

UNIVERSIDADE CATÓLICA DE PERNAMBUCO
PROESPE – PRÓ-REITORIA DE ENSINO, PESQUISA E EXTENSÃO
MESTRADO EM DIREITO

Tutela Efetiva: Sistemática e Positivção

JOSÉ LÁZARO ALFREDO GUIMARÃES

RECIFE/2006

JOSÉ LÁZARO ALFREDO GUIMARÃES

**Tutela Efetiva:
Sistemática e Positivção**

Dissertação apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco, sob a orientação do Prof. Dr. Lúcio Grassi de Gouveia.

RECIFE/2006

UNIVERSIDADE CATÓLICA DE PERNAMBUCO
PROESPE - PRÓ-REITORIA DE ENSINO, PESQUISA E EXTENSÃO
MESTRADO EM DIREITO

Tutela Efetiva:
Sistemática e Positivação
JOSÉ LÁZARO ALFREDO GUIMARÃES

Ficha de avaliação

Prof. Dr. Lúcio Grassi de Gouveia. Orientador

Prof. Dr. Teori Albino Zavascki, 1º Examinador

Prof. Dr. Alexandre Freire Pimentel, 2º Examinador

RECIFE/2006

Dedico este trabalho à memória de meu pai, o Procurador de Justiça
Moacyr Alfredo Guimarães

AGRADECIMENTOS

Esta dissertação é resultado de um esforço coletivo de aprendizado e pesquisa, desenvolvido no Mestrado em Direito da Universidade Católica de Pernambuco, sob a competente coordenação do Prof. Dr. Manoel Severo Neto. Em cada uma das disciplinas por mim cursadas, encontrei a colaboração dos professores e dos colegas, no debate dos temas que apresentei em seminários, sempre buscando a inserção no tema central da efetividade do processo.

Quero agradecer a todos e, especialmente, aos professores Virginia Collares, incansável na tarefa de nos ensinar o caminho seguro da Metodologia da Ciência do Direito, as formas corretas de exposição do trabalho científico e as técnicas do discurso jurídico; Lúcio Grassi, meu orientador, escolhido logo ao início do curso, ao contato com as suas belas exposições sobre as tutelas de urgência; Alexandre Freire Pimentel, pelo brilho e pela segurança dos seus ensinamentos; Hélio Ourem Campos, pela profundidade com que abordou as questões mais atuais do Processo Tributário, em particular, a necessidade de reforma da execução fiscal; Sérgio Torres, pela clareza e elegância com que tratou da Teoria Geral do Processo; Manoel Severo Neto, pelas suas lições inesquecíveis sobre as alterações no sistema processual brasileiro e, mais ainda, pela dedicação em sugerir alterações e indicar os pontos que deveriam ser ampliados no texto; Gustavo Ferreira Santos, pela completude e solidez das suas exposições sobre os direitos fundamentais; e Adonis Costa Filho, que nos apresentou, com riqueza de detalhes, os meandros do processo administrativo fiscal.

Recebi, ainda, no exame de qualificação, importantes sugestões dos professores Lúcio Grassi, Manoel Severo Neto e Alexandre Freire Pimentel, todas aproveitadas. As imperfeições que restam no texto são da minha inteira responsabilidade.

Meu reconhecimento à iniciativa do Tribunal Regional Federal/5ª, pelo seu presidente, Des. Francisco Cavalcanti, de apoiar a realização de cursos de pós-graduação pelos magistrados e servidores, o que viabilizou materialmente a conclusão deste projeto tantas vezes adiado, ao longo da minha vida profissional.

Por fim, mas não por menos, o muito obrigado a Giltes, minha mulher, pela compreensão, pela ajuda, pela colaboração constante, que se estende por mais de 42 anos de amor.

RESUMO

Este trabalho analisa o resultado prático e a utilidade das decisões judiciais, suas projeções subjetiva, espacial e temporal, desde a formação até o encerramento da relação jurídica processual. Começa por demonstrar a importância da antecipação dos efeitos da tutela, não obstante o impacto da utilização intensiva do instrumento, em paralelo com a nova sistemática do agravo, que sobrecarregou os tribunais. Destaca a necessidade de se interpretar o alcance das liminares e da sentença, nas ações coletivas, em harmonia com os princípios e garantias estabelecidos na Constituição Federal para proteção dos interesses coletivos e difusos e dos direitos homogêneos. Aprecia as diversas espécies de execução, inclusive a de quantia certa, fundada em título judicial, especialmente quanto à funcionalidade das alterações introduzidas pela Lei 11.232/06. Avalia os pontos de estrangulamento do Poder Judiciário¹ e as condutas adequadas a serem observadas pelos profissionais dos ramos jurídicos para que os princípios da inafastabilidade da tutela jurisdicional e da duração razoável do processo se transmudem de quimera em realidade, e não apenas para o demandante ter certificado o seu direito, mas para satisfazê-lo, o que resulta na tutela efetiva. Encerra com o exame do projeto de reforma da execução fiscal e a constatação da necessidade de interligação do procedimento administrativo e do processo judicial, com o objetivo de, aplicados os princípios constitucionais, eliminarem-se as repetições indevidas de atos e se proporcionar a tutela efetiva já no processo administrativo, o que resultaria na redução da demanda judicial. Busca-se, pois, a compreensão da efetividade da tutela jurisdicional e da autotutela administrativa, como uma sistemática que abrange diversos tipos de processo e está alicerçada nos direitos fundamentais.

Palavras-chave: efetividade, tutela efetiva, satisfação do direito.

¹ CAPPELLETTI; GARTH. *Acesso à Justiça*. Porto Alegre: Fabris, 1988. Trad. Ellen Gracie Northfleet

ABSTRACT

In this work I analyze, from the beginning to the end of procedural relations, the practical results of judicial decisions, mainly their subjective and binding effects. I argue that anticipated effects of Judicial Protection in spite of its intense use and consequent surcharging of courts remains a very important tool. Although Class Action is the best way to achieve social results, some restrictions in the law threaten the fulfillment of the constitutional principles concerning public civil action and consumer protection. The overcoming of obstacles in Judiciary procedures challenges judges to apply extensively their duties in conducting trials according to the rule of reasonable length which is guaranteed in Brazilian Constitution, and so far by effective tutelage.

Key words: effective tutelage, Judicial Protection

LISTA DE ABREVIATURAS

AgRg – Agravo Regimental
AC – Apelação Cível
ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade
AGTR – Agravo de Instrumento
AMS – Apelação em Mandado de Segurança
ANEEL – Agência Nacional de Energia Elétrica
CPC – Código de Processo Civil
CF – Constituição da República Federativa do Brasil
Des - Desembargador
IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística
LC – Lei Complementar
LOMAN – Lei Orgânica da Magistratura
MC – Medida Cautelar
MP – Medida Provisória
RCL – Reclamação
Rel - Relator
Resp – Recurso Especial
RE – Recurso Extraordinário
STJ – Superior Tribunal de Justiça
STF – Supremo Tribunal Federal
TJDF – Tribunal de Justiça do Distrito Federal
TJPE - Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco
TRF - Tribunal Regional Federal

SUMÁRIO

LISTA DE ABREVIATURAS	8
INTRODUÇÃO	11
I TUTELA JURISDICIONAL	17
1.1 Tipos de tutela jurisdicional	17
1.1.2 Tutela antecipada e sobrecarga dos tribunais	18
1.1.3 A crise do processo judicial	19
1.1.4 A efetivação da tutela antecipada	22
1.1.5 Requisitos da antecipação	23
1.1.6 Impactos sucessivos: mandado de segurança, agravo de instrumento	24
1.2 As mudanças no agravo de instrumento	29
1.2.1 Relevância no papel do relator	29
1.2.2 O agravo retido como modalidade geral	31
1.2.3 Mandado de segurança contra ato do relator	34
1.2.4 Negativa de seguimento ou provimento do recurso	35
1.3 O pedido de suspensão da liminar, da tutela antecipada e da sentença	36
1.3.1 Tensão entre o juízo comum e o juízo político	36
1.3.2 Conflito de decisões nos tribunais	40
1.4 A necessária prevalência do princípio do juiz natural	41
1.5 O cumprimento das decisões antecipatórias	42
1.6 Medidas destinadas a assegurar a razoável duração do processo	43
1.6.1 As alterações significativas que trancam o exercício da ação ou do recurso	43
1.6.1.1 Julgamento liminar de improcedência	44
1.6.1.2 Adequação da sentença liminar de improcedência ao devido processo legal	51
1.6.1.3 Aplicação à hipótese dos princípios da tutela efetiva e da duração razoável do processo	52
1.6.1.4 Indeferimento da inicial com pronúncia de decadência ou prescrição	53
1.6.1.5 A súmula impeditiva do recurso	54
1.6.2 Processo telemático	54
II EFICÁCIA DAS DECISÕES JUDICIAIS	56
2.1 Ações individuais e ações coletivas	56
2.1.1 Tutela coletiva	56
2.1.2 Base constitucional das ações coletivas	57
2.1.3 As ações coletivas de procedimento especial	57
2.1.3.1 Ação popular	58
2.1.3.2 Mandado de segurança coletivo	58
2.1.3.3 Ação civil pública	59
2.1.3.4 Desapropriação para fins de reforma agrária	61
2.1.3.5 Ações de procedimento comum	62
2.2 Legitimação coletiva e interesse de agir do Ministério Público, sindicatos e associações	62
2.2.1. Pressupostos gerais e pressupostos específicos	64
2.2.2 Substituto processual e substituídos, nas ações coletivas	66
2.2.3 A execução da sentença coletiva	67
2.2.4. Competência do juízo – Justiça Federal, Justiça Comum, Justiça do Trabalho	69

2.2.4.1 A competência do juízo local para a ação civil pública.....	70
2.2.4.2 A definição preventiva de competência pelo STJ	71
2.3 A sentença nas ações coletivas.....	72
2.3.1 Extensão territorial da tutela coletiva.....	73
2.4 A nova sistemática de execução.....	76
2.4.1 A atividade judicial posterior à sentença.....	77
2.4.2 A sentença adjudicatória.....	77
2.4.3 Relativização excessiva da coisa julgada.....	78
2.4.4 Efeito devolutivo da impugnação.....	83
III EFETIVIDADE DAS DECISÕES JUDICIAIS.....	85
3.1 O conceito de efetividade.....	85
3.1.1 A autocomposição controlada.....	87
3.1.2 Dados da experiência pessoal.....	88
3.1.3 O emperramento da máquina cartorária.....	92
3.2 Neutralidade mitigada na execução de sentença.....	93
3.2.1 Relato de casos marcantes.....	94
3.2.2 Os resultados práticos dos Juizados Especiais Federais.....	96
3.2.3 Os Juizados Especiais Estaduais.....	96
3.3 Dificuldades na execução fiscal e na execução contra a Fazenda Pública.....	97
3.3.1 O retorno do Estado: esgotamento da economia neo-liberal.....	98
3.3.2 Problema: carga tributária x evasão fiscal.....	100
3.3.2.1 A estratégia do questionamento judicial dos débitos tributários e o alongamento dos pagamentos.....	100
3.3.2.2 A insuficiência dos mecanismos de arrecadação e as sucessivas leis de anistia ou planos de recuperação fiscal.....	101
3.3.2.3 Propostas da comissão presidida pelo Ministro Teori Zavaski.....	103
3.3.3.1 Ajuizamento da execução contra o devedor e responsáveis.....	104
3.3.3.2. Competência da Justiça Federal, eliminando-se a delegação à Justiça Estadual nas comarcas que não possuem Vara Federal.....	108
3.3.3.3 Citação e nova interrupção da prescrição.....	110
3.3.3.4 Ação autônoma.....	111
3.3.3.5 Depósito e encargo de depositário.....	112
3.3.3.6 Averbação do ato de constrição.....	113
3.3.3.7 Intimação pessoal do representante da Fazenda.....	113
3.3.3.8 Audiência da Fazenda no processo falimentar.....	113
3.3.3.9 Execução fiscal contra entidades públicas.....	114
3.3.4 A necessidade de um processo administrativo funcional.....	115
CONCLUSÃO.....	121
REFERÊNCIAS.....	123

INTRODUÇÃO

A Justiça brasileira cresceu, nos últimos 15 anos, em número de varas, de servidores e magistrados². Uma ampla reforma dos Processos Civil e Trabalhista vem sendo implantada, progressivamente, com o objetivo de superar o problema secular da morosidade e aproximar o sistema do ideal de efetividade. Os resultados, contudo, demoram a apresentar-se. A demanda judicial aumenta, sem que se apresente a devida resposta, e os reclamos da opinião pública recrudescem³.

Um dos pontos positivos da reforma do processo é a superação da divisão estanque das tutelas, de modo a permitir a satisfação do direito com o mínimo de entraves burocráticos. Hoje, não há um processo exclusivo de conhecimento, outro cautelar, outro de execução. A atividade judicial está voltada para a efetivação, adaptada ao grau de certeza contida na decisão, o que decorre da acolhida do princípio da tutela efetiva no sistema constitucional brasileiro.

Por outro lado, o curso de uma demanda envolve atividade das partes e do juiz mediante encadeamento que exige a prática de um sem-número de atos, até alcançar-se a

² Tome-se o exemplo da Bahia: em 1990, eram oito Varas Federais, 20 Juntas de Conciliação e Julgamento e pouco mais de 200 Varas Estaduais, para uma população de 11.867.991 de habitantes (IBGE, 1991). Hoje são 26 Varas Federais, 68 Varas do Trabalho e 575 Varas Estaduais, para uma população de 13.070.250 de habitantes (IBGE, 2000). Houve um incremento populacional de 1.202.259 habitantes, ou 9,1%, e um aumento do número de Varas de 150% na Justiça Federal, 210% na Justiça do Trabalho e de 187,5% na Justiça Estadual.

³ Em matéria publicada n'Ó Estado de São Paulo, p A4, de 4/6/2006, os jornalistas Lu Aiko Otta e Sérgio Gobetti revelam que, de 1995 a 2005, as despesas de pessoal da União com o Judiciário, incluindo o TJDF, passaram de R\$ 6.029.000,00 a R\$ 12.233.000,00, com um aumento de 103%, enquanto com o Executivo os gastos salariais evoluíram apenas 2%, de R\$ 68.018.000,00 a R\$ 69.548.000,00, no mesmo período. Tais dados são apresentados como uma forma de queixa ante a carência de informação sobre a eficiência do sistema judicial. Desafia-se o Judiciário a apresentar resultados compatíveis com os recursos públicos investidos na sua organização.

realização do direito⁴. Tudo isso requer o dispêndio de esforços pessoais, de recursos materiais e de tempo, que não atende, de modo algum, às necessidades da sociedade informacional⁵ interligada, mundialmente, em tempo real. Dessa constatação decorre a experiência iniciada em 1993, conhecida como reforma processual fatiada, numa iniciativa do grupo de magistrados, advogados e membros do Ministério Público, liderado pelos ministros Sálvio de Figueiredo Teixeira e Athos Gusmão Carneiro, do Superior Tribunal de Justiça.

Os passos mais importantes dessa reforma foram: a) a abertura das hipóteses de antecipação dos efeitos da sentença (art. 273 do Código de Processo Civil); b) o fortalecimento da direção do processo pelo juiz, com a imposição de penalidades pela prática de atos atentatórios à dignidade da justiça (arts. 14 a 16, CPC); c) a alteração na sistemática do agravo (arts. 522 e segs. CPC) e da extensão de profundidade do julgamento da apelação (arts. 513 e segs, CPC); d) a atribuição de poderes ao relator para decidir, de plano, o recurso quando tiver que aplicar orientação dominante nos tribunais superiores ou no próprio tribunal e, e) a racionalização do cumprimento das obrigações de fazer e não fazer (art. 461 e seus parágrafos, CPC).

Após a Reforma do Judiciário, de 2004, abriu-se novo leque de projetos de reforma processual, apresentados ao Congresso Nacional, sob o impulso do pacto firmado entre os presidentes da República, do Supremo Tribunal Federal, da Câmara e do Senado. Cinco deles já foram aprovados e editados (Leis 11.187/05, 11.232/05, 11.276/06, 11.277/06 e 11.280/06). Até o momento, contudo, não são apresentados dados sobre a real situação dos serviços judiciais no País, embora, no primeiro semestre de 2005, tenha havido forte reação das diversas associações de magistrados sobre estatísticas que se provaram desajustadas da realidade, anunciadas pelo Ministério da Justiça.

⁴ Sobre o assunto, BARROS E SILVA, A antecipação de tutela nos processos declaratórios. Porto Alegre: Fabris, 2005, p. 50/53.

⁵ CASTELLS, Manuel. A Sociedade em rede. 7 ed. Trad. Roneide Venâncio Majer. São Paulo: Paz e Terra, 2003.

O seguinte esboço reflete a precária funcionalidade do processo civil brasileiro, num curso repleto de contornos e acidentes:

Cognição: inicial – distribuição – despacho - citação - resposta – saneamento – instrução - sentença – apelação - contra-razões – remessa ao tribunal – distribuição – pauta de julgamento - acórdão - recurso especial e/ou extraordinário – remessa à Presidência do tribunal – contra-razões – despacho de admissão - remessa ao STJ ou STF – despacho do relator ou acórdão – certidão de trânsito em julgado – retorno ao juízo de origem.

Execução - pedido de execução – liquidação – impugnação – decisão – agravo - distribuição – contra-razões – acórdão -recurso especial – pedido de destrancamento do recurso especial – decisão do relator – agravo regimental – comunicação ao juízo de origem – intimação do devedor (segundo a nova sistemática) - penhora – impugnação - instrução – decisão – agravo ou apelação (a depender da eficácia da decisão) – contra-razões – remessa ao tribunal – distribuição – inclusão em pauta - acórdão - recurso especial – remessa à Presidência do tribunal – contra-razões – despacho de admissibilidade – remessa ao STJ – distribuição – despacho do relator ou acórdão – certidão de trânsito em julgado – remessa ao juízo de origem - atualização do cálculo – intimação - impugnação - decisão –agravo – distribuição – acórdão - designação de leilão – arrematação – embargos – impugnação – decisão – agravo – distribuição – contra-razões - acórdão – certidão de trânsito em julgado – retorno ao juízo de origem - levantamento do dinheiro.

O processo civil compreende, adotado esse esboço, 74 atos marcantes, que podem ser expandidos, pois, em cada uma das fases e subfases, são possíveis impugnações e recursos sobre recursos, como, por exemplo, as exceções processuais, a exceção de pré-executividade, os agravos inominados ou agravos regimentais, os embargos de declaração e os embargos infringentes.

Tome-se por base que, em cada uma dessas fases, sejam gastos 30 dias, numa previsão extremamente otimista. Serão 2220 dias desde a inicial até o levantamento do dinheiro, ou mais de seis anos até o final do processo. Mas, levando-se em conta que, em São Paulo, por exemplo, a distribuição de um recurso, no Tribunal de Justiça, levava, segundo informe divulgado no final de 2005, em média dois anos⁶, como os autos sobem ao tribunal após sentenças de conhecimento e, nos embargos, somem-se as idas ao Superior Tribunal de Justiça e ao Supremo Tribunal Federal: só ai já seriam, pelo menos, 12 anos.

O estudo do direito enfrenta o problema da multiplicidade de respostas à atividade investigativa, culminando em correntes de opinião, em lugar de conclusões experimentalmente verificáveis, daí a dificuldade em identificar a resposta científica⁷. Será possível analisar a eficácia do processo unindo-se a coleta de dados empíricos à investigação dos cânones teóricos e dogmáticos relativos à aplicação do direito?

