com até 160 palavras, seguido de um conjunto de três a cinco palavras-chave, escritas com iniciais maiúsculas e separadas por ponto, também no idioma original do artigo. A tradução do resumo e das palavras-chave obedece ao seguinte critério: se o idioma do artigo for o português, a tradução será para o inglês (Abstract, Keywords); se for espanhol (Resumen), francês (Resumé) ou Inglês (Abstract), a tradução será para o português. O resumo deve explicar, em um único parágrafo, o(s) objetivos(s) pretendido(s), procurando justificar sua importância (sem incluir referências bibliográficas), os principais procedimentos adotados, os resultados mais expressivos e conclusões.

2.4 Resenhas, pontos de vista, assim como relatos, comentários e discussão de jurisprudências devem ter no máximo 10 (dez) laudas de igual formatação ao descrito no item 1.1.

2.5 Resumos de teses, dissertações e monografias – relacionados à temática central da revista – não devem exceder o espaço de uma lauda.

2.6 O título do artigo não deve exceder a 15 (quinze) palavras e deve vir acompanhado de sua tradução, seguindo o idioma selecionado para a tradução do resumo.

Disposições Gerais

O artigo deverá ser encaminhado ao Conselho Editorial pela via eletrônica (e-mail: conselho-editorial@pge.rs.gov.br), ou através de disquete ou CD-Rom em formato WORD FOR WINDOWS. Em qualquer hipótese, deverão

revista pge - 61 - 2006.pmd 263 26/10/2006, 16:16

ser também encaminhadas duas vias impressas, acompanhados da autorização para publicação assinada pelo(s) autor(es), aceitando os colaboradores a cessão dos seus direitos autorais para a Revista da PGE e não farão jus a qualquer remuneração.

Os trabalhos a serem publicados observarão os seguintes critérios: concordância com as finalidades da revista; atualidade, originalidade e/ou ineditismo do tema abordado; profundidade da análise; correção e coerência da linguagem; clareza e consistência dos conceitos e da abordagem; importância científica do tema; coerência das reflexões/conclusões com a seqüência do texto; correção e atualidade das citações e autores(as) referenciados(a).

Os trabalhos aceitos poderão sê-lo "sem restrições" ou "devolvidos para reformulações". Quando as reformulações tratarem apenas de aspectos formais ou outras que não modifiquem as idéias dos(as) autores(as), serão efetuadas pelo Conselho Editorial; nos demais casos, o trabalho será reenviado ao(à) autor(a).

Os autores, cujas contribuições forem aprovadas para publicação, receberão três exemplares da Revista onde constar a publicação.

Os originais dos artigos não serão devolvidos.

As regras e critérios para publicação poderão ser excepcionadas a critério do Conselho quando o assunto for de especial interesse ou o autor tiver reconhecimento pela excelência da sua obra.

revista pge - 61 - 2006.pmd 264 26/10/2006, 16:16