Aguillar destaca as questões mais importantes ao estudo da teoria do direito, na crítica de Popper ao historicismo antinaturalista: a rejeição dos métodos das ciências físicas, porque os eventos histórico-sociais revestem-se de um caráter único, em oposição ao que se passa na natureza, onde as regularidades são as mesmas, em qualquer lugar, sugerindo-se, daí, um método essencialista, voltado à compreensão e à explicação de entidades sociológicas, tais como o Estado, a ação econômica, o grupo social, etc. O esforço de Popper é o de demonstrar que não há diferença substancial entre ciências físicas e sociais, porque, nas ciências naturais, há uma interação entre sujeito e objeto, e denuncia a engenharia utópica, escondida sob essa concepção de ciência social, vendo-a como um instrumento falso nas mãos dos governantes, dada a impossibilidade de transformação global da sociedade. Em lugar de tal engenharia, apresenta a tecnologia fragmentária (piecemeal engineering), consciente das limitações de

⁶ A indignação geral ante essa anomalia determinou a inserção do inciso XV ao artigo 93 da Constituição Federal pela Emenda Constitucional nº 45/04, estabelecendo a distribuição imediata dos processos em todos os graus de jurisdição.

⁷ AGUILLAR, Fernando Herren. *Metodologia da Ciência do Direito*. 2 ed. São Paulo: Max Limonad, 1999.

nossos conhecimentos sobre o mundo e da possibilidade de transformá-lo. Daí, só poderemos aprender com nossos erros: a mudança social deve ser empreendida por medidas sucessivas, de efeito limitado, comparando-se os resultados esperados com os obtidos.

Outra questão é a do holismo, a concepção que leva em conta a totalidade do grupo social como maior que a soma de todos os indivíduos ou de suas relações, ao qual aderem as correntes antinaturalistas. Segundo Popper, cada descrição do mundo ou da natureza não pode ser feita senão parcialmente e segundo um ponto de vista necessariamente redutor, tendo-se a sociedade como máquinas, com a reprovação daqueles que a tomam por um organismo. Combater a pobreza, acentua, é algo diverso de empreender a realização de uma sociedade de sonhos.

Quanto à possibilidade de predição do futuro, sustenta Popper que o papel da ciência social se limita ao conhecimento dos efeitos de um certo evento introduzido na sociedade.

O juiz do nosso tempo vê-se obrigado a decidir questões de forte conotação social. Por isso, Ronald Dworkin aponta os rumos mais adequados à compreensão do papel do Direito, admitindo a inserção da escolha política, desde que baseada em princípios, na decisão judicial. A visão correta, afirma, é a de que os juízes baseiam e devem basear seus julgamentos de casos controvertidos em argumentos de princípio político (que recorrem aos direitos políticos de cidadãos), mas não em argumentos de procedimento político⁸. Precisa, a respeito, a observação de Larenz: “As questões políticas deveriam ser resolvidas pelo órgão político para isso competente, e não pelos tribunais mediante a concretização de um conceito indeterminado de valor.”⁹

⁸ DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Trad. Luis Carlos Borges São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 6.

⁹ LARENZ, Karl. *Metodologia de la Ciencia del Derecho*. Trad. Marcelino Rodriguez Molinero. Barcelona: Ariel, 1994. p. 163.

João Mauricio Adeodato¹⁰ reporta-se ao sistema judicial brasileiro como divorciado do eixo ocidental, ou do procedimento adotado nos países centrais, de adoção de critérios universais aplicados neutralmente, porque estaria calcado em padrões ligados às relações de vizinhança, de parentesco e a outras menos nobres. Embora sejam inegáveis os exemplos de desvios de comportamento em várias esferas do Judiciário, o mestre da Nova Escola do Recife não aponta dados concretos e, na generalização dirigida à Justiça nacional, esquece os problemas semelhantes constatados nos Estados Unidos e na Europa. Leia-se, como ilustração, Jonathan Harr, *A Civil Action*¹¹ ou Boaventura Santos e outros, *Os tribunais nas sociedades contemporâneas*¹².

As falhas e os desmandos existem por todo canto, não são privilégio dos países periféricos. É preciso localizá-los, verificar as causas e indicar soluções. É o que se pretende, neste estudo.

O método utilizado nesta pesquisa é o da interpretação crítica do Direito Positivo e da sua aplicação, com base na doutrina, na jurisprudência e na análise de dados colhidos em fontes oficiais quanto à atividade dos juízos e tribunais. Enfatiza-se a necessidade de uma visão do processo como um instrumento organizado, cujo desenrolar merece atenção para as engrenagens do aparelho burocrático em que se apóia, e que devem estar sintonizadas com as técnicas contemporâneas de administração.

¹⁰ ADEODATO, João Mauricio. *Filosofia do Direito: uma crítica à verdade na Ética e na Ciência*. São Paulo: 2005.

¹¹ HARR, Jonathan. *A civil action*. New York: editora, 2003.

¹² SANTOS, Boaventura. et al. *Os tribunais nas sociedades contemporâneas. O caso português*. Porto: Afrontamento, 1996.

Capítulo I

TUTELA JURISDICCIONAL

I TUTELA JURISDICIONAL

1.1 Tipos de tutela jurisdicional

Quem acorre à Justiça o faz sob invocação de um direito ameaçado ou lesionado. Tem-se, assim, no plano material, a busca de um bem da vida protegido pelo Direito Positivo, com o que se efetivará a tutela jurídica. Será esta alcançada por meio da tutela jurisdicional – uma providência determinada pelo órgão judiciário competente destinada a proporcionar uma certa vantagem a quem detém o direito.

São diversos os tipos de tutela jurisdicional¹³. Classificam-se, conforme a natureza da avaliação do direito invocado, em tutelas de urgência, ou de segurança¹⁴, e tutelas de evidência. Nas primeiras, que tanto podem ser cautelares, destinadas a proteger a utilidade do processo, ou antecipativas, quando impliquem a obtenção do atendimento total ou parcial do pedido, o juiz aprecia a plausibilidade da existência do direito e, diante do perigo de lesão, adota, de imediato, a medida provisória capaz de prevenir o dano, ou de fazer cessar as suas conseqüências. Nas segundas, submetem-se os fundamentos das partes a verificação minuciosa, utilizando-se o método dialético, ouvindo-se os contendores, colhendo-se provas, para, ao final, certificar-se da existência ou inexistência do direito e adotar-se a tutela jurisdicional cabível. Esta, pela sua eficácia, será: a) de conhecimento, consistindo na declaração do direito pré-existente (sentença declaratória), na criação, modificação ou extinção de um direito (sentença constitutiva), ou na condenação da parte ré ao pagamento de certa quantia; b) de execução, quando implicar a imediata satisfação do direito já certificado, desde que realizado o procedimento de liquidação, ou em obrigação de fazer ou de entrega de coisa, e, c) mandamental, quando contenha ordem de realização ou abstenção de ato.

¹³ PIMENTEL, Alexandre Freire. **Tipologia das Tutelas**. Disponível em: http://www.esmape.com.br/pos_3_ProcCivil.php. Acesso em: formato ex. 9 dez. 2006

¹⁴ FUX, Luiz. **Tutela de segurança e tutela de evidência**: fundamentos da tutela antecipada. São Paulo: Saraiva, 1996.

O mérito maior da reforma do Processo Civil é o de permitir a adoção da tutela de execução, ou a efetivação da tutela jurisdicional, a qualquer tempo e em qualquer tipo de processo, afastando-se a compartimentalização dos procedimentos. Assim, desde a abertura da relação processual, será possível satisfazer o autor, por meio da antecipação dos efeitos da tutela, e, proferida a sentença, serão iniciados os mecanismos satisfativos, sem instaurar-se nova relação.

1.1.2 Tutela antecipada e sobrecarga dos tribunais

A antecipação dos efeitos da tutela enseja recurso, o mais das vezes logo no início da relação processual, seja contra quem a obtém, seja em face de sua denegação, por isso que desafia o bom funcionamento dos tribunais na revisão das decisões interlocutórias. Distante da realidade retratada nos autos principais, valendo-se apenas da reprodução de peças no agravo de instrumento, ao relator é atribuído o controle da urgência na necessidade de proteção do direito e da sua imediata execução.

As sucessivas modificações no Código de Processo Civil, ao longo dos últimos 12 anos, apesar de buscarem racionalizar e dar maior celeridade à atividade judicial, resultaram na concentração excessiva de poderes na segunda instância e nas cortes superiores. Esse desvirtuamento é reconhecido, tanto que a novíssima reforma, em andamento, tem como objetivos, expressos nas exposições de motivos, valorizar a função jurisdicional de primeiro grau e dar-lhe efetividade.

A admissão generalizada da tutela antecipatória teve impacto imediato com o incremento da demanda judicial e sua repercussão sobre a carga de trabalho dos juízos e tribunais. Concedida ou denegada a medida, a parte prejudicada buscava a revisão do ato, inicialmente por meio do mandado de segurança, já que o agravo de instrumento não tinha efeito suspensivo e era submetido a trâmite preparatório no juízo prolator da decisão. Veio a

alteração do agravo, com a interposição diretamente no tribunal e a outorga de poderes ao relator para atribuir efeito suspensivo, até mesmo ativo, ou substitutivo da providência negada. Em consequência, abarrotaram-se os tribunais de agravos, ao ponto de, nas palavras do saudoso Ministro Franciulli Neto, “os magistrados dos Tribunais de Alçada Cíveis e do Tribunal de Justiça praticamente não (fazerem) outra coisa senão despachar agravos, o que acaba por consumir cerca de 70% da produção de cada um”¹⁵.

Constatada a deformação, o legislador de 2001 passou a estabelecer a faculdade da conversão do agravo de instrumento em agravo retido, se não se revelasse a urgência da revisão. Mas o quadro praticamente não se modificou. Agora, sobrevém nova alteração, mais drástica, e dessa conversão, até mesmo da suspensão, inclusive a concessiva de antecipação substitutiva, não caberá mais o agravo interno, o que deixa entrever a retomada do mandado de segurança contra ato do relator.

1.1.3 A crise do processo judicial

Os juizes que apreciam a língua francesa criaram, sob a liderança do canadense Denis Lalibertè, a Jugenet, uma lista de comunicação na Internet. Ali, a regra básica é não usar o Inglês. Mas, dias após a devastação de Nova Orleans pelo furacão Katrina, uma mensagem causou comoção, com a reprodução do apelo de um magistrado norte-americano, de Louisiana:

Acredito firmemente que a reconstituição imediata dos tribunais é essencial não somente para proteger os direitos, mas para dar ao povo alguma confiança na capacidade de resposta do governo. A confiança das vítimas na resposta do governo está balançada, agora, e nós precisamos dar o exemplo de uma ação apropriada, colocando-nos disponíveis tão cedo quanto possível. Diga a todos os meus amigos no Jurist-L hello¹⁶

¹⁵ FRANCIULLI Neto, Domingos. *A Prestação jurisdicional*. São Paulo: Millenium, 2004. p. 74

¹⁶ Tradução livre do original: “I firmly believe that reconstituting the Courts immediately is essential not only to protect the rights, but to give people some confidence in government being able to respond. The victim's faith in government response is shaky right now and we need to set the example of a proper response by becoming available as soon as possible. Tell all my friends at Jurist-L hello”. W. Ross Foote (e-mail do juiz Foote, do Estado de Louisiana-EUA, reproduzido na lista Jugenet).

As águas e os ventos revoltos destruíram os prédios, os equipamentos, os documentos dos tribunais e dos juízos, dos escritórios de advocacia, das delegacias; as prisões tiveram que ser evacuadas, mas restou a fibra dos homens, empenhados, agora, na rápida reconstrução para restabelecer a ordem e a credibilidade do Estado.

Entrementes, assola o Brasil um furacão moral que exige de todos a mesma mobilização, o mesmo empenho pela normalização dos serviços públicos, especialmente da atividade judicial. Há um abismo cultural, uma onda de ressentimento de uma multidão inconformada com as profundas desigualdades e com a falta de perspectivas de vida. A mesma centelha que se transformou na profusão de incêndios, saques e violência nos subúrbios de Paris e espalhou-se por Lille, Toulouse, Lyon e por tantas outras cidades assoladas pelo fogo pode, até com maior razão, gerar a revolta e a anarquia num país como o nosso, que não logrou efetivar os valores da liberdade, igualdade e fraternidade. Tomem-se os exemplos de Salvador, quando da greve dos policiais, em 2001, e, mais recentemente, a onda de terror que paralisou a cidade de São Paulo, nos dias 12 a 19 de maio de 2006, repetida, em escala um pouco menor, entre os dias 11 e 15 de julho.

A única maneira de prevenir estados de anomia e violência generalizada é a eficiência dos serviços estatais, inclusive a prestação jurisdicional. No Brasil, não fossem as tutelas de urgência, ninguém de bom senso recomendaria uma atitude de confiança na ação judicial, porque os resultados seriam desastrosos. Afinal, como indicar um caminho de pedras para quem tem pressa de chegar? O mundo, ligado em tempo real, já não condescende com os procedimentos demorados e ineficazes. O que é lento e sem efetividade é deixado para trás, abandonado ou enclausurado em algum museu.

O processo civil brasileiro só tem serventia, hoje, porque integrado pelas medidas cautelares e antecipativas. Por isso, é importante compreendê-las numa visão finalística, na

qual se encara a necessidade de proteger as vulnerabilidades dos destinatários da atuação estatal. O Direito existe para fornecer os remédios que todo ser humano precisa, desde o nascimento até a morte¹⁷.

Ocorre que a efetividade das decisões antecipativas de mérito implicou um rápido e expressivo crescimento da demanda judicial. A reforma processual se fez acompanhar de mudanças na sistemática recursal, especialmente no agravo de instrumento. Tais mudanças provocaram a sobrecarga dos tribunais, neles concentrando poderes excessivos.

O processo democrático requer um aparelho judicial independente e eficaz, espalhado pelo território nacional e apto à solução ordenada dos litígios. O enfraquecimento da linha de frente do Poder Judiciário, da sua base, o primeiro grau de jurisdição, e a concentração desmedida de poderes na segunda instância e nos tribunais superiores implicam um retorno ao absolutismo, à justiça das cortes e, em consequência, a fragilidade do sistema como um todo.

Desde a liminar, em que o juiz antecipa efeitos da sentença, para assegurar o resultado útil do processo (provisório cautelar), passando pela solução dos incidentes processuais os mais diversos, pela antecipação dos efeitos da tutela, em função da evidência imediata do direito invocado e do perigo de ineficácia da providência final, até a eficácia da sentença, tudo está sujeito a uma imediata solução na via recursal.

Ao invés de se proporcionar estabilidade razoável à relação jurídica processual, no seu desenvolvimento em primeiro grau, de modo a permitir o amadurecimento da causa, para julgamento, estabeleceu-se um mecanismo de sobreposição ininterrupta e concomitante de instâncias. O que, no mandado de segurança, era a revisão excepcional de decisões

¹⁷ Paráfrase do texto original: “Il faut donc comprendre que tout individu est né dans une vulnérabilité initiale et absolue. Il fut assujetti dès sa naissance à l’accueil des siens”.. In: MELKEVIK, Bjarne. Considerations Juridico-philosophiques. Quebec: 2005. p. 13.

teratológicas do juiz de primeiro grau, manifestamente ilegais, transmudou-se em juízo completo da causa pelo tribunal ordinário e pelos tribunais superiores”.¹⁸

Mais recentemente, essa tendência concentradora é reconhecida, e sobrevém a tentativa de atenuá-la, do que é exemplo a Lei 11.187, de 11 de outubro de 2005, que restringe esse recurso às hipóteses de invocação de lesão grave e de difícil reparação, de inadmissão da apelação ou da atribuição de seus efeitos.

Todo esse esforço, contudo, é prejudicado pela sobrevalorização da função política de controle das liminares, antecipações de tutela, sentenças e até acórdãos pelos presidentes dos tribunais, inclusive dos tribunais superiores, antes da admissão do recurso extraordinário ou do especial, o que viola, flagrantemente, o princípio do juiz natural.

1.1.4 A efetivação da tutela antecipada.

A antecipação dos efeitos da tutela (Lei 8.952/94, com vigência a partir de 14.2.1995), significou considerável avanço no Processo Civil brasileiro¹⁹, generalizando a possibilidade de concessão de medidas satisfativas a qualquer tempo, no processo²⁰, de modo idêntico às liminares e aos interditos dos procedimentos especiais, como o mandado de segurança, a ação civil pública, a ação popular e as ações possessórias.

¹⁸ GUIMARÃES, José Lázaro Alfredo. *Agravo*. 2001. Disponível em: <http://www.teiajuridica.com>. Acesso em 09. 2006

¹⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. São Paulo: Malheiros, 2005, p.179: “Todo procedimento, no processo civil de conhecimento brasileiro, inclui certos elementos estruturais indispensáveis, que são a demanda, a citação, a resposta, a instrução a sentença...Mas há situações urgentes em que, a esperar pela realização de todo o conhecimento judicial, com a efetividade do contraditório, defesa, prova e discussão da causa, os fatos podem evoluir para a consumação de situações indesejáveis, a dano de algum dos sujeitos. O tempo às vezes é inimigo dos direitos e o seu decurso pode lesá-los de modo irreparável ou ao menos comprometê-los insuportavelmente....”.

²⁰ Luiz Guilherme Marinoni observa, remetendo a lição de Barbosa Moreira, que o Estado tem o dever de prestar a tutela, pela via jurisdicional, para realização do resultado previsto na norma jurídica, porque vedou a autotutela privada. MARINONI, Luiz Guilherme. *A Antecipação da tutela*. 8 ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 157.

Trata-se de tutela de execução inserida no processo de conhecimento, de modo a permitir a efetividade do processo²¹. A mora judicial a que se refere Boaventura Santos é um dos empecilhos à obtenção do resultado prático, da utilidade da sentença, decorrendo de causas internas (a comunicação dos atos processuais, os prazos especiais, a multiplicidade de recursos) e externas ao sistema (atos abusivos das partes, inclusive do poder público).²²

A medida prevista no art. 273, CPC, propicia a satisfação que somente seria obtida após o trânsito em julgado da sentença e com a instauração e consumação de um outro processo, de execução. A sua implementação insere-se na consecução do processo civil de resultados.²³

1.1.5 Requisitos da antecipação

São requisitos da antecipação a existência de prova inequívoca dos fatos alegados²⁴, a verossimilhança da alegação²⁵, o dano irreparável ou de difícil reparação²⁶ ou a constatação

²¹ “Os litígios sociais exigem do Poder Judiciário a atuação positiva, com a flexibilidade e rapidez no tratamento do conflito. No entanto, o aparelhamento insuficiente e a burocracia da máquina judicial não permitem que o acesso à justiça desta gama de direitos seja feito adequada e eficientemente”. HESS, Heliana Coutinho. Acesso à Justiça por Reformas Judiciais. Campinas: editora, 2004, p.35.

²² “A morosidade dos processos não pode ser analisada apenas sob uma perspectiva. Exige, pelo menos, a análise de duas situações distintas: as situações em que a morosidade é endógena ao sistema e contrária aos interesses das partes em litígio; e aquelas em que se torna funcional aos interesses de ambas as partes ou de uma parte em detrimento da outra. A morosidade endógena pode ser endêmica ao sistema, na medida em que decorre do volume de serviço e/ou das rotinas adquiridas, ou pode ser provocada por negligência dos magistrados, funcionários ou outros, assim como dos peritos ou policiais. Por sua vez, a morosidade funcional é, obviamente, sempre provocada por uma das partes, ou em seu nome em defesa dos seus interesses”. SANTOS, Boaventura. MARQUES, Maria M.; PEDROSO, João; FERREIRA, Pedro. Os tribunais nas sociedades contemporâneas. O caso português. Porto: Afrontamento, 1996, p.80.

²³ Cândido Rangel Dinamarco afirma: “Consiste esse postulado na consciência de que o valor de todo sistema processual reside na capacidade que tenha de propiciar a sujeito que tiver razão uma situação melhor do que aquela em que se encontrava antes do processo. Não basta o belo enunciado de uma sentença bem estruturada e portadora de afirmações inteiramente favoráveis ao sujeito, quando o que ela dispõe não se projetar utilmente na vida deste, eliminando a insatisfação que o levou a litigar e propiciando-lhe sensações felizes pela obtenção da coisa ou da situação postulada”. DINAMARCO, op. cit. p.127.

²⁴ Sobre o conceito de prova inequívoca, afirma Athos Gusmão Carneiro: “A rigor, em si mesma, prova alguma será inequívoca, no sentido de absolutamente incontestável. Mesmo a escritura pública, lavrada por notário conceituado e revestida de todos os requisitos formais, é passível de ser impugnada em ação anulatória. Para Carneira Alvim, ‘prova inequívoca’ será aquela que apresente alto grau de convencimento, afastada qualquer ‘dúvida razoável’, ou, em outros termos, cuja autenticidade ou veracidade seja provável”. CARNEIRO, Athos Gusmão. Da Antecipação de tutela. 6 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p.23.

²⁵ “A verossimilhança, em seu conceito jurídico-processual, é mais do que o *fumus boni iuris* exigível para o deferimento de medida cautelar; mas não é preciso chegar a uma evidência indiscutível. A evidência, aliás,

do abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu (art. 273, CPC). Pressuposto negativo para concessão da tutela antecipada é o impedimento decorrente da irreversibilidade. A esse respeito, deve-se levar em conta a possibilidade de risco grave de perecimento do direito, o que recomendaria a aplicação do princípio da proporcionalidade.²⁷

Em linhas gerais, a ética da responsabilidade é aquela que deve prevalecer na apreciação do pedido de antecipação. O juiz tem que verificar a probabilidade da acolhida do pedido, em função da demonstração dos fatos e de sua adequação à consequência jurídica, a necessidade de uma providência imediata e sopesar os efeitos da medida pleiteada.

1.1.6 Impactos sucessivos: mandado de segurança, agravo de instrumento

O primeiro impacto nos tribunais da abreviação da efetividade da tutela jurisdicional foi a utilização excessiva de mandados de segurança contra atos judiciais.

A satisfatividade proporcionada pela antecipação dos efeitos da tutela resultou, de imediato, no massivo emprego da via de pronta entrega, gerando gravames que a sistemática antiga do agravo de instrumento não conseguia solucionar em tempo. O mandado de segurança era, então, intensivamente usado para atacar atos judiciais de concessão ou de indeferimento da tutela prevista no art. 273, CPC, até que adveio a etapa seguinte da reforma, prevendo a interposição do agravo diretamente ao tribunal e atribuindo ao relator a imediata suspensão da decisão impugnada.

levará ao julgamento antecipado da lide, o que todavia não elide, como já foi dito, a utilidade de uma AT limine litis. (CARNEIRO, op. cit. p.27)

²⁶ Leciona Calmon de Passos: "...antecipa-se a tutela quando seu deferimento, em momento subsequente, não mais encontraria os fatos em condições de sofrer a modificação que a concessão da tutela reclama... a dispensa da ciência do réu não se prende necessariamente a ato seu doloso ou culposo, mas a situações objetivas de risco de frustração da medida, em sua eficácia mediata, ou imediata". CALMON de Passos, José Joaquim. *Comentários ao Código de Processo Civil*: arts.796 a 812. Rio de Janeiro: Forense, 1984, vol. X, p. 202/3.

²⁷ MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Temas de direito processual - Os casos do bloqueio de cruzados**. São Paulo: Editora, 2001, p.31.

O quadro a seguir mostra, a título exemplificativo, como, em 1994 e 1995, no Tribunal Regional Federal da 5ª. Região, que a classe do mandado de segurança superava o total de 600 feitos distribuídos, e, já em 1996, quando entrou em vigor a Lei 9.139/95, esse número caía para 392, decrescendo progressivamente em função da adoção do entendimento de inadmissibilidade do writ quando passível o ato de ataque mediante recurso ao qual o relator pode atribuir efeito suspensivo, até chegar a 81, em 2004.

Evolução na distribuição anual de processos no TRF5 ²⁷										
Classe	1994	1995	1996	1997	1998	1999	2001	2002	2003	2004
AGTR	2856	3104	3917	6692	4701	6559	6549	6844	6152	6333
AC	30127	18943	15656	19161	23829	44343	37784	33997	19946	17525
MS	603	635	392	176	80	164	81	133	101	81

Os dados constantes dos quadros abaixo também demonstram a sobrecarga dos tribunais estaduais e federais:

Tribunais Regionais Federais e Superior Tribunal de Justiça ²⁸					
Região	Casos Novos	Pendentes de julgamento	Sentenças em execução	Número de magistrados	Carga de trabalho
1ª.	63.510	171.103		27	8.689
2ª.	34.727	102.399	39.520	27	6.542
3ª.	111.755	448.060		43	13.019
4ª.	120.599	98.740		27	8.124
5ª.	34.704	174.548	39.520	15	13.950
Média	365.295	994.850		139	10.070
STJ	238.982	76.064		33	9.547

²⁸ BRASIL. Tribunal Regional Federal. Disponível em <http://www.trf5.gov.br>. Acesso em: 23.10.2005

²⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em <http://www.stf.gov.br/seminario/pdf/DadosEstatisticosdaJF.pdf>. Acesso em: 8.2.2006

Juizes Federais					
Região	Casos Novos	Pendentes de julgamento	Sentenças em execução	Número de magistrados	Carga de trabalho
1ª.	497.067	654.300	41.787	257	4.643
2ª.	374.302	397.375	206.051	165	5.926
3ª.	1.330.184	814.512		206	10.411
4ª.	604.854	679.674	153.457	267	5.386
5ª.	205.323	481.037		95	7.225
Média	3.011.730	3.026.898	401.295	990	6.505

Carga de trabalho na Justiça dos Estados – 2003³⁰

Tribunais de Justiça					
Estado	Casos novos	Pendentes de julgamento	Sentenciados, em execução	Número de magistrados	Carga de trabalho
Acre	1.864	676	1.428	9	440,89
Bahia	13.641	96.981	210	30	3.694,40
Ceará	19.465	84.020	0	23	4.499,35
Paraíba	13.262	3.705	5.064	19	1.159,53
Pernambuco	16.776	78.863	5.763	30	3.380,07
Paraná	55.018	39.555	30	109	867,92
Rio Grande do Sul	216.576	112.402	0	152	2.164,33
Sergipe	6.969	4.737	12	13	901,38
São Paulo	362.465	320.637		411	1.662,05

Juizes de Direito					
Estado	Casos novos	Pendentes de julgamento	Sentenciados, em execução	Número de magistrados	Carga de trabalho
Acre	18.292	45.559	29.398	35	2.664,26
Bahia	334.263	1.142.959	6.496	528	2.810,07
Ceará	190.291	2.086.800		292	7.798,26
Paraíba	125.744	235.463	25.561	201	1.924,22
Pernambuco	232.181	1.037.788		411	3.089,95
Rio Grande do Sul	957.321	1.334.690	39.281	561	4.155,60
São Paulo	4.108.721	9.822.004		1.515	9.195,20

Vê-se que, na Justiça Federal, há flagrante desequilíbrio na distribuição da carga de trabalho entre a primeira e a segunda instâncias. Mas isso não ocorre na Justiça dos Estados. Valida-se a hipótese de que a regra utilizada pelas procuradorias da União, suas autarquias e

³⁰ BRASIL:Supremo Tribunal Federal . Disponível em <http://www.stf.gov.br/seminario/pdf/Dados%20estaduais.pdf> . Acesso em :8.2.2006

empresas públicas, de recorrer de todas as decisões, especialmente em matéria de antecipação de tutela, é a principal causa de estrangulamento da segunda instância federal, à medida que se observa situação diferenciada nas estatísticas das Justiças dos Estados. Nestas, constata-se a natural distribuição maior de carga de trabalho na primeira instância.

O Superior Tribunal de Justiça julgou 2375 agravos regimentais, em 1994, ano que precedeu a implantação da tutela antecipada, pela Lei 8.952/94,. Em 1996, esse número chegava a 4.263 e em 2003 a 17.853. Houve, portanto, um incremento de 15478 recursos contra decisões do Relator, em sete anos. Nesses números, até o final de 2002, estão incluídos os recursos especiais em agravos de instrumento, que passaram a ficar retidos. Ora, as alterações legislativas visavam a reduzir o fluxo de recursos naquele tribunal superior, mas o efeito, pelo menos em termos quantitativos, foi inverso, em função da multiplicação de possibilidades de impugnação de decisões, o que coincide com as hipóteses de apreciação de pedidos de tutela de urgência.

O Supremo Tribunal Federal recebeu, em 2005, uma média de 9.100 processos por mês; em 2004, a média foi de 7.062 processos. “Uma das causas do aumento se deu, exatamente, porque os Tribunais de Justiça não fizeram recesso no mês de julho, e nós tivemos uma grande chegada de processos., afirmou o então presidente, Ministro Nelson Jobim³¹.

Para cada ministro foram distribuídos 7.878 processos novos. A carga de trabalho por gabinete, hoje, é de 23.688 processos e o estoque final de processos na Corte, em 19 de dezembro, é de 173.970 processos em tramitação.

Jobim ressaltou que, em 2004, a taxa de congestionamento foi reduzida de 70,49% para 69,73%. Já um terço desse estoque, 52.336 processos, está voltado aos 44 processos-temas, abrangidos pela pauta organizada de julgamentos.

³¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em <http://www.stf.gov.br/noticias>. Acesso em: 8.2.2006

Foram proferidas, pelo Tribunal, 98.553 decisões: 79.926 são decisões finais. Jobim ressaltou que houve uma redução de tempo nas votações monocráticas. Registrou, também, um aumento médio de 16 minutos na duração das sessões plenárias, com 39 sessões plenárias no primeiro semestre de 2005 e 34 no segundo semestre.

Essas metas foram atingidas pelo Supremo graças à adoção de um sistema planejado, sob coordenação técnica, de ação conjunta destinada à redução do estoque de processos, mediante aferição de temas comuns. Foram detectados 44 tipos de verbete do mérito do recurso extraordinário que abrangiam 70% do total de processos. A partir daí, os gabinetes dos ministros passaram a concentrar-se na solução desses recursos semelhantes. Somente assim será possível diminuir a carga de trabalho nos gabinetes.

Note-se que, em 2006, cada ministro começou o mês de fevereiro, após as férias coletivas, com os 23 mil processos acumulados, mais os que foram distribuídos em janeiro. Trabalhando todos os dias do ano, salvo as férias (60 dias e o recesso de 20 de dezembro a 1 de janeiro, ou seja, 71 dias) serão $23.000/294=78,23$. Como é impossível julgar 78 processos todos os dias, individualmente, eles têm que trabalhar em equipes bem coordenadas.

Todos os juízos e tribunais deveriam funcionar de modo racional, adotadas técnicas atuais de gestão, mas é certo que poucos estão aparelhados para tanto. Existem, contudo, soluções práticas e não dispendiosas, como a adoção de controle da movimentação de processos pelos magistrados mediante inserção e atualização de dados em planilha eletrônica, que estão ao dispor das unidades judiciais em todo o país. O ponto central a ser enfrentado é a necessidade de o juiz controlar o fluxo de processos sob sua direção, ao invés de conformar-se em receber diariamente autos conclusos pelos funcionários do cartório ou secretaria, pois, assim, estes é que passam a deter o controle do andamento dos feitos.

1.2 As mudanças no agravo de instrumento

O agravo de instrumento, por força da Lei 9.139/95, passou a ser interposto diretamente ante o tribunal, e não mais na primeira instância, ganhando brevidade na sua fase inicial de tramitação. E os recursos em geral passaram a submeter-se a um exame imediato de adequação, que não se limita à verificação dos pressupostos e requisitos de admissibilidade, mas viabiliza o trancamento (negativa de seguimento, art. 557) ou até o provimento liminar (parágrafo 1º-A desse mesmo artigo).

1.2.1 Relevância no papel do relator

O relator assumiu papel de maior relevância na manifestação da vontade do tribunal. Passou a atuar na triagem dos recursos, decidindo, de plano e monocraticamente, aqueles conflitantes com súmula ou orientação dominante da própria corte, do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça.

A inovação recebeu críticas mordazes de José Joaquim Calmon de Passos³², José Carlos Barbosa Moreira³³, José de Moura Rocha³⁴, dos Ministros Francisco Peçanha Martins e Franciulli Neto³⁵, fortes na concepção tradicional do colegiado como o juízo natural da

³² “...A pretexto de se afastar a admissibilidade de MS contra ato judicial (que heresia acreditar-se que um juiz pode incidir em ilegalidade ou abuso de poder!!!) permitiu-se a recorribilidade de tudo, com atribuição de um poder excessivo aos tribunais e aos relatores, com o que se desmoralizou e desqualificou ainda mais a magistratura de primeiro grau”. REVISTA SÍNTESE DE DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. Porto Alegre, vol. III, n. 15, 2002, pags. 5 a 15)

³³ “Encarado o assunto por ângulo mais largo, cabe frisar que o legislador na verdade não se tem deixado impressionar muito pela idéia, tão difundida, de que o x do problema está no excessivo número de recursos. Nenhuma das leis que reformaram o Código de Processo Civil tratou de abolir qualquer recurso. Nem pretende fazê-lo projeto algum dos que visam a dar continuação à empresa reformadora”. MOREIRA, José Carlos. Temas de Direito Processual. São Paulo: Saraiva, 2004, p 152. ³³ “...É o que acontece na área recursal com o novo agravo (criado para corrigir distorções causadas com o mandado de segurança...entre outras razões).. MOURA ROCHA, José de. Revista da Esmape. Recife, vol. 2/6, 1997, p. 282.

³⁴ “...É o que acontece na área recursal com o novo agravo (criado para corrigir distorções causadas com o mandado de segurança... entre outras razões)”. MOURA ROCHA, José de. **Revista da Esmape**. Recife, vol. 2/6, 1997, p. 282.

³⁵ “Nos grandes tribunais do país, vide o que se dá em São Paulo, os magistrados dos Tribunais de Alçada Cíveis e do Tribunal de Justiça, praticamente não fazem outra coisa senão despachar agravos, o que acaba por consumir cerca de 70% da produção de cada um. Em quase todos, há pedido de atribuição ao agravo de efeito suspensivo, o que acaba por demandar maior gasto de tempo no exame da inicial. Tudo, como se vê, em detrimento do exame mais rápido da questão de direito material, já que as apelações correspondentes vão ficando para trás”. FRANCIULLI NETO, Domingos. **A Prestação Jurisdicional**. São Paulo: Millennium, 2004, p.74.

atividade revisora. Atente-se, contudo, para a vantagem da divisão do trabalho, numa fase inicial, entre todos os órgãos com funções judicantes, no tribunal, durante todos os dias de expediente. Os relatores decidem os casos corriqueiros, com o auxílio da assessoria, deixando para a turma o exame mais detido dos casos novos e daqueles mais complexos, estes, sim, levados ao colegiado, que se reúne uma vez por semana, geralmente das 14 às 18 horas.

Aproveita-se mais o trabalho de cada um e permite-se um fluxo maior de julgamentos, filtrando-se os processos que exigem o debate entre os julgadores. Uma sociedade de massas não mais comporta o trabalho artesanal dos magistrados. Longe vai o tempo em que a câmara cível de um tribunal julgava oito a dez processos por sessão. Hoje são centenas de feitos em pauta. É melhor que haja a filtragem pelo relator, com poder de decisão definitiva das hipóteses repetitivas, do que se eternizar o julgamento, com as pautas cheias de feitos cujo resultado tem que ser aquele delineado no posicionamento consolidado da corte. É de aplicar-se o princípio da inércia, que permite, segundo Perelman³⁶, a funcionalidade da argumentação jurídica, evitando-se a repetição do debate sobre o que já está pacificado. Lembre-se, também, o velho e sábio ensinamento de Ockham:³⁷ “é inútil fazer com mais o que se pode fazer com menos”.

Num ponto, contudo, é inafastável a crítica de Barbosa Moreira (2004): a sistemática recursal, prevista nas Leis 9.139/95 e 10.352/2001, multiplicava as possibilidades de impugnação e, assim, por exemplo, um só agravo significa quatro ou mais situações de julgamento: primeiro pelo relator; depois, com o agravo interno, pela turma; outra vez pela turma com os embargos de declaração; mais uma vez com a solução do agravo de instrumento, de cujo acórdão abre-se ainda oportunidade de embargos declaratórios.

³⁶ Somente a mudança tem de ser justificada. Este princípio forma o alicerce da estabilidade da nossa vida intelectual e social. No dizer de Alexy, não é razoável abandonar um ponto de vista até então aceito sem haver motivo para tanto. Sobre a teoria da argumentação de Chaim Perelman, consulte-se ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica*: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001, p. 129-141.

³⁷ A lei da parcimônia, *lex parsimoniae*, do filósofo inglês William of Ockham, expressa que as entidades não devem ser multiplicadas além do necessário: *entia non sunt multiplicanda praeter necessitatem*.

A Lei 10.352/2001 procurou aliviar a sobrecarga dos tribunais ao estabelecer, no inciso II do art. 527, a faculdade de conversão, pelo relator, do agravo de instrumento em agravo retido, quando não se tratar de provisão jurisdicional de urgência ou não houver perigo de lesão grave e de difícil ou incerta reparação. Dá-se, agora, novo passo, na mesma direção, com a nova lei que vem enxugar, ao extremo, o recurso contra as decisões interlocutórias.

1.2.2 O agravo retido como modalidade geral

Sobreveio, para atenuar o inconveniente do emprego desnecessário do agravo de instrumento, a Lei 11.187/2005, com vigência marcada para 18 de janeiro de 2006³⁸. O novo diploma altera os arts. 522, 523 e 527 do CPC, reforçando a previsão de que o agravo retido é a modalidade predominante de impugnação das decisões interlocutórias, ao substituir a faculdade ao relator de converter o agravo de instrumento, quando não se caracterizar a urgência da reforma do ato judicial, por impositividade da conversão e em decisão irrecorrível.

Assim, nos termos do art. 522, em sua nova redação, da decisão interlocutória de primeiro grau, caberá agravo retido, “salvo quando se tratar de decisão suscetível de causar à parte lesão grave e de difícil reparação, bem como nos casos de inadmissão da apelação e nos relativos aos efeitos em que a apelação é recebida, quando será admitida a sua interposição por instrumento”.

O relator “converterá o agravo de instrumento em agravo retido, salvo quando se tratar de decisão suscetível de causar à parte lesão grave e de difícil reparação, bem como nos casos de inadmissão da apelação e nos relativos aos efeitos em que a apelação é recebida, mandando remeter os autos ao juiz da causa” (art. 527, II), o que implica dever, não mais faculdade.

³⁸ Noventa dias após a sua publicação, que se deu em 20 de outubro de 2005, conforme disposto no seu art. 2º.

Embora não conste da ressalva da parte final do dispositivo, é óbvio que caberá o agravo de instrumento, e não o agravo retido, quando a decisão de primeiro grau for proferida em processo de execução e implicar dano irreparável, pois neste não há sentença, salvo nos embargos. Assim, impugnado e decidido o pedido de atualização do cálculo ou da avaliação do bem penhorado ou ainda da exceção de pré-executividade, o único meio recursal é o agravo de instrumento.

Maior extensão ainda tem a alteração incluída em parágrafo único do art. 527, que elimina o agravo interno da decisão liminar no agravo de instrumento, admitindo apenas o pedido de reconsideração pelo próprio relator.

Desse modo, o agravo de instrumento importará em apenas um julgamento colegiado, não mais se multiplicando em agravos internos, o que, sem dúvida, irá desafogar os tribunais, mas terá forte repercussão na defesa da parte prejudicada com a decisão do relator.

De imediato, note-se que a decisão que converte o agravo de instrumento em agravo retido será irrecurável, porquanto somente com a subida da apelação será julgado em preliminar quando postulado pela parte. Quanto à decisão do relator que atribui ou denega efeito suspensivo ao agravo de instrumento, ou àquela que defere ou indefere antecipação de tutela, o prejudicado ficará submetido à inclusão do feito em pauta da turma julgadora, não obstante tratar-se de tutela de urgência. Em última análise, o juízo de urgência, na prática, caberá exclusivamente ao relator.

A concentração de poderes no juízo monocrático de segundo grau, apesar da vantagem prática da divisão do trabalho no tribunal, viabilizando maior celeridade na apreciação do recurso, deve ser equilibrada pela possibilidade de apreciação pelo colegiado de atos decisórios do relator que importem em dano de difícil reparação, o que é de longa tradição dos tribunais brasileiros, via agravo regimental. Um modo de proporcionar segurança maior à concessão ou denegação de tutela antecipada nos tribunais seria a previsão legal de

que somente o órgão colegiado teria competência para tal julgamento³⁹, que se reveste de especial relevo, pois consiste na apreciação do mérito da causa que ainda se encontra em tramitação, geralmente no primeiro grau de jurisdição. Isso evitaria episódios como o do deferimento monocrático de liminar em mandado de segurança, pelo Supremo Tribunal Federal, poucos dias após a denegação pelo Plenário de pleito semelhante, o que recebeu crítica enfática do editorial de O Estado de São Paulo, intitulado “O STF e a Mulher de César”.⁴⁰

Se o julgamento do incidente coubesse ao Plenário, estaria melhor resguardada a imagem da Corte Suprema. Mas não é só. Os juízes são homens e mulheres sujeitos a toda espécie de desvios e tentações. No dia-a-dia da profissão, magistrados, advogados e membros do Ministério Público se deparam com situações que revelam idiosincrasias no comportamento do relator, nas entrelinhas da decisão, na demora em levar o processo a julgamento e até no pedido de vista, que raramente observa o prazo do § 2º do art. 555, CPC. Em casos excepcionais, em que a decisão tivesse que ser adotada de imediato, dado o risco iminente de lesão grave e irreparável, o relator poderia adotar a providência *ad referendum* da turma julgadora.

³⁹ No TRF5, por exemplo, a competência para apreciação do pedido de tutela antecipada na ação rescisória é do Plenário.

⁴⁰ Diz o editorial:..Ao julgar o pedido de liminar de José Dirceu com referência a outra questão, na mesma representação que lhe é movida no Conselho de Ética da Câmara dos Deputados, o ministro do STF Eros Grau nem agiu como Celso de Mello, declarando-se impedido, apesar de manter estreitas ligações de amizade com o deputado José Dirceu e de ter sido um dos três ministros que votaram pela anulação do seu processo dias antes, nem agiu como Sepúlveda Pertence, levando a decisão ao plenário do Tribunal, para evitar uma eventualmente suspeita decisão monocrática.

E, ainda por cima, deu abrigo a tecnicidades formais, por parte dos defensores do deputado, típicas do referido 'espilhar nugas' – talvez eufemismo requintado, usado pelo jurista, para definir o que pode ser entendido, também, como pura chicana. Esta é uma parte que talvez devesse ser objeto de reflexão de lege ferenda, no bojo da reforma processual, do sistema recursal, do funcionamento dos tribunais superiores e de tudo o mais que interfere no andamento da máquina do Judiciário.

Assim como há grandes empresas com administração bem-sucedida, pelo fato de sua diretoria manter uma reunião colegiada permanente, para resolver os problemas que lhe surgem no trabalho cotidiano, não seria possível, mesmo em casos de emergência - a exigirem decisões liminares - a participação obrigatória de alguns julgadores da corte, evitando-se sempre as discutíveis decisões monocráticas? De qualquer forma, com este exemplo ou outros, o certo é que o momento político/judiciário que atravessamos nos leva a concluir que algo precisa ser feito para preservar a imagem de isenção da mais alta corte de Justiça do Brasil.

Atribuir-se, contudo, o julgamento ao órgão colegiado implicaria retardar a tramitação do recurso, pois isso exigiria a inclusão em pauta, a discussão, possível pedido de vista, com reflexos negativos sobre a duração razoável do feito. O certo é que a entrada em vigor da Lei 11.187/2005 importa em elevar-se à categoria máxima a concentração de poderes decisórios com o relator do agravo de instrumento, com consequências positivas, sob o aspecto da celeridade e da racionalidade na divisão do trabalho, e negativas, no que toca à segurança da decisão.

1.2.3 Mandado de segurança contra ato do relator

Conseqüência da nova disciplina do agravo de instrumento é a retomada do mandado de segurança como meio de impugnar decisões do relator, porque já não se poderá dizer que a lesão de direito narrada pela parte estaria remediada pela solução interna ao processo em que proferido o ato atacado⁴¹.

Afirma o voto condutor do Ministro Marco Aurélio, no MS25031-DF:

Este mandado de segurança está dirigido contra decisão de relator que implicou o desprovimento de agravo (folha 85). É manifesta a inadequação, porquanto cabível era o agravo inominado para a Turma, a teor do disposto no artigo 557, § 1º, do Código de Processo Civil. Incide, na espécie, o disposto no inciso II do artigo 5º da Lei nº 1.533, de 31 de dezembro de 1951:

Art. 5º. Não se dará mandado de segurança quando se tratar:

I –

II - de despacho ou decisão judicial, quando haja recurso previsto nas leis processuais, ou possa ser modificável por via de correição.

2. Nego seguimento a este mandado de segurança⁴².

⁴¹ Como nos seguintes julgados: I - Não cabe recurso ordinário contra decisão unipessoal de relator, se o regimento interno do tribunal a quo tal decisão submete a agravo regimental. II - Cumpre ao relator negar seguimento a recurso manifestamente incabível (RISTJ - Art. 34, XVIII). BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RMS 14957 / PB, Min. Humberto Gomes de Barros. Disponível em <http://www.stj.gov.br/jurisprudência>. Acesso em: 23.2.2006

⁴² Supremo Tribunal Federal. MS 25031-DF. O mandado de segurança é meio impróprio a impugnar-se decisão de relator que haja implicado o julgamento de agravo de instrumento, quer considerado o disposto no inciso II do artigo 5º da Lei nº 1.533, de 31 de dezembro de 1951, quer o trânsito em julgado da decisão.

Ora, se não é mais admissível o agravo interno e a Turma somente apreciará o agravo retido quando do julgamento da apelação, o único meio temporalmente hábil para remover o obstáculo criado pela conversão do recurso ou a negativa de atribuição de efeito suspensivo é o mandado de segurança.

A solução razoável é admitir-se o mandado de segurança contra ato do relator que converta o agravo à forma retida, ou que conceda ou denegue antecipação de tutela recursal, somente em hipóteses excepcionais, suscetíveis de provocar lesão irreparável.

1.2.4 Negativa de seguimento ou provimento do recurso

Continua em vigor o disposto no art. 557, CPC, que permite ao relator negar seguimento ao recurso “manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo Tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior.. E também o parágrafo 1º-A (numeração estranha, como observou Barbosa Moreira), que autoriza o provimento do recurso “se a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior”.

Em outras palavras: as decisões do relator, na sistemática implantada pela Lei 11.187/2005, somente são irrecuráveis, no agravo de instrumento, quando converterem o recurso em agravo retido, quando concederem ou negarem efeito suspensivo ao agravo, quando negarem ou concederem antecipação de tutela. Serão passíveis de agravo interno, contudo, se fundadas no art. 557.

Têm-se, então, as seguintes as decisões monocráticas sujeitas a agravo interno: a) no conflito de competência⁴³; b) a negativa de seguimento ou de provimento ao recurso (agravo

⁴³ BRASIL, Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Art. 120, parágrafo único - Havendo jurisprudência dominante do tribunal sobre a questão suscitada, o relator poderá decidir de plano o conflito de

ou apelação) com base no art. 557; c) a que não admitir os embargos infringentes (art. 532); d) no recurso ordinário nas causas entre Estado estrangeiro e município (pg. un. do art. 539).

1.3 O pedido de suspensão da liminar, da tutela antecipada e da sentença

O pedido de suspensão da liminar, da tutela antecipada ou da sentença é foco, também, de tensão entre a parte que busca o resultado prático do processo e o Estado-Juiz, que se bifurca no juízo comum e no juízo político, quando apresentada a postulação prevista na Lei 4.348/64, art. 4º, para o mandado de segurança; na Lei 7.347/85, art. 12, § 1º, para a ação civil pública; na Lei 8.437/92 e na Lei 9.494/97, para as liminares, as antecipações de tutela e as sentenças em geral.

1.3.1 Tensão entre o juízo comum e o juízo político

Inspira-se a medida, de caráter político, em ideologia autoritária. Dois meses após assumir o poder, o regime militar de 1964 cuidou de garantir o controle do Poder Judiciário mediante atribuição aos presidentes dos tribunais de suspender decisões que afetassem os parâmetros oficiais de ordem, segurança e centralismo econômico (a referência à grave lesão à saúde, no texto da Lei 4.348, pode-se atribuir ao apelo à popularidade). De todo modo, respeitou-se a garantia do juiz natural, estabelecendo-se a competência do “presidente do tribunal ao qual couber o conhecimento do respectivo recurso”⁴⁴.

competência, cabendo agravo, no prazo de cinco dias, contado da intimação da decisão às partes, para o órgão recursal competente. (Incluído pela Lei nº 9.756, de 17.12.1998)

⁴⁴ Em palestra no TJPE (2005), o professor Alexandre Freire Pimentel comentava o choque do autoritarismo legislativo em pleno regime democrático: Vou falar sobre os aspectos controvertidos da Lei 10931, de agosto de 2004, que alterou o instituto da alienação fiduciária em garantia de nosso direito, rompendo com uma tradição que vinha derivada da Lei 4728/66, alterada já pelo problema da ineficácia processual das decisões para garantir o direito das empresas financiadoras de aquisição de bens duráveis, e esse Decreto-Lei 911/69, que veio na época do recrudescimento do Regime Militar e que todos nós considerávamos como sendo uma legislação autoritária a ponto de o STJ ter declarado, por mais de uma vez, que alguns de seus dispositivos eram inconstitucionais. A nossa surpresa é derivada do fato de a Lei 10931/2004, que veio a tona quando o Brasil é governado por um

O § 1º do art. 4º da Lei 4.348 só veio a ser instituído 37 anos depois, também sob inspiração autoritária, não só de cunho político, mas predominantemente econômica, como resposta do poder às reações dos grupos intermediários de proteção do meio ambiente, dos consumidores e de contribuintes. Trata-se de meio administrativo de impugnação de decisão judicial por autoridade judicial sem competência, de modo flagrantemente inconstitucional, segundo observa Scarpinella Bueno⁴⁵. Em outras palavras, os militares tiveram o prurido de obedecer aos limites da jurisdição, mas não os políticos que se proclamam democratas. A mudança se fez por medida provisória, MP 2180-35, de 24 de agosto de 2001, que se teria mantido pela Emenda Constitucional n. 32, de 2001. Nesta, contudo, há previsão de que as MPs então vigentes deveriam ser votadas pelo Congresso Nacional, o que não ocorreu. Há conflito direto daquela MP com a Constituição, que não admite medida provisória sobre matéria processual civil (§ 1º, I, b, do art. 62). O dispositivo em questão está revogado, pois não poderia ser recepcionado.

A suspensão de segurança, de liminar, de cautelar, de antecipação de tutela é, repita-se, ato político-administrativo do presidente do tribunal competente para o julgamento do recurso. Enquanto o juízo comum tem por balizas a probabilidade de acolhida do direito invocado e a urgência da sua proteção, o juízo político se baseia na necessidade de resguardar o interesse público e coibir a flagrante ilegitimidade, para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas. A decisão isolada do presidente se sobrepõe ao exame judicial, paralisando a eficácia da providência adotada. Cuida-se de eficácia prospectiva, assim pronunciada pelo Supremo Tribunal Federal :

A eficácia da decisão do Presidente do Supremo Tribunal Federal, proferida no exercício do poder de contracautela (Lei nº 4.348/64, art. 4º), não obstante inicialmente limitada à suspensão de liminar mandamental, também paralisa, por efeito da prospectividade que lhe é inerente, todas as

governo democrático, eleito pelo voto direto, ter sido ainda mais autoritária do que aquele Decreto-Lei que emergiu na época do Regime Militar.. Disponível em http://www.tjpe.gov.br/cej/TribunaldeJustica/palestras/ver_palestras.asp. Acesso em: 23.2.2006.

⁴⁵ BUENO, Scarpinella. O Poder Público em Juízo. São Paulo: Saraiva, 2005.

conseqüências jurídicas decorrentes da ulterior concessão do mandado de segurança, desde que o conteúdo daquele provimento liminar revele-se idêntico ao do acórdão que deferiu o "writ" constitucional. Esse efeito prospectivo - que inibe a produção da carga eficaz resultante do deferimento do mandado de segurança - perdurará até que sobrevenha o trânsito em julgado do acórdão que concedeu a ordem mandamental⁴⁶.

O entendimento dominante do STF é o de que a suspensão de liminar ou de antecipação de tutela pelo presidente do tribunal prevalece, ainda que proferida sentença ou acórdão julgando o mérito da causa, até o trânsito em julgado(Súmula 626).

O chamado efeito prospectivo tem natureza provisória, tanto quanto as tutelas de urgência em geral, e emana de julgamento de verossimilhança cujo conteúdo está expresso no § 7º da Lei 8.437, com a redação dada pela MP 2180-35, de 24 de agosto de 2001: “ O Presidente do Tribunal poderá conferir ao pedido efeito suspensivo liminar, se constatar, em juízo prévio, a plausibilidade do direito invocado e a urgência na concessão da medida”.

Ora, o Supremo Tribunal Federal tem-se posicionado reiteradamente pelo não conhecimento de medida cautelar ou de antecipação de tutela quando ainda não admitido o recurso extraordinário, porque reconhece a sua incompetência para apreciar decisão judicial que não é de última nem única instância⁴⁷. Nesse sentido, editou a Súmula 634:

Não compete ao Supremo Tribunal Federal conceder medida cautelar para dar efeito suspensivo a recurso extraordinário que ainda não foi objeto de juízo de admissibilidade na origem.⁴⁸

⁴⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Rcl 718 / PA, Rel. Min. Celso de Melo.

⁴⁷ 46BRASIL. Constituição Federal, Art. 102, III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida...

⁴⁸ dos precedentes dessa súmula, afirma o Ministro Moreira Alves: “Esta Corte tem entendido que não cabe medida cautelar inorninada para a obtenção de efeito suspensivo a recurso extraordinário que ainda não foi admitido no Tribunal de origem, não só porque a concessão dessa rmedida pressupõe necessariamente a existência de juízo positivo de admissibilidade do recurso extraordinário, mas também porque, em se tratando de recurso extraordinário, que demanda **esse** juízo de admissibilidade da competência da Presidência do Tribunal que prolatou o acórdão recorrido, não se aplica o disposto no parágrafo único do artigo 800 do C.P.C. pela singela razão de que, se fosse concedida a liminar para dar efeito suspensivo, pela relevância de sua fundamentação jurídica, a recurso dessa natureza ainda não admitido, a referida Presidência, em virtude da hierarquia jurisdicional, não poderia desconstituí-la corn a não admissao desse recurso... incompatível com a sua competência para o juízo de admissibilidade - a ter de admiti-lo. A impossibilidade de esta Corte deferir pedido de liminar para dar efeito suspensivo a recurso extraordinário ainda não admitido permite que, entre a interposição desse recurso e a prolacão desse juízo de admissibilidade, não haja autoridade ou órgão judiciários que, por força de dispositivo legal, tenha competência para o exame de liminar dessa natureza. Para suprir essa lacuna que pode acarretar danos irreparáveis ou de difícil reparação em casos em que e relevante a fundamntação

Complementa esse posicionamento o enunciado da Súmula 635:

Cabe ao presidente do tribunal de origem decidir o pedido de medida cautelar em recurso extraordinário ainda pendente do seu juízo de admissibilidade.

Essa, com algum tempero, é a orientação do Superior Tribunal de Justiça, expressa em acórdão assim ementado:

1. Esta Corte, adotando entendimento sumulado do STF (Súmulas 634 e 635), só admite suspender os efeitos de acórdão sujeito a **recurso especial** quando já foi ele admitido.
2. Excepcionalmente, em raras hipóteses, quando a decisão atacada no **recurso especial** é evidentemente teratológica ou manifestamente ilegal, o STJ tem admitido a sua competência, à vista de omissão do Tribunal a quo, que não responde, positivamente ou negativamente ao pleito acautelatório formulado ao seu Presidente, ou quando não admite a sua competência para o exercício do regular poder de cautela.
3. Hipótese em exame que não configura a excepcionalidade.
4. Agravo regimental improvido⁴⁹.

Em seu voto, disse a Relatora:

Não foi questionado o direito pleiteado pela empresa, a qual está legitimada a perseguir o seu intento. A decisão aqui impugnada expôs o fato de não haver, na espécie, decisão teratológica ou nulidade manifesta a tal ponto que o STJ rompesse com a normalidade do trâmite das cautelares, só passível de apreciação após a admissibilidade do recurso especial⁵⁰.

Constitui, pois, afronta ao princípio do juízo natural atribuir-se competência ao presidente do STF ou do STJ para conhecer de causa não decidida em última ou única instância pelo tribunal ou juízo ordinário. Scarpinella Bueno aponta para a hipótese a incompetência dos tribunais superiores⁵¹ e a ruptura da isonomia processual⁵².

jurídica do recurso extraordinário, seria de atribuir-se ao Presidente do Tribunal “a quo.”, que é competente para examinar sua admissibilidade, competência para conceder, ou não, tal liminar....

⁴⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg na MC 10524 / DF, 2ª. T., Rel. Min. Eliana Calmon.

⁵⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Revista Eletrônica de Jurisprudência: Disponível em https://ww2.stj.gov.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200501369230&dt_publicacao=07/11/2005. Acesso em: 22.3.2006

⁵¹ BUENO, Cácio Scarpinella. *O poder público em juízo*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 58.

⁵² BUENO, Scarpinella. op. cit 2004, p219.

1.3.2 Conflito de decisões nos tribunais

Ainda como extensão das conseqüências do emprego da suspensão de liminar ou de sentença, tem-se o fenômeno recente do ataque de decisão do Relator, em agravo de instrumento ou em apelação, mediante pedido dirigido ao presidente do Tribunal. Erige-se esse órgão a posição extremamente centralizadora, com poderes para sustar a eficácia das decisões de quaisquer dos seus pares. O Superior Tribunal de Justiça confirmou decisão do presidente do Tribunal Regional Federal da 5ª. Região, Des. Francisco Cavalcanti, que suspendera ato de relator, ao julgar agravo regimental na Reclamação 2.049-PE, com a seguinte ementa:

Processual Civil. Reclamação. Requisitos. Pedido de suspensão. Competência do Superior Tribunal de Justiça não inaugurada. Agravo regimental.

1. O cabimento de Reclamação perante o Superior Tribunal de Justiça é restrito à preservação da competência da Corte e à garantia da autoridade de suas decisões, não se prestando, a medida, ao debate de matéria restrita ao âmbito interno do Tribunal de origem.
2. Ainda não decidida a Apelação interposta, sendo competente para dela conhecer o TRF da 5ª. Região, o exame do pedido de suspensão de segurança compete privativamente ao Presidente daquela Corte, não se inaugurando a competência do Presidente do Superior Tribunal de Justiça para tanto.
3. A interposição de Agravo de Instrumento não prejudica nem condiciona o julgamento de pedido de suspensão (Lei 8.437/92, art. 4º, § 6º)
4. Agravo Regimental não providos⁵³

A prevalecer esse entendimento, o julgamento dos agravos de instrumento e das apelações, nas ações em que o poder público for parte, teria eficácia bastante reduzida, pois sempre haveria meio de impugnar a decisão do colegiado mediante pedido de suspensão dirigido ao presidente do tribunal, função que se encarregaria de revisão política geral, assim como um censor dos atos dos seus pares.

⁵³ BRASIL.Superior Tribunal de Justiça: AgRg na Rcl 2049 / PE, Rel. Min. Edson Vidigal. DJ 10.04.2006 p. 101.

Em sessão de 5 de julho de 2006, o Plenário do Tribunal Regional Federal fixou posição no sentido da incompetência do presidente para suspender decisão proferida por Relator ou por Turma, dando a correta interpretação ao disposto no art. 4º da Lei 8.437/92⁵⁴.

1.4 A necessária prevalência do princípio do juiz natural

O poder de conceder tutela de urgência, cautelar ou antecipatória, decorre do exercício de jurisdição constitucional e se baseia em juízo de verossimilhança, ao qual corresponde o juízo político da suspensão, por isso só encontra viabilidade após admitido o recurso especial ou o extraordinário. Desde as Ordenações Manuelinas, Livro 5, Título 58 – “Dos desembargadores, e Julgadores, que nom guardam as Ordenações, ou as interpretam. E que tomam conhecimento dos feitos que lhe nom pertencem” – o direito português aplicado no Brasil impõe limites à jurisdição. A MP 2.180 praticamente restabeleceu o poder ilimitado que só cabia ao Rei de Portugal, ao criar o esdrúxulo recurso aos presidentes do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça das decisões dos tribunais ordinários em suspensão de segurança, violando as regras de competência traçadas diretamente na Constituição, arts. 102 e seguintes.

A tutela de urgência resulta do fenômeno de tensão entre segurança e efetividade, justificando-se pela necessidade de harmonização de tais direitos fundamentais⁵⁵. No momento em que é deferida a tutela de evidência, juízo definitivo, já não pode prevalecer o juízo provisório fixado na medida cautelar, antecipatória. O mesmo acontece quando a suspensão de segurança tem por objeto decisão interlocutória, baseada em critério de verossimilhança.

⁵⁴ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Agravo em Suspensão de Liminar n. 3672-SE.

⁵⁵ ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da Tutela*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2005, pp 59-69.

Outra hipótese freqüente é a de conflito entre a decisão da turma ou do relator, em agravo de instrumento ou em cautelar, e a sentença posteriormente proferida pelo juiz de primeiro grau. O Superior Tribunal de Justiça tem entendido que deve prevalecer o princípio da hierarquia. Veja-se:

A Turma, após o voto-desempate do Min. Luiz Fux, por maioria, negou provimento ao recurso. O entendimento é de que, no específico caso de medida cautelar, no curso da qual não houve alteração do quadro fático e probatório, entre a concessão da liminar pelo Tribunal e a sentença de improcedência do pedido do autor, prevalece o "critério da hierarquia", i. e., a decisão adotada pelo Tribunal, sobre o "critério da cognição", do juiz de primeiro grau, para impedir que a sentença de mérito desfaça a decisão interlocutória concessiva da liminar, descabendo, assim, o esvaziamento do agravo. A Min. Eliana Calmon e o Min. João Otávio de Noronha, vencidos, entenderam que, no caso, o "critério da hierarquia" em detrimento do de "cognição" equivale a atribuir maior importância a uma decisão interlocutória de Tribunal sobre uma sentença de mérito de juízo exauriente de primeiro grau, reduzindo esse a funcionar como mero protocolo de tribunal⁵⁶.

Em tal situação, contudo, a solução mais adequada à natureza da tutela de urgência de que se reveste a decisão em agravo de instrumento seria a que concluísse pela prevalência da tutela de evidência decorrente do pronunciamento de mérito, ainda que em juízo de primeiro grau. A parte que pretenda sustar a eficácia da sentença tem ao seu dispor o permissivo do art. 558, CPC.

1.5 O cumprimento das decisões antecipatórias

Instrumento de proteção da atividade jurisdicional que requer emprego mais intensivo é a penalidade prevista no parágrafo único do art. 14, CPC⁵⁷. O ato atentatório à

⁵⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 742.512-DF, Rel. Min. Castro Meira, julgado em 11/10/2005.

⁵⁷ BRASIL, Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. art. 14, V - cumprir com exatidão os provimentos mandamentais e não criar embaraços à efetivação de provimentos judiciais, de natureza antecipatória ou final. (Incluído pela Lei nº 10.358, de 27.12.2001). Parágrafo único. Ressalvados os advogados que se sujeitam exclusivamente aos estatutos da OAB, a violação do disposto no inciso V deste artigo constitui ato atentatório ao exercício da jurisdição, podendo o juiz, sem prejuízo das sanções criminais, civis e processuais cabíveis, aplicar ao responsável multa em montante a ser fixado de acordo com a gravidade da conduta e não superior a vinte por cento do valor da causa; não sendo paga no prazo estabelecido, contado do trânsito em julgado da decisão final da causa, a multa será inscrita sempre como dívida ativa da União ou do Estado.

jurisdição merece punição do responsável pela prática, e não apenas da parte. Assim, no caso do funcionário público, ou do preposto da sociedade anônima, não será a entidade que irá pagar pelo não cumprimento da decisão judicial, mas o próprio autor do **contempt of court**. Vale lembrar, a propósito, a lição de Lúcio Grassi:

Se visa o sistema processual que exista uma comunidade harmônica de trabalho entre as partes e o juiz, não pode tolerar que o julgador seja enganado pelos litigantes. E o juiz, quando verificar a prática de atos de litigância de má fé, não deve permanecer inerte, sem aplicar as devidas sanções, tratando o processo como se fosse um jogo sem regras⁵⁸.

1.6 Medidas destinadas a assegurar a razoável duração do processo

A tensão entre a efetividade do processo decorrente da antecipação da tutela e a tutela cautelar causadora da sobrecarga dos tribunais deve ser resolvida, desde já, com a atuação correta dos operadores, advogados e membros do Ministério Público, atentos aos novos mecanismos oferecidos pela reforma processual, como a aplicação de penalidades pela litigância de má fé, inclusive a interposição de recursos protelatórios, e pela prática de atos atentatórios à justiça.

Impõe-se, ainda, a introdução de sistemas mais modernos de gestão do aparelho judicial, o que deve concentrar os esforços do recém-implantado Conselho Nacional de Justiça, a comunicação eletrônica dos atos processuais e o aperfeiçoamento da legislação processual.

1.6.1 As alterações significativas que trancam o exercício da ação ou do recurso

A abreviação do rito pode ser alcançada, sem comprometimento da segurança, se prevista a revisão do ato processual causador de gravame, com a eliminação de atos inúteis, insuscetíveis de produzir os resultados almejados pela parte. Novos instrumentos estão

(Incluído pela Lei nº 10.358, de 27.12.2001)

⁵⁸ GOUVEIA, Lúcio Grassi de. Conteúdo e alcance do dever de dizer a verdade no sistema processual civil brasileiro. *Revista da Esmape*, 2005, vol 10, nº 21, p.404.

incorporados ao Código de Processo Civil destinados a dotar o juiz de poderes para trancar o exercício da ação que se lhe apresente improcedente, por repetir fundamentos e pedidos já rejeitados, ou recursos baseados em argumentos rechaçados em súmula de tribunal superior.

1.6.1.1 Julgamento liminar de improcedência

O julgamento antecipado da lide, agora ampliado pelas alterações no Código de Processo Civil instituídas pelas Leis 11.276/06, 11.277/06 e 11.280/06, com a previsão de trancamento liminar da ação e da súmula impeditiva do recebimento da apelação, tem o nítido propósito de abreviar a prestação de justiça, aliviando os juízos e tribunais com a eliminação de causas repetitivas, mas requer a consideração de princípios constitucionais para o exame da validade de sua aplicação, caso a caso.

As regras estabelecidas pelos artigos 285-A e seus parágrafos e dos parágrafos 1º e 2º do art. 518 do Código de Processo Civil devem ser interpretadas em harmonia com os princípios do devido processo legal, do contraditório, da ampla defesa, da tutela efetiva⁵⁹, da inafastabilidade da tutela jurisdicional e da duração razoável do processo, valendo-se, para tanto, dos critérios da proporcionalidade e da razoabilidade⁶⁰.

A ordem jurídica existe para se impor, submetendo o Estado e a sociedade aos princípios e regras que a compõem. Para isso são constituídos os órgãos públicos aos quais a

⁵⁹ Atienza cita como exemplo da aplicação da tutela efetiva, de modo a impedir a falácia da deficiência de prova, um julgado do Tribunal Constitucional espanhol que reformou decisão do Tribunal Supremo para reconhecer a paternidade, num caso no qual o réu se negou a submeter-se a exame de DNA. ATIENZA, Manuel. *Derecho y Argumentación*. Bogotá: Universidad Externado de Colômbia, 1997, pp 65-69.

⁶⁰ ⁵⁹ Proporcionalidade e razoabilidade são critérios de interpretação da lei, e não princípios, assinala o Ministro Eros Grau: "Quanto à ofensa --- na expressão "inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária", do § 2º do art. 3º do CDC --- ao "princípio da razoabilidade", anoto desde logo que ela, tal qual a proporcionalidade, não constitui um princípio. Como observei em outra oportunidade, uma e outra, razoabilidade e proporcionalidade, são postulados normativos da interpretação/aplicação do direito --- um novo nome dado aos velhos cânones da interpretação, que a nova hermenêutica despreza --- e não princípios. É assim é ainda que a nossa doutrina e certa jurisprudência pretendam aplicá-los, como se princípios fossem, a casos concretos, de modo a atribuir ao Poder Judiciário capacidade de "corrigir" o legislador. Isso me parece inteiramente equivocado, mesmo porque importa desataviada afronta ao princípio --- este sim, princípio --- da harmonia e equilíbrio entre os Poderes.. Voto na ADI 2.591-1-DF. Disponível em www.stf.gov.br/jurisprudencia. Acesso em: 25.5.2006.

Constituição confere poderes e deveres destinados à criação de normas e à sua aplicação. Sempre que houver necessidade de usar o aparelho estatal para obter a realização de um direito, estará aberta a via judicial, que não se esgota no reconhecimento, e sim na tutela efetiva. Esta é a previsão que se depreende da leitura conjugada do disposto nos incisos XXXV e LXXVIII do art. 5º, CF.

Nenhuma lesão ou ameaça a direito pode ser excluída da apreciação do Judiciário e esta se fará de modo eficiente, eficaz, o mais rapidamente possível. Quem busca a proteção judicial não o faz por deleite, mas para alcançar um objetivo concreto.

A jurisdição está organizada para certificar, proteger e efetivar o direito. Este é o princípio da tutela efetiva, que está implícito no sistema constitucional brasileiro e explícito no art. 24,1 da Constituição espanhola: “Todas as pessoas têm direito a obter tutela efetiva dos juízos e tribunais no exercício de seus direitos e interesses legítimos, sem que, em nenhuma hipótese, possa se obstar a defesa”⁶¹.

O direito à tutela efetiva está ainda incorporado à ordem constitucional brasileira em razão do disposto nos parágrafos 2º e 3º do art. 5º, CF, por estar contemplado no art. 8º da Declaração Universal dos Direitos do Homem: “Toda a pessoa tem direito a recurso efetivo para as jurisdições nacionais competentes contra os atos que violem os direitos fundamentais reconhecidos pela Constituição ou pela lei”.

Importa, pois, estudar o conteúdo e o alcance desse princípio, com base na doutrina dos direitos fundamentais⁶², ao se constatar a sua inserção no catálogo das garantias dirigidas pelo art. 5º, CF, a todos os brasileiros e aos estrangeiros residentes no País, concernentes à inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade.

⁶¹ Todas las personas tienen derecho a obtener tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión.

⁶² Gregório Peces-Barba Martínez (1999, pp. 21-38) demonstra a maior precisão do termo direitos fundamentais para identificação do sistema de proteção constitucional de direitos humanos, estabelecendo campo específico, jurídico, que se distingue da acepção política, da filosófica, vinculada aos direitos morais ou naturais e, também, da indicação de liberdades públicas, limitadas estas aos poderes dos indivíduos ante o Estado. ⁶²

As relações normativas envolvem três elementos: o titular, o destinatário e o objeto⁶³. Quando o titular ou o destinatário é o Estado, se está diante de uma relação de Direito Público; quando ambos são particulares, mas o objeto é um bem comum, de interesse público, também aí se estará diante de uma relação de Direito Público, e, somente quando titular e destinatário forem particulares e o objeto envolver interesses individuais ou coletivos individualizáveis, ter-se-á Direito Privado.

Os direitos fundamentais, em sua concepção formal, são todos aqueles catalogados expressamente pela Constituição⁶⁴, por isso que se impõem sobre as regras oriundas de leis ordinárias. É comum, contudo, dada a natureza aberta dos princípios em que se enunciam tais direitos, que surjam conflitos na sua aplicação, daí a necessidade de se recorrer aos critérios de proporcionalidade e de razoabilidade, para resolvê-los⁶⁵.

A jurisdição constitucional, a partir da Alemanha, tem-se valido com freqüência da ponderação para resolver conflitos entre princípios e entre princípios e regras, não sem a crítica da corrente doutrinária que pretende a prevalência das normas aprovadas pela maioria parlamentar e aponta como ilegítima a aplicação criativa do direito pelo Judiciário.

Luis Prieto Sanchís, em “Problemas del razonamiento jurídico”⁶⁶, defende a tese de que não existe distinção relevante entre princípios e regras.⁶⁷ Para isso, parte da definição de Norberto Bobbio do positivismo jurídico – 1- uma aproximação epistemológica valorativa ao estudo do direito, 2 – uma teoria do direito que se obtém mediante esse postulado epistemológico, e, 3, uma ideologia que confere ao direito um valor positivo pelo só fato de

⁶³ ALEXY, Robert. Três escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios. Trad. Carlos Bernal Pulido. Bogotá: Universidad Externado de Colômbia, 2003, p. 19.

⁶⁴ Idem. p. 21

⁶⁵ a concepção e aplicação de princípios como normas jurídicas, sua base constitucional e, em especial, sobre o critério da proporcionalidade e sua aplicação, Gustavo Ferreira Santos discorre amplamente em “O Princípio da Proporcionalidade na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: limites e possibilidades. Rio de Janeiro: Lúmen, 2004.

⁶⁶ SANCHIS, Luis Prieto. Justicia constitucional y derechos fundamentales: constitucion y democracia. Madrid: Trota, 1992.

⁶⁷ CIANDIARDO, Juan. Principios y reglas: una aproximación desde los criterios de distinción. Cidade do México: Boletín Mexicano de Derecho Comparado, nº 108, 2003, p. 891-906.

existir – para admitir a tese central da separação entre direito e moral, mas a vinculação estreita entre os dois conceitos, desde que se entenda por moral “não as meras convenções sociais vigentes, mas a moral boa, correta ou racional”. Sob esse ponto de vista, algumas das concepções do principialismo resultam compatíveis com o positivismo. Assinala a evidência de que os princípios expressam valores morais, mas não é certo que possam pertencer a qualquer moral, inclusive àquela profundamente injusta.

Já no capítulo “Constituição e Democracia”, do livro “Justiça Constitucional e Direitos Fundamentais”, Sanchís vai mais além, para tratar da convivência entre soberania popular e democracia e dos limites à atuação da jurisdição constitucional. O mestre espanhol assim desenvolve o seu raciocínio:

1 - A soberania popular nem sempre convive pacificamente com o estado de direito, pois entre o critério democrático, pelo qual as decisões coletivas teriam que ser adotadas pela maioria, e o critério constitucional, que exclui determinadas questões dessa esfera coletiva, subsiste uma tensão, a cuja lógica fundamental J. Elster⁶⁸ se refere como aquela em que uma maioria simples decide que, em alguns temas, não é possível a decisão de uma maioria simples.

2 – Discute, então, a validade da objeção democrática frente ao modelo constitucional, em que se apresenta a pretensão de que uma norma aprovada no passado condicione o que se pode decidir no futuro, para sustentar que tal crítica tem origem na admissão dos velhos atributos da soberania como poder absoluto, ilimitado e inesgotável, quando, em verdade, a questão não diz respeito à supremacia constitucional, e sim à sua rigidez. O que se deve recomendar, argumenta, é uma maior flexibilidade das Constituições.

3 – Já na origem do constitucionalismo surge a preocupação com a falta de legitimidade da geração que produz uma Constituição para amarrar as gerações do futuro. Paine, em Direitos

⁶⁸ ELSTER, John; SLAGSTAD, Rune. *Constitutionalism and Democracy*. Cambridge: Cambridge University Press, 1988, p. 460.

do Homem , adverte que os direitos do homem pertencem a todas as gerações e ninguém pode monopolizá-los. Lembra que, quando um homem deixa suas propriedades aos herdeiros, não os vincula com uma obrigação de aceitá-las. O primeiro constitucionalismo estabeleceu prazos precisos para a reforma constitucional, como confessando sua falta de legitimidade para atar as mãos dos cidadãos do futuro. Assinala que nenhuma geração tem o direito de submeter a suas próprias leis as gerações futuras⁶⁹. O projeto girondino estabelecia vinte anos de vigência, depois do que deveria iniciar-se novo período constituinte. A intervenção direta das assembleias populares está prevista no art. 59 da Constituição jacobina de 1793.

4 – Postulado absolutista da soberania: nenhuma Constituição é capaz de vincular o seu autor, o povo, porque o poder deste, por definição, é permanente e sem restrições. No Iluminismo, há uma corrente de pensamento que não vê qualquer perigo na força da lei, e coloca todas as suas esperanças de justiça nas qualidades do sujeito legislador, iluminado pela razão e bem aconselhado pelos filósofos. Em Rousseau e nos seus seguidores, houve uma transferência da soberania, do monarca ilustrado à vontade geral, mas sem alterar seus atributos ou qualidades.

5 – Todo regime constitucional e parlamentar repousa numa ficção, ou melhor, em várias ficções, que apresentam uma transcendência prática. A primeira ficção é supor que a Constituição é a expressão da voz do povo soberano. Nem sempre foi assim. A elaboração de uma lei pode-se dar num processo mais democrático. Mas a corrente contra-majoritária também repousa na ficção da representatividade. As leis são obra do legislador, mas não há segurança de que sejam a expressão da vontade geral.

A idéia de democracia representativa repousa numa ficção, eis que à época em que formulada vigia ainda a regra do sistema eleitoral formado pelos proprietários varões. A vontade geral geradora do contrato social, de Rousseau, é impossível de ser verificada. Apóia-se em postulados da razão pura, ao modo kantiano.

⁶⁹ Art. 33 do projeto de Declaração de direitos naturais, civis e políticos do homem, 1793.

6 - Ora, se a Constituição tem origem numa ficção de que representa a vontade geral, assim acontece também com a lei.

7 - Supremacia constitucional e rigidez são conceitos diversos. É possível afirmar-se a supremacia de uma Constituição flexível, desde que a emenda esteja submetida a um procedimento solene.

8 - Reporta-se a Habermas e suas restrições à justiça constitucional, remetendo à justificação apenas do controle do procedimento. Para o filósofo alemão, deve prevalecer o princípio democrático. Nas origens do movimento constitucional, não se pensou em discricionariedade judicial, o controle da Constituição e da lei seria uma atividade mecânica, relativamente fácil, capaz de conduzir a conclusões verdadeiras. Em "Direito e Democracia", Habermas admite alguma forma de justiça constitucional, incumbida de controlar o procedimento e de realizar interpretações construtivas.

9 - Legitimidade da investidura dos juízes, nomeados pelos representantes do povo.

10 - Os juízes detêm legitimação de segundo grau. São evidentes as vantagens do controle de constitucionalidade, apesar da razoabilidade da objeção de Waldron, de que não é a Constituição que impõe limites substanciais à ação do legislador democrático, e sim os que determinam o conteúdo dos direitos fundamentais.

11 - Observa que Kelsen concebeu a justiça constitucional com limitações e como um órgão especial na esfera legislativa.

12 - Sanchis repele o controle concentrado de legitimidade, em que o juiz exerce função de legislador negativo, com violação ao princípio democrático.

13 - Faz, então, opção pelo controle incidental e admite que o exame caso a caso pode estender-se aos casos semelhantes - "stare decisis".

Não obstante a força da argumentação de Sanchis, é importante acentuar que a Constituição não é obra apenas de uma geração, mas o resultado de um longo processo que se

desenvolveu na civilização ocidental e desaguou no constitucionalismo dos séculos XVIII e XIX. Os direitos humanos, como princípios insertos na Constituição e integrando o seu núcleo duro, ou área intocável, representam uma conquista da humanidade, por isso requerem uma proteção especial contra eventuais tendências majoritárias.

A tomada do poder por um partido de ideologia totalitária pode representar a derrogação de todas essas conquistas. Isso somente pode acontecer pela força, o que obsta a derrubada da estrutura de uma Constituição por maioria simples, de fácil manipulação, no regime democrático.

A justiça constitucional, no Brasil, tem legitimidade de segundo grau, porque o Supremo Tribunal Federal é integrado por magistrados indicados pelo Presidente da República, segundo os critérios do art. 101, CF, e aprovados pelo Senado Federal. Todo juiz tem o poder/dever de assegurar a supremacia constitucional em suas decisões, e pode fazê-lo mesmo sem declarar a inconstitucionalidade, com a aplicação conjugada de princípios e regras.

Na aplicação das hipóteses autorizadoras do julgamento antecipado da lide, devem ser observados os princípios do contraditório - *audiatur et altera pars* – e da ampla defesa, previstos no art. 5º, LV, CF, a inafastabilidade da tutela jurisdicional (art. 5º, XXXV, CF), a duração razoável do processo (art. 5º, LXXVIII, CF), a tutela efetiva e o devido processo legal (art. 5º, LIV).

Os princípios de incorporação mais recente são os da razoável duração do processo e da tutela efetiva, cuja origem é, no entanto, remota: “Não denegaremos ou protelaremos justiça ou direito a nenhum homem”⁷⁰, (Magna Carta, Inglaterra, 1215, ítem 29).

O direito à justiça célere (*speed trial*) encontra-se ainda na Declaração de Direitos da Virgínia, 1776, depois incorporado à Sexta Emenda da Constituição dos Estados Unidos, na

⁷⁰ Tradução livre do original: “We will not deny or defer to any man either justice or right”.

Constituição da Espanha – direito ao processo sem dilações indevidas (art. 24, 2⁷¹) e na Constituição de Portugal: art. 20, 4 e 5⁷².

1.6.1.2 Adequação da sentença liminar de improcedência ao devido processo legal

O art. 285-A do CPC autoriza o juiz a proferir sentença de improcedência “quando a matéria controvertida for unicamente de direito e no juízo já houver sido proferida sentença de total improcedência em outros casos idênticos”, dispensando-se a citação. Se houver apelação, a regra do § 1o faculta ao magistrado reconsiderar a decisão e ordenar o prosseguimento do feito, e o § 2o estabelece, caso mantida a sentença, que seja determinada a citação do réu para responder ao recurso.

O Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil propôs, ante o Supremo Tribunal Federal, Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 3695), com pedido de liminar, contra a íntegra da Lei federal nº 11.277, de 7 de fevereiro de 2006, ao argumento de que a norma permite que se aplique a um processo sentença proferida em outro, o que institui uma sentença vinculante, impeditiva do curso do processo em primeiro grau.. O relator da ação é o ministro Cezar Peluso.

Relevante é, pois, a apreciação da compatibilidade dos novos dispositivos com a Constituição Federal. A análise da proporcionalidade, em razão do possível conflito com os

⁷¹ “Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia al letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia”.

⁷² 4. Todos têm direito a que uma causa em que intervenham seja objecto de decisão em prazo razoável e mediante processo equitativo. Para defesa dos direitos, liberdades e garantias pessoais, a lei assegura aos cidadãos procedimentos judiciais caracterizados pela celeridade e prioridade, de modo a obter tutela efectiva e em tempo útil contra ameaças ou violações desses direitos.

princípios da ampla defesa e do contraditório, em razão do trancamento da ação antes da produção de novos argumentos do autor e dos argumentos do réu, é a seguir intentada⁷³:

1.6.1.3 Aplicação à hipótese dos princípios da tutela efetiva e da duração razoável do processo

É certo que uma nova argumentação do autor poderia ser acolhida no curso do processo, e o trancamento liminar da ação inviabilizaria, assim, o pleno acesso à justiça. Responde-se a essa objeção com a superposição do princípio da economia processual, porque a matéria é exclusivamente de direito e poderá ser revista quando do julgamento da apelação.

A regra só é aplicável quando a controvérsia for unicamente de direito, mas ainda não há controvérsia, porque não oferecida contestação. Trata-se de erro no texto legal ao referir-se a controvérsia, quando correto seria reportar-se à questão predominantemente de direito. Assim deve ser interpretada a norma.

Se não há controvérsia, em que hipótese será aplicável o dispositivo? O art. 285-A, como dito acima, incide sempre que a questão suscitada na inicial for predominantemente de direito e o juiz já a houver resolvido em sentenças de total improcedência.

Os fatos narrados demonstram que a consequência jurídica não é aquela pretendida pelo autor. Esta a regra básica para a compreensão do dispositivo sob exame.

Não se poderá levar em conta fato alegado pelo réu em outro processo.

A norma pode ser interpretada como destinada à aplicação nos casos repetitivos, em que é invocado, sem razão, o mesmo fundamento jurídico; isso porque, somente assim, poderá identificar-se potencial controvérsia de caráter exclusivamente jurídico.

⁷³ Scarpinella Bueno ressalta que o art. 285-A busca “maior racionalidade e celeridade na prestação jurisdicional nos casos em que há, já, decisão desfavorável à tese levada novamente e repetitivamente para solução perante o Estado-Juiz” (2006, vol. 2, p 49).

Constatado que se trata de relação jurídica distinta, com aspectos peculiares, a apelação será provida, retomando-se o curso da ação. Constatada a necessidade de produção de prova, a sentença será igualmente anulada.

A inovação justifica-se apenas em razão dos princípios da tutela efetiva, da economia e da duração razoável do processo, numa sociedade de massas, em que a multiplicação de processos com matéria idêntica inviabiliza a agilidade na tramitação dos feitos⁷⁴.

Essa circunstância, dada a gravidade da crise do Judiciário, faz com que prevaleça a necessidade da abreviação do processo, queimadas etapas prescindíveis, para viabilizar a tutela efetiva.

1.6.1.4 Indeferimento da inicial com pronúncia de decadência ou prescrição

Outra hipótese de julgamento liminar da causa é a pronúncia da decadência ou, agora, da prescrição, com o indeferimento da inicial, mediante conjugação das regras dos arts. 295, IV, e do § 5º do art. 219, CPC. A Lei 11.280 revogou expressamente o art. 194 do Código Civil.

Calmon de Passos ensina que, para saber se um prazo é de decadência ou de prescrição, “basta indagar se a ação constitui, em si, o exercício do direito, que lhe serve de fundamento, ou tem por fim proteger direito, cujo exercício é distinto do exercício da ação”.

E arremata: “No primeiro caso, o prazo é extintivo do direito e o seu decurso produz a decadência, no segundo caso, o prazo é extintivo da ação e o seu decurso produz a prescrição⁷⁵”.

É preciso, para verificar a ocorrência da prescrição, de modo a indeferir-se a inicial, que haja elementos probatórios suficientes do termo inicial (Código Civil, art. 189). Violado

⁷⁴ No mesmo sentido a opinião de Scarpinella Bueno (2006, vol. 2, p 57/67).

⁷⁵ CALMON DE PASSOS, José Joaquim. Comentários ao Código de Processo Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2005, vol III, p. 257.

o direito, nasce, para o titular, a pretensão, a qual se extingue pela prescrição, nos prazos a que aludem os arts. 205 e 206. E, também, se há causa interruptiva ou impeditiva, conforme previsto nos arts. 197 a 202 do Código Civil.

1.6.1.5 A súmula impeditiva do recurso

Permite-se, ainda, ao juiz de primeiro grau, com a nova redação do art. 518 do CPC, trancar o processamento da apelação quando a sentença estiver em conformidade com súmula do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal.

O não seguimento do apelo era decisão que se inseria apenas na prerrogativa do relator (art. 557), cabendo agravo ao colegiado. Agora, o controle de admissibilidade estendido ao mérito da causa compete também ao juízo prolator do ato impugnado. Dessa decisão caberá agravo de instrumento⁷⁶.

1.6.2 Processo telemático

A Lei 11.280/06 acrescentou parágrafo único ao art. 154, CPC, para autorizar os tribunais a “disciplinar a prática e a comunicação oficial dos atos processuais por meios eletrônicos, atendidos os requisitos de autenticidade, integridade, validade jurídica e interoperabilidade da Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira – ICP-Brasil”.

⁷⁶ entender de Scarpinella Bueno, a constitucionalidade desse dispositivo depende da ampla discussão prévia que se fizer, no âmbito da comunidade jurídica nacional, da matéria a ser sumulada pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça, de modo a harmonizar-se a Súmula com o princípio do contraditório(2006, vol. 2, p 30/47)

Assim, observadas as peculiaridades regionais, poderão os órgãos judiciais adotar métodos mais eficientes de comunicação dos atos processuais e, até mesmo, regular a prática desses atos por meios telemáticos⁷⁷.

A utilização da informática começou a ser introduzida na legislação processual brasileira na Lei 6.830/80, art. 6º, § 2º, que permite a preparação, por meio eletrônico, da inicial e da certidão de dívida ativa, num único documento. Em seguida, vem a Lei 9.800/99, que prevê a transmissão de dados e imagens tipo fac-símile ou similar para a prática de atos processuais que dependam de petição escrita, com a exigência de juntada, em cinco dias, dos originais.

O Supremo Tribunal Federal estendeu a aplicação da Lei 9.800/99, criando, pela Resolução 287, de 14 de abril de 2004, o E-STF, prevendo o encaminhamento de petições pelo sistema de correspondência incluído no sítio www.stf.gov.br.

Os Juizados Especiais Federais já adotaram o processo virtual, o mesmo ocorrendo em diversos Juizados Especiais Estaduais. Recentemente, o Senado aprovou o projeto de lei 71, oriundo da Câmara, disciplinando o processo telemático, inclusive com a criação do Diário de Justiça Eletrônico.

Tais inovações contribuirão, certamente, para dar maior agilidade e praticidade à atividade judicial.

Vale, como arremate, recordar o mestre italiano: “O segredo do direito está exatamente nisto: que os homens não devem viver no caos. A ordem é-lhes tão necessária quanto o ar que respiram. Como a guerra se resume na desordem, a ordem resume-se na paz”⁷⁸.

⁷⁷ Consulte-se para aprofundamento do tema, PIMENTEL, Alexandre Freire. O Direito Cibernético. São Paulo: Renovar, 2000, e Linguagem, simbologia e lógica aplicáveis ao Direito cibernético. *Revista da ESMape*, Recife, ano 4, n. 9, p. 69-98, jan./jun. 1999.

⁷⁸ CARNELUTTI, Francesco. Como nasce o Direito. Trad. Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: Russel, 2005.

Capítulo II

EFICÁCIA DAS DECISÕES JUDICIAIS

II EFICÁCIA DAS DECISÕES JUDICIAIS

2.1 Ações individuais e ações coletivas

A efetividade do processo depende, basicamente, da eficácia – a consequência prática - do ato decisório – e do proveito obtido pela pessoa que tem o direito reconhecido. Nas ações individuais, satisfaz-se o credor, nas ações coletivas, um grupo, uma comunidade, por isso que nestas se acentua o interesse público perseguido pelo Estado na atividade jurisdicional.

Passa-se agora à análise da eficácia das decisões judiciais – seus resultados práticos, a partir da sistemática da tutela coletiva, que tende ao proveito social máximo.

2.1.1 Tutela coletiva

As ações coletivas propiciam a defesa dos interesses gerais, coletivos, individuais homogêneos e difusos, ensejando a tutela jurisdicional com extensão a todos os que compartilhem um direito ou se encontrem em certa situação de fato⁷⁹. Nelas a sentença irradia efeitos aos componentes de determinado grupo, *ultra partes*, no caso dos interesses coletivos, ou aos eventuais detentores de interesses difusos, *erga omnes*, e também aos titulares de direitos individuais homogêneos.

A eficácia geral reveste a tutela jurisdicional de ampla efetividade, proporcionando resultado prático de longo alcance, potencializa-a como instrumento de proteção ante a vulnerabilidade do homem, na sociedade de massas, como um remédio jurídico social, bálsamo legal de largo espectro⁸⁰.

⁷⁹ Para melhor compreensão da matéria consulte-se ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo Coletivo*. São Paulo: RT, 2006.

⁸⁰ MELKEVIK, Bjarne. *Considerations juridico-philosophiques*. Québec: Université Laval, 2005.

Na sociedade de risco⁸¹, nova conformação da sociedade de massas, assolada por perigos múltiplos e de larga abrangência, a atuação estatal é marcadamente preventiva, permitindo evitar-se a propagação dos males que espreitam a todo momento as ações de indivíduos e grupos. A decisão judicial pode, então, ser utilizada para prevenir a ocorrência de eventos danosos.

São fundamentos da República a soberania, cidadania, dignidade da pessoa humana, valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e pluralismo político (CF, art. 1º), por isso a tutela coletiva merece destaque na Carta Política, com a previsão de legitimidade extraordinária aos sindicatos, às associações e ao Ministério Público na dinamização dos interesses gerais; a definição das garantias do mandado de segurança coletivo, da ação civil pública, da ação popular, das ações de defesa do consumidor, do acesso à informação, do direito coletivo do trabalho, dentre outras.

2.1.2 Base constitucional das ações coletivas

A Constituição de 1988 acolheu a ação popular e a ação civil pública, erigindo-as em garantias fundamentais, instituiu o mandado de segurança coletivo e outorgou legitimação aos sindicatos e associações para a defesa dos interesses coletivos das respectivas categorias e para representação de seus associados ou dos interesses difusos, além de alargar sensivelmente as funções do Ministério Público na dinamização dos interesses sociais.

2.1.3 As ações coletivas de procedimento especial

A relevância das ações coletivas levou o legislador a disciplinar, separadamente, a maioria das suas modalidades, buscando dotá-las da mais ampla funcionalidade, criando

⁸¹ BECK, Ulrich. *La société du risque: sur la voie d'une autre modernité*. Paris: Aubier, 2002.

procedimentos especiais adequados aos objetivos perseguidos na ação popular, no mandado de segurança coletivo, na ação civil pública, embora deixando aberto o procedimento comum para outros tipos de pretensão coletiva. Os tópicos a seguir indicam o grau de efetividade em cada espécie de ação coletiva.

2.1.3.1 Ação popular

A ação popular (Art. 5º, LXXIII) é utilizável por “qualquer cidadão...que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência”.

Regulada pela Lei 4.717/65, serve, principalmente, ao objetivo da cidadania ativa, à participação de todos no controle da legalidade e da legitimidade dos atos da Administração Pública em suas diversas esferas. Tem como partes, de um lado, o autor-popular, legitimado em nome próprio, e, do outro, as entidades públicas ou privadas no âmbito das quais praticados os atos lesivos, as autoridades, funcionários ou administradores responsáveis pela autorização, aprovação, ratificação ou pela prática do ato impugnado (art. 6º). Os efeitos da sentença se irradiam generalizadamente, *erga omnes*, exceto se o pedido for julgado improcedente por deficiência de prova (coisa julgada *secundum eventum litis*, art. 18).

2.1.3.2 Mandado de segurança coletivo

O mandado de segurança coletivo (Art. 5º...LXX) “pode ser impetrado por partido político com representação no Congresso Nacional, organização sindical ou por entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados”, para impugnação de ato

de autoridade que viole ou ameace direito líquido e certo, conceito esse compreendido como a pretensão baseada em prova documental.

A sua disciplina é idêntica à do mandado de segurança individual (Lei 1.533/51), salvo quanto à legitimação ativa, conferida ao partido político, ao sindicato ou entidade de classe e à associação, para defesa de interesses coletivos ou individuais homogêneos ante lesão ou ameaça a direito fundado em fato suscetível de prova documental.

Os efeitos da sentença do mandado de segurança coletivo são ultrapartes, alcançando a entidade responsável pelo desfazimento do ato impugnado ou pela prática de certo ato que supra a omissão violadora do direito e beneficiando todas as pessoas envolvidas no feixe de relações jurídicas materiais.

2.1.3.3 Ação civil pública

A ação civil pública (CF, art. 129) é incluída dentre as funções institucionais do Ministério Público “ para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos”. Esse poderoso instrumento de defesa da sociedade fora criado pela Lei 7.347/85 e contempla: a)- ações de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente; b) - ações de responsabilidade por danos causados ao consumidor; c) - ações de responsabilidade por danos causados a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico; d) - ações de responsabilidade por danos causados a qualquer outro interesse difuso ou coletivo.

Tem a ação civil pública por objeto a proteção dos interesses coletivos, dos interesses difusos ou dos interesses individuais homogêneos.

O Código de Defesa do Consumidor faz a seguinte definição dos interesses coletivos: "transindividuais de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base" (CDC, art.

81,II) E, também, dos interesses difusos: "transindividuais de natureza indivisível de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato"(CDC, art. 81,I).

Em termos mais simples, a diferença entre o interesse difuso e o coletivo é que, no primeiro, a indivisibilidade recai sobre uma base sem titular e, no segundo, há a titularidade de uma entidade - o sindicato, por exemplo.

É possível, ainda, a utilização desse instrumento para defesa de interesses individuais homogêneos do consumidor, nos termos do art. 91 e seguintes da Lei 8.078, inclusive pelo Ministério Público.

O Código de Defesa do Consumidor elenca, não exaustivamente, as seguintes medidas destinadas ao atingimento, o mais próximo possível, da tutela específica :busca e apreensão, remoção de coisas e pessoas, desfazimento de obra, impedimento de atividade nociva, requisição de força policial, outras medidas necessárias e correlatas.

O Código de Processo Civil, art. 461, § 5º, também prevê as chamadas **astreintes**, exemplificando-as: “Para a efetivação da tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas necessárias, tais como a imposição de multa por tempo de atraso, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, se necessário com requisição de força policial”.

O caput do art. 461 estabelece: “Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento”.

Os efeitos da sentença na ação civil pública, para que se cumpra a finalidade da sua inserção no texto constitucional, devem ser os mais amplos possíveis, alcançando todos os envolvidos na situação de fato que caracterize os interesses difusos, na relação básica que

identifica os interesses coletivos, e nas relações jurídicas interligadas pelos interesses individuais homogêneos.

2.1.3.4 Desapropriação para fins de reforma agrária

A Constituição prevê a desapropriação do imóvel rural, por interesse social, para fins de reforma agrária no art. 184 e, no art. 189, trata da distribuição do bem mediante títulos de domínio ou de concessão de uso inegociáveis pelo prazo de dez anos.. Assim, a ação de desapropriação para fins de reforma agrária, disciplinada pela Lei Complementar nº 76/93, tem natureza coletiva, porque resolve conflitos de interesses transindividuais entre a entidade pública incumbida da execução do programa de reforma agrária, para futura distribuição de terras entre colonos, e os titulares de propriedade rural improdutiva. Logo no início do processo, dá-se a imissão da entidade autora na posse do imóvel e a ordem de averbação do ajuizamento da ação no registro do imóvel expropriando, para conhecimento de terceiros (LC76/93, art. 6º, I e III).

Os interesses dos futuros colonos na aquisição de lotes no imóvel expropriando exercem forte influência antes e no curso do processo de desapropriação. Assim, a área em que se registre conflito agrário, caracterizado por invasão de propriedade, não pode, nos dois anos subseqüentes, ser objeto de expropriação (Lei 8.629/93, art. 4º, § 6º).

Os efeitos da sentença na ação expropriatória para fins de reforma agrária serão **interpartes**, de modo direto, e **ultrapartes**, de modo reflexo, ou indireto, porque irão afetar os interessados no assentamento promovido pelo INCRA.

2.1.3.5 Ações de procedimento comum

Viabiliza-se ainda a legitimação das associações e dos sindicatos para a propositura de ações em geral para defesa de direitos coletivos ou individuais homogêneos, das respectivas categorias profissionais ou grupos, bem como para representação de seus associados (Arts. 5º XXI, e 8º).

De tais ações resultam sentenças com efeitos *interpartes*, *ultrapartes* e *erga omnes*, conforme o objetivo da tutela jurídica.

2.2 Legitimação coletiva e interesse de agir do Ministério Público, sindicatos e associações

A legitimação ativa para as ações coletivas não decorre, como nas ações individuais, da pertinência subjetiva da lide, da titularidade do direito material invocado, mas da atribuição de poderes, geralmente oriunda do texto constitucional, ao Ministério Público, aos sindicatos, entidades de classe e associações para defesa de interesses coletivos, difusos e individuais homogêneos.

O interesse de agir do Ministério Público liga-se à defesa dos direitos indisponíveis; o dos sindicatos à defesa dos interesses da categoria profissional; o das associações à defesa dos interesses comuns específicos.

A compreensão do papel do Ministério Público e dos órgãos intermediários de dinamização dos interesses sociais permite a solução das questões referentes à legitimação para a causa e ao interesse de agir nas ações coletivas. Nesse sentido, cite-se recente decisão do Supremo Tribunal Federal :

O Ministério Público possui legitimidade para propor ação civil pública com o fim de reduzir reajuste na tarifa de transporte coletivo. Com base nesse entendimento, o STF negou provimento a recurso extraordinário interposto pelo Município de Santos/SP em que se sustentava ofensa aos arts. 1º; 2º; 30; 34, VII, c e 129, todos da CF, sob alegação de ilegitimidade do parquet e afronta ao princípio federativo e à autonomia municipal. Considerou-se

presente o interesse difuso, porquanto caracterizada a sua natureza indivisível, bem como envolvidos segmentos indeterminados da sociedade. Asseverando tratar-se de relação de prestação de serviços, submetida ao Código de Defesa do Consumidor, e não de questão tributária, entendeu-se adequada a competência do Ministério Público (CF, art. 129, III). Ressaltou-se, ainda, que a autonomia municipal não obsta a preservação de direitos difusos. Precedentes citados: RE 195056/PR (DJU de 14.11.2003); RE 213631/MG (DJU de 7.4.2000); AI 491195 AgR/SC (DJU de 7.5.2004); RE 163231/SP (DJU de 29.6.2001); RE 379495/SP, rel. Min. Marco Aurélio, 11.10.2005. (RE-379495)⁸²

Vale lembrar, ainda, a competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios para proteção dos interesses públicos, conforme estabelecido no art. 23 da Constituição Federal:

I - zelar pela guarda da Constituição, das leis e das instituições democráticas e conservar o patrimônio público; II - cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência; III - proteger os documentos, as obras e outros bens de valor histórico, artístico e cultural, os monumentos, as paisagens naturais notáveis e os sítios arqueológicos; IV - impedir a evasão, a destruição e a descaracterização de obras de arte e de outros bens de valor histórico, artístico ou cultural; V - proporcionar os meios de acesso à cultura, à educação e à ciência; VI - proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas; VII - preservar as florestas, a fauna e a flora; VIII - fomentar a produção agropecuária e organizar o abastecimento alimentar; IX - promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico; X - combater as causas da pobreza e os fatores de marginalização, promovendo a integração social dos setores desfavorecidos; XI - registrar, acompanhar e fiscalizar as concessões de direitos de pesquisa e exploração de recursos hídricos e minerais em seus territórios; XII - estabelecer e implantar política de educação para a segurança do trânsito. Parágrafo único - Lei complementar fixará normas para a cooperação entre a União e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, tendo em vista o equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional.

Em relação a todos esses interesses públicos comuns à União, aos Estados e aos Municípios, coincidem as atribuições do Ministério Público Federal e de cada Ministério Público dos Estados e do Distrito Federal. Somente se identificará a competência da Justiça

⁸² No mesmo sentido: CONSTITUCIONAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. OFENSA À CONSTITUIÇÃO. MINISTÉRIO PÚBLICO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LEGITIMIDADE. I. - Somente a ofensa direta à Constituição autoriza a admissão do recurso extraordinário. No caso, o acórdão limita-se a interpretar normas infraconstitucionais. II. - Ao Judiciário cabe, no conflito de interesses, fazer valer a vontade concreta da lei, interpretando-a. Se, em tal operação, interpreta razoavelmente ou desarrazoadamente a lei, a questão fica no campo da legalidade, incorrendo o contencioso constitucional. III. - O Ministério Público tem legitimidade para propor ação civil pública, fundamentada em inconstitucionalidade de lei, na qual opera-se apenas o controle difuso ou incidenter tantum de constitucionalidade. Precedente. IV. - Agravo não provido (AI 497618 ED / SP, Rel. Min. Carlos Mário Velloso).

Federal ou da Justiça de determinado Estado, mediante avaliação do caso concreto. Sempre que intervier a União, suas autarquias ou empresas públicas, será competente a Justiça Federal, e, em consequência, prevalecerão as atribuições do Ministério Público Federal para promover a ação.

2.2.1. Pressupostos gerais e pressupostos específicos

Os pressupostos processuais são antecedentes necessários à existência e ao desenvolvimento válido do processo. “Pressuposto significa requisito que deve existir antes de um determinado ato para que desse ato advenha determinada consequência”⁸³, ensina Crisanto Mandrioli⁸⁴.

Nas ações coletivas, além dos pressupostos gerais, de existência – demanda dirigida a juízo legalmente investido e constitucionalmente competente – e de validade – partes capazes e devidamente representadas, juízo competente, inicial apta – devem ser observados os pressupostos específicos, fixados em lei. Assim, no mandado de segurança, é imprescindível a prova pré-constituída (documental); na ação popular, a qualidade de eleitor; nas ações promovidas pelas associações, a prova de existência da entidade há mais de um ano.

A Medida Provisória 2.180-35, de 24 de agosto de 2001, que já não poderia estar em vigor, porque incompatível com a ordem jurídica constitucional, que veda tal forma de legislação processual, prevê como pressupostos negativos para a ação civil pública a veiculação de “pretensões que envolvam tributos, contribuições previdenciárias, o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS ou outros fundos de natureza institucional cujos beneficiários podem ser individualmente determinados”⁸⁵.

⁸³ Tradução livre do original: “Pressuposto significa requisito che deve esistere prima di un determinato atto perché da quelláto discendano determinate consequenze”.

⁸⁴ MANDRIOLI, Crisanto. *Corso di Diritto Processuale Civile*. Turim: Giapichelli, 1987, p 41.

⁸⁵ Redação dada ao parágrafo único do art. 1º da Lei 7347/85.

O fato de os beneficiários da tutela jurisdicional coletiva serem determináveis não descaracteriza a ação coletiva, que não serve apenas à defesa dos interesses difusos, mas também dos interesses coletivos e dos direitos individuais homogêneos⁸⁶.

As entidades legitimadas constitucionalmente a defender, em nome próprio, direito alheio, independentemente da autorização prevista no inciso XXI do art. 5º, CF, são substitutos processuais (Calmon, 1089, p. 12), por isso o impedimento criado com a nova redação da Lei 7.347/85, art. 1º, pg. un. reveste-se de inconstitucionalidade substancial⁸⁷.

O cumprimento da sentença que estabeleça condenação de pagar quantia certa submete-se, a partir da vigência da Lei 11.232/06, ao disposto nos artigos 475-I e seguintes do Código de Processo Civil, não mais ensejando a instauração de um novo processo, mas a execução em sentido amplo.

A lei nova não contempla as hipóteses de liquidação e execução da sentença coletiva, em que, fixada a condenação genérica no processo de conhecimento, movido pelo substituto processual, abre-se a oportunidade de ação dos substituídos, para a quantificação dos danos individualmente sofridos e a correspondente reparação. No sistema antigo, abriam-se tantos processos de execução quantos fossem os credores individuais, precedidos da liquidação, geralmente em autos apartados. Hoje, a solução mais adequada é a de continuar-se a admitir a

⁸⁶ Sobre o assunto, discorre Calmon de Passos: "A democracia social, o welfare state, a sociedade de massa, o fenômeno da urbanização e das megalópolis, o perecimento da sociedade dos vizinhos e o nascer da sociedade da solidão das casas e do congestionamento das ruas, a socialização da agressão, que deixou de ser problema de alguns para se fazer preocupação de todos, a coletivização das carências, hoje igualmente compartilhadas por milhares de seres humanos, solidários no infortúnio e tão solidários na ventura, tudo isso levou à proteção jurídica de interesses, necessidades, carências que, permanecendo individuais, por dizerem respeito a pessoas bem caracterizadas, os Josés e as Marias da vida (e desse prisma são direitos individuais), por igual se revestem do caráter de interesses, necessidades, carências coletivas, porque compartilhadas em termos idênticos por uma série de pessoas, às vezes até insuscetíveis de determinação precisa.. CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Mandado de segurança coletivo, mandado de injunção, hábeas data: constituição e processo*. Rio de Janeiro: 1989, p. 10-11.

⁸⁷ Em meados do século passado, já advertia Couture: "...o interesse da coletividade não precede o interesse privado, mas se acha em plano idêntico ao deste. O Estado não detém no processo um interesse superior à soma dos interesses individuais. O que ocorre é que o processo serve ao direito comum um instrumento de criação vivificante, como uma constante renovação das soluções históricas forjadas no passado. O direito se realiza cada dia na jurisprudência. Satisfeito o interesse individual, resta ainda um abundante resíduo de interesses não individuais que ficaram satisfeitos" (Buenos Aires: 1976, p. 147).

instauração de novos processos (ações de cumprimento), vinculados embora ao mesmo título judicial, porque outros serão os sujeitos ativos.

2.2.2 Substituto processual e substituídos, nas ações coletivas

Manoel Severo Neto ensina que “o substituto processual, que não defende em juízo direito próprio, é titular do direito de ação e, nesses casos, ele se encontra legitimado apenas para defender o direito alheio, direito do substituído, ocupando uma legitimação unissubjetiva (parte formal), porque há uma descoincidência entre o titular do direito material e do direito de ação”⁸⁸.

Vale-se o coordenador do Mestrado em Direito da UNICAP das lições de Edmond Picard para demonstrar o fracionamento da relação jurídica de ação, que se desdobra em tantas relações quantas são as possibilidades de substituição, a saber:

- 1) Legitimação extraordinária autônoma, que enseja que se formem demandas entre partes que, de um ou ambos os lados da relação processual, nenhum vínculo têm com a situação jurídica material discutida. A esse fenômeno a doutrina tem dado o nome de substituição processual⁸⁹.
- 2) Legitimação extraordinária subordinada – intervenção do legitimado extraordinário como assistente
- 3) Legitimação extraordinária concorrente – admite-se a presença do legitimado ordinário e do substituto.

⁸⁸ SEVERO NETO, Manoel. *Substituição Processual*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002, p. 86.

⁸⁹ DANTAS, Marcelo Navarro. *Mandado de segurança coletivo: legitimação ativa*. São Paulo: Saraiva, 2000., p. 84.

2.2.3 A execução da sentença coletiva

Se a sentença na ação coletiva é líquida, mesmo assim surgirá a questão da legitimidade para a execução, que dependerá do tipo de legitimação para a causa. Em se tratando de legitimação extraordinária autônoma, será necessário verificar o conteúdo da relação jurídica material, para saber da titularidade do direito reconhecido. Quando se estiver diante de um interesse difuso, a única possibilidade de execução por quantia certa é a da indenização para o fundo de que trata a Lei nº 7.347/85. No caso de interesses coletivos, haverá legitimação concorrente, entre a entidade substituta (sindicato ou associação) e os associados, que a jurisprudência tem admitido⁹⁰.

A orientação dominante do STF já se havia definido quanto a não se exigir autorização expressa do associado, inclusive para a execução de sentença⁹¹. Em diversos outros acórdãos, há referência à caracterização de representação processual⁹².

⁹⁰ O Supremo Tribunal Federal concluiu o julgamento de uma série de recursos extraordinários nos quais se discutia sobre o âmbito de incidência do inciso III do art. 8º da CF/88 (ao sindicato cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais e administrativas;) — v. Informativos 84, 88, 330 e 409. O Tribunal, por maioria, na linha da orientação fixada no MI 347/SC (DJU de 8.4.94), no RE 202063/PR (DJU de 10.10.97) e no AI 153148 AgR/PR (DJU de 17.11.95), conheceu dos recursos e lhes deu provimento para reconhecer que o referido dispositivo assegura ampla legitimidade ativa *ad causam* dos sindicatos como substitutos processuais das categorias que representam na defesa de direitos e interesses coletivos ou individuais de seus integrantes. Vencidos, em parte, os Ministros Nelson Jobim, Cezar Peluso, Eros Grau, Gilmar Mendes e Ellen Gracie, que conheciam dos recursos e lhes davam parcial provimento, para restringir a legitimação do sindicato como substituto processual às hipóteses em que atuasse na defesa de direitos e interesses coletivos e individuais homogêneos de origem comum da categoria, mas apenas nos processos de conhecimento, asseverando que, para a liquidação e a execução da sentença prolatada nesses processos, a legitimação só seria possível mediante representação processual, com expressa autorização do trabalhador (RE 193503/SP, RE 193579/SP, RE 208983/SC, RE 210029/RS, RE 211874/RS, RE 213111/SP, RE 214668/ES, rel. orig. Min. Carlos Velloso, rel. p/ o acórdão Min. Joaquim Barbosa, 12.6.2006. (RE-193503) (RE-193579) (RE-208983) (RE-210029) (RE-211874) (RE-213111) (RE-214668)

⁹¹ Recurso extraordinário: descabimento: preclusão do fundamento infraconstitucional - limites subjetivos da coisa julgada - suficiente à manutenção do acórdão recorrido : incidência, *mutatis mutandis*, do princípio da Súmula 283. 2. Substituição processual: assente a jurisprudência do STF no sentido de que não se exige, em caso de substituição processual, a autorização expressa a que se refere o artigo 5º, XXI, da CF/88 (v.g. RE 193.382, Plenário, 28.06.1996, DJ 20.9.1996). No caso, não exigível a autorização expressa para a propositura da ação, não há que se fazer a exigência para a respectiva execução de sentença, bastando que a pretensão do exequente se compreenda no âmbito da eficácia subjetiva do título judicial executado. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE-AgR 436047 / PR , Relator Ministro Sepúlveda Pertence, DJ 13-05-2005 PP-00018).

⁹² Assim: Agravo regimental. Servidor público. 28,86%. ação **coletiva** substituição processual. liquidação e **execução** da sentença pelo sindicato. possibilidade. Representação processual. precedentes. I - As ações **coletivas** são reguladas pelas disposições constantes na Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985 - Lei da Ação Civil Pública, conforme previsão em seu artigo 1º. Contudo, não estando inserta, no referido diploma, qualquer disposição específica referente à **execução** das sentenças **coletivas** em direitos individuais homogêneos, tem incidência a regra do seu art. 21, que determina a aplicação subsidiária do Código de Defesa do Consumidor. II - Consoante

Legitimação concorrente haverá também para a liquidação da sentença coletiva que contenha condenação genérica, conforme previsto no art. 97, CDC, a despeito da posição majoritária da doutrina, no sentido de que somente os titulares do direito certificado estarão legitimados para a liquidação e a execução. A esse respeito, observa Leandro Aguiar:

Enfim, a noção fundamental que se deve ter sobre as duas modalidades de liquidação individual sob comento é que, conquanto precedidas por ação coletiva (no processo de conhecimento), elas em si não são demandas coletivas. Isso porque, na tutela de direitos individuais homogêneos, o tratamento de forma coletiva e indivisível desses interesses, via de regra, vai até a sentença de condenação genérica. A partir daí desaparecem aqueles fatores de ordem econômica, social e jurídica que justificam a defesa coletiva... de tal sorte que as múltiplas pretensões indenizatórias, perfeitamente individualizáveis, afloram e a tutela passa a ser individual, exceto na eventual quantificação da *fluid recovery*⁹³.

A liquidação da sentença genérica dependerá da liquidação por artigos, porque haverá sempre fato novo integrado à relação jurídica material entre o substituído, que não é parte formal na ação originária, e a parte ré. Ensina, a propósito, Teori Zavascki:

Havendo 'necessidade de alegar e provar fato novo', como prevê o art. 475-E do CPC, a liquidação da sentença genérica proferida na ação coletiva é típica liquidação por artigos...A teor do art. 475-F do CPC, 'na liquidação por artigos, observar-se-á, no que couber, o procedimento comum'⁹⁴.

previsão do art. 98 do Código de Defesa do Consumidor, as sentenças proferidas em ações **coletivas** visando à defesa de interesses individuais homogêneos podem ser liquidadas **coletiva** ou individualmente.. III - "A individualização da situação particular, bem assim a correspondente liquidação e **execução** dos valores devidos a cada um dos substituídos, se não compostas espontaneamente, serão objeto de ação própria (ação de cumprimento da sentença condenatória genérica), a ser promovida pelos interessados, ou pelo Sindicato, aqui em regime de representação" (REsp. nº 487.202- RJ, DJU de 24.05.04); IV. Legitimidade do Sindicato reconhecida; V- Agravo regimental desprovido (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp 774033 / RS ; AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL 2005/0135578-3, Relator Ministro FELIX FISCHER, Superior Tribunal de Justiça, Quinta Turma, DJ 20.03.2006 p. 348) Note-se que nas ações em que o sindicato representa os associados o Superior Tribunal de Justiça não exige sequer a relação dos substituídos: "...2. O Superior Tribunal de Justiça firmou compreensão segundo a qual o art. 3º da Lei 8.073/90, em consonância com o art. 5º, incs. XXI e LXX, da Constituição Federal, autorizam os sindicatos a representarem seus filiados em juízo, quer nas ações ordinárias, quer nas seguranças coletivas, ocorrendo a chamada substituição processual, razão pela qual se torna desnecessária a autorização expressa ou a relação nominal dos substituídos. Preliminar de ilegitimidade ativa rejeitada...(BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. MS 8704 / DF, Relator Ministro Arnaldo Esteves de Lima, Terceira Seção, DJ 10.04.2006 p. 119)

⁹³ AGUIAR, Leandro. Tutela coletiva de direitos individuais homogêneos e sua execução. São Paulo: Dialética, 2002, p. 62/63

⁹⁴ ZAVASCKI, Teori. Processo Coletivo. São Paulo: RT, 2006, p. 197

2.2.4. Competência do juízo – Justiça Federal, Justiça Comum, Justiça do Trabalho

A distribuição da competência constitucional sofreu alterações, introduzidas pela EC45, que podem assim ser resumidas:

- 1 – A homologação de sentença estrangeira e a concessão de exequatur às cartas rogatórias saíram da competência do STF e passaram à do STJ (art. 105, I, i) ;
- 2 - as ações contra o Conselho Nacional de Justiça e o Conselho Nacional do Ministério Público são da competência originária do Supremo Tribunal Federal;
- 3 – A competência recursal extraordinária foi acrescida de uma previsão que não guarda adequação à diretriz básica, com o permissivo referente à revisão da decisão de última ou única instância que julgar válida lei local contestada em face de lei federal. Nesse caso, haverá controle de legalidade, que normalmente caberia ao Superior Tribunal de Justiça, remanescendo a este o recurso especial quando o acórdão julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal;
- 4 – A competência recursal extraordinária é limitada pela exigência de repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, como condição de admissibilidade;
- 5 – A Justiça Federal assumiu competência excepcional para o julgamento das causas em que é argüida grave violação aos direitos humanos, desde que o Superior Tribunal de Justiça acolha representação do Procurador Geral da República pelo deslocamento de competência (art. 109, V e seu parágrafo 5º);
- 6 – A Justiça do Trabalho teve ampliada a sua competência, passando a conhecer das ações de indenização por dano moral ou patrimonial, decorrentes da relação de trabalho; das ações decorrentes do exercício do direito de greve, as relativas à representação sindical, o mandado de segurança, o habeas corpus e o habeas data que envolvam matéria de sua competência, as ações relativas às penalidades administrativas impostas aos empregadores

pelos órgãos de fiscalização das relações de trabalho e a execução, de ofício, das contribuições sociais previstas no art. 195, I, a, e II, e seus acréscimos legais, decorrentes das sentenças que proferir.

Viabiliza-se, assim, o ajuizamento de ação civil pública na Justiça do Trabalho, sempre que o objeto da causa decorrer de relação de trabalho.

2.2.4.1 A competência do juízo local para a ação civil pública

A Lei 7.347/85, art. 2º, estabelece a competência do foro do local onde ocorrer o dano para processar a ação civil pública. Sobre o assunto, discorre Cândido Rangel Dinamarco:

[...Mais técnico, o Código de Defesa do Consumidor dita a competência do foro do lugar onde ocorreu ou deva ocorrer o dano (art. 93, inc. I)].[O Código de Defesa do Consumidor prevê as hipóteses de dano regional ou nacional, ditando para elas a competência do foro da Capital do Estado ou do Distrito Federal (CDC, art. 93, inc. II). Apesar da pouca explicitude do texto, entende-se que a competência só será da Capital do Estado quando os danos a evitar ou reparar extrapolem os limites de uma comarca e cheguem a atingir toda uma região significativa pelo ponto de vista econômico, social ou cultural; seria insensato deslocar a competência para a Capital quando se tratasse de danos bem localizados em poucas comarcas, sem atingir verdadeiramente uma região – caso em que prevalecerão as regras ordinárias] [...Do mesmo modo, só se terá um dano nacional quando significativa extensão do território do país tiver sido atingida, envolvendo-se significativamente mais de uma unidade federada} {Faltaria uma relação de equilibrada proporcionalidade entre a ocorrência de um pequeno dano em dois pequenos municípios de um sertão distante, situados em dois Estados diferentes, e a remessa do litígio à Capital Federal. Manda a inteligência que todos os juízos humanos, notadamente os jurídicos, sejam comandados pelo critério da razoabilidade (el logo de lo razonable)]⁹⁵.

É preciso, pois, atentar para a natureza e a extensão do conflito, para saber qual o juízo competente para a causa, que tanto pode ser o juiz de direito do lugar onde ocorreu o dano, ou um dos juízes de direito da área atingida, quando abranger mais de uma comarca, ou o juiz federal, caso se trate de causa que envolva a União, suas autarquias ou empresas

⁹⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de Direito Processual Civil. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 561.

públicas, ou até mesmo o Supremo Tribunal Federal, na hipótese, por exemplo, de conflito entre a União e os Estados ou entre uns e outros, inclusive as entidades da administração indireta (CF, art. 102, I, f). Recentemente, o STF acolheu reclamação ante decisão do juiz federal da 14ª. Vara do Distrito Federal, que concedeu liminar para suspensão de licenciamento ambiental para transposição do Rio São Francisco, ao entendimento de que havia conflito entre órgãos da União e dos Estados da Bahia e de Sergipe⁹⁶.

Outra decisão recente do Supremo Tribunal Federal a respeito da competência para a ação civil pública é a declaração de inconstitucionalidade das disposições dos parágrafos 1º e 2º do art. 84, CPP, com a redação dada pela Lei 10.628/02. ADI 2797⁹⁷. Assim, as ações de improbidade contra ex-ocupantes de cargos públicos que tinham prerrogativa de foro retornam à competência do juízo de primeiro grau.

2.2.4.2 A definição preventiva de competência pelo STJ

Integra o projeto de emenda constitucional aprovado pelo Senado Federal e encaminhado à reapreciação pela Câmara proposta de inserção do parágrafo 2º ao artigo 105 da Constituição Federal, para transferir ao Superior Tribunal de Justiça a competência para definir o alcance territorial das decisões proferidas nas ações civis públicas e nas propostas por entidades associativas na defesa dos direitos de seus associados, representados ou substituídos, quando a abrangência da lesão ultrapassar a jurisdição de diferentes Tribunais Regionais Federais ou de Tribunais de Justiça dos Estados ou do Distrito Federal ou Territórios.

⁹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal .Reclamação 3074, 4.8.05, Rel. Min. Sepúlveda Pertence.

⁹⁷ decisão está assim registrada: “o tribunal, por maioria, julgou procedente a ação, nos termos do voto do relator, para declarar a inconstitucionalidade da lei nº 10.628, de 24 de dezembro de 2002, que acresceu os §§ 1º e 2º ao artigo 84 do código de processo penal, vencidos os senhores ministros Eros Grau, Gilmar Mendes e a presidente. ausente, justificadamente, neste julgamento, o senhor ministro Nelson Jobim (presidente). Presidiu o julgamento a senhora ministra Ellen Gracie (vice-presidente). Plenário, 15.09.2005..”

A alteração resultaria numa desnecessária perda de tempo com a intervenção obrigatória do Superior Tribunal de Justiça em tais causas, quando, atualmente, sempre é possível suscitar conflito de competência ou questionar a competência do juízo pelas vias ordinárias, muitas vezes sem que a questão tenha que ser examinada pelo tribunal superior.

2.3 A sentença nas ações coletivas

Nas ações individuais, a sentença produz efeitos diretos em relação às partes (art. 472), inclusive os terceiros intervenientes (arts. 56 a 80), ao Ministério Público e ao assistente (art. 55, que prevê a submissão deste à justiça da decisão). São relevantes, contudo, os efeitos reflexos, que decorrem da autoridade da decisão, e atingem a todos que, por se encontrarem numa sociedade organizada, devem obediência aos preceitos concretizados pelo Estado-Juiz. Assim, por exemplo, se alguém está vinculado, por uma relação acessória, àquela que foi objeto da sentença, não deixará de ser alcançado pela sua eficácia, embora não esteja submetido à qualidade específica da imutabilidade, da coisa julgada.

Já nas ações coletivas, é da própria natureza da sua regulação, a eficácia geral, seja *ultrapartes*, seja *erga omnes*, inclusive quanto à autoridade da coisa julgada, ressalvada a hipótese da declaração de improcedência do pedido por insuficiência de prova.

São limites objetivos da sentença o dispositivo, adequado ao pedido e considerada a fundamentação, admitindo-se a sentença genérica (CDC, art. 95), a submeter-se a liquidação.

2.3.1 Extensão territorial da tutela coletiva.

A MP1570/97, convertida na Lei 9494/97, art. 3º, modificou o artigo 16 da Lei 7347/85, estabelecendo eficácia territorial limitada à sentença na ação civil pública⁹⁸.

Tem-se, nesse dispositivo, um exemplo de norma ineficaz, o que, segundo Freire e Silva, “restou patente pela posição coerente e ponderada de nossos Tribunais que optaram, na sua maioria, em não aplicar a alteração trazida ao artigo 16 da Lei da Ação Civil Pública”⁹⁹.

A limitação territorial da eficácia da sentença na ação coletiva é incompatível com as disposições constitucionais de proteção do meio ambiente, da moralidade administrativa, da proteção dos patrimônios público, artístico e cultural e, também, com o princípio da unidade de jurisdição. Tomem-se por base as seguintes situações:

- a) na Lei antitruste, dispõe o art. 64: “A execução das decisões do Cade será promovida na Justiça Federal do Distrito Federal ou da sede ou domicílio do executado, à escolha do Cadê” Adiante, no art 66: “Em razão da gravidade da infração da ordem econômica, e havendo fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, ainda que tenha havido o depósito das multas e prestação de caução, poderá o Juiz determinar a adoção imediata, no todo ou em parte, das providências contidas no título executivo”.

Como conciliar tais disposições com a regra da limitação territorial da coisa julgada na ação civil pública? Aplicar o art. 16 da Lei 9494/97 implicaria total anarquia, com a proliferação de ações e sentenças sobre o mesmo objeto.

⁹⁸ A sentença civil fará coisa julgada erga omnes, nos limites da competência territorial do órgão prolator, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova.. (Redação dada pela Lei nº 9.494, de 10.9.1997)

⁹⁹ FREIRE E SILVA, Bruno. A Ineficácia da tentativa de limitação territorial dos efeitos da coisa julgada na ação civil pública. In: *Processo Civil Coletivo*. São Paulo: Quartier Latien, 2005, p. 45. No mesmo sentido, Hugo Mazzilli: “...é inócua a restrição...no sentido de que a imutabilidade do decisum ficaria restrita...pois que, nas ações de natureza coletiva que envolvam danos regionais ou nacionais, a competência do juiz prolator abrangerá todo o território da lesão (art. 93 do CDC, aplicável à defesa de qualquer interesse transindividual, referente ou não ao consumidor..... MAZZILLI, Hugo Nigri. *Defesa dos interesses difusos em juízo*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 327).

b) No direito à informação, a Constituição Federal art. 5º - XIV, estabelece: “É assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional . O art. 220 complementa: “A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição”. E, logo, nos §§ 1º e 2º :.Nenhuma lei conterà dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV, “É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística”.

O parágrafo 3º do art. 220, CF, prevê a edição de lei federal para “estabelecer os meios legais que garantam à pessoa e à família a possibilidade de se defenderem de programas ou programações de rádio e televisão que contrariem o disposto no art. 221, bem como da propaganda de produtos, práticas e serviços que possam ser nocivos à saúde e ao meio ambiente”¹⁰⁰.

Seria inteiramente despropositado imaginar, numa época marcada pela atuação das redes nacionais e até internacionais de televisão, a obrigatoriedade do deslocamento do beneficiário da proteção constitucional ao foro da produção das imagens para defender o direito à informação e a obtenção de uma sentença válida apenas no âmbito territorial do Juízo da sede da empresa ré.¹⁰¹

¹⁰⁰ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de Direito Processual*. São Paulo: Saraiva, 2004, oitava série, p.267/4.

¹⁰¹ Prova de que os membros do Ministério Público, os juízes e tribunais não dão a menor importância ao dispositivo comentado é a notícia publicada na Folha de São Paulo, 18.10.05: As emissoras de TV Rede Globo e Gazeta têm até o próximo dia 20 de outubro para retirarem do ar alguns quadros dos seus respectivos programas, *Zorra Total* e *Sérgio Mallandro*. A recomendação é do Ministério Público Federal que acusa tais programas de promoverem homofobia. A decisão foi tomada pela procuradora regional dos direitos humanos no Distrito Federal, Livia Tinôco, que, no último dia 10, encaminhou às emissoras um documento que pede que sejam retirados do ar os "quadros que incorram na prática de discriminação por orientação sexual" contra a comunidade homossexual. Além disso, Tinôco deu um prazo de dez dias para eles cumprirem a recomendação, assim como também abrirem espaço em programas para esses grupos se manifestarem, durante três meses.

Quando um tribunal resolve aplicar essa norma ineficaz, surgem perplexidades como as refletidas nos julgamentos de apelações em causas nas quais a Federação das Associações de Aposentados dos Correios, sediada no Recife, defende direitos individuais homogêneos dos seus associados. Numa das sessões da 2ª. Turma, votei pela extensão nacional da decisão, por se tratar de Federação de âmbito nacional. O segundo julgador votou pela extensão regional, coincidente com a competência do Tribunal; e o terceiro pela extensão estadual, por ter sido a sentença proferida por juiz federal competente apenas no Estado de Pernambuco. Seguiram-se, então, embargos de declaração, e outros incidentes¹⁰².

Têm-se, nesses casos, decisões conflitantes com a orientação do próprio Tribunal Regional Federal da 5ª. Região, do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, com aplicação de uma norma que conduz, na hipótese de tutela coletiva, a resultados ilógicos.

Poderia a lei ordinária obstar a proteção do meio ambiente, ou reduzir a eficácia da ação civil pública, do mandado de segurança coletivo ou da ação popular? Estou certo de que não, e invoco a lição de Lourival Vilanova:

Num sistema social como o do direito, há relações de causalidade, conferindo ordem ao sistema. Sem tal ordem, não seria sistema, mas uma desconexão, um tal desvinculo entre os elementos do sistema que este se desfaria numa justaposição causal, num caos¹⁰³

Recentemente, o Superior Tribunal de Justiça se defrontou com conflito de competência em ações civis públicas relacionadas com a anulação de jogos do campeonato brasileiro de futebol apitados por árbitro que confessou publicamente ter agido de modo a

¹⁰² BRASIL. Tribunal Regional Federal/5ª. Rel. Des. Paulo Roberto de Oliveira Lima, 2ª. Turma. A FAACO, na qualidade de associação, possui legitimidade ativa para substituir seus associados na tutela coletiva de seus direitos. Sempre que estiver em questão a defesa de interesses coletivos *lato sensu*, além de outros legitimados elencados em lei, as associações terão legitimidade para agir, atendidas às condições também previstas em lei. Os efeitos do acórdão recorrido restringem-se aos substituídos domiciliados na seção judiciária a qual pertence o Juiz prolator da decisão, *in casu*, a Seção Judiciária de Pernambuco. Inexistem omissão e contradição quanto a limitação da legitimidade ativa da FAACO, face o Magistrado não estar adstrito aos fundamentos invocados pelos litigantes, nem tampouco estar obrigado a responder a todas as suas alegações, quando presentes razões suficientes para embasar o seu julgado. 04. Embargos de declaração improvidos..

¹⁰³ VILANOVA, Lourival. *Causalidade e relação no Direito*. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 8.

fraudar os resultados. Uma das ações foi proposta em Porto Alegre, outra no Rio de Janeiro. A relatora, Ministra Nancy Andrichi, não atribuiu qualquer relevância à possível limitação dos efeitos das decisões, mas tão somente à possibilidade de decisões dispares (CC57062).

2.4 A nova sistemática de execução

A Lei 11.232, de 22 de dezembro de 2005, publicada no Diário Oficial do dia 23 de dezembro, introduz nova sistemática de execução de sentença, promovendo a integração entre os processos de conhecimento e de execução. No seu artigo 1º, o novo diploma revela preocupação semântica, ao alterar o §1º do art. 162 e os arts. 267, 269 e 463, para tentar eliminar a inconsistência lógica da caracterização da sentença como =ato pelo qual o juiz põe termo ao processo, decidindo ou não o mérito da causa'. O motivo principal da alteração é evidenciar que, uma vez proferida a sentença de conhecimento, e mesmo após o trânsito em julgado, prossegue o feito, para o seu cumprimento.

O novo critério escolhido pelo legislador é a remissão às hipóteses dos arts. 267 e 269, nas quais se afirma que a sentença (ato do juiz de primeiro grau) extingue o processo (o que foi mantido na nova redação do art. 267), quando apenas tende a extingui-lo, se não houver recurso. Mantém-se a incongruência, sem qualquer efeito prático, porque a doutrina de há muito esclarecera o conteúdo de tais dispositivos: a sentença, terminativa (art. 267) ou definitiva (art. 269,) implica a extinção do processo, desde que não impugnada.

São causas de extinção sem julgamento de mérito: 1- o indeferimento da inicial; 2 – a paralisação do feito por mais de um ano, por negligência do autor (o CPC refere-se à negligência das partes, mas, quando o ato depende da iniciativa do réu, tal consequência não lhe poderia ser mais benéfica, por isso se dará o prosseguimento, e não a extinção); 3 – por abandono da causa pelo autor, com omissão da prática de atos ou diligências por mais de trinta dias; 4 – por falta de pressuposto processual; 5 – em razão da perempção, litispendência

ou coisa julgada; 6 – por falta de uma das condições da ação; 7 – pela convenção de arbitragem; 8 – pela desistência; 9 – pela intransmissibilidade do direito de ação; 10 – por confusão entre os direitos invocados pelo autor e os do réu; 11 – nos demais casos previstos no CPC (ex. o ajuizamento de ação idêntica sem o depósito dos honorários e das custas a que fora o autor condenado na sentença terminativa anterior, a falta de citação dos litisconsortes necessários, art. 47, parágrafo único).

Diz o art. 269, em sua nova redação, que haverá resolução de mérito quando: 1 – acolhido ou rejeitado o pedido do autor; 2 – com o reconhecimento, pelo réu, da procedência do pedido; 3 – as partes celebrarem transação; 4 – for pronunciada a decadência ou a prescrição; 4 – o autor renunciar ao direito em que se funda a ação. Como decorrência da nova sistemática da execução de sentença, ao acolher a impugnação de que trata o art. 475-L, o juiz proferirá sentença de mérito.

2.4.1 A atividade judicial posterior à sentença

Outra modificação do art. 1º da Lei 11.232 consiste em especificar que o juiz, publicada a sentença, só poderá alterá-la para corrigir erro material, erro de cálculo ou mediante embargos de declaração. A antiga redação referia-se ao esgotamento do ofício, com a sentença de mérito, o que não corresponde, por inteiro, à realidade, porque o magistrado prosseguirá atuando no feito, seja para adotar medidas urgentes, seja para receber apelação, indicar seus efeitos e processá-la.

2.4.2 A sentença adjudicatória

No art. 2º, cuida a Lei 11.232 da sentença de natureza adjudicatória ou constitutiva, acrescentando três dispositivos, indicados pelas letras A, B e C, ao artigo 466, que trata da

eficácia constitutiva da sentença para instituição da hipoteca judiciária e, agora, também produzirá a declaração de vontade omitida ou negada pela parte vencida. Nas letras A e B, cuida-se da efetivação da obrigação de emitir declaração de vontade e de conclusão de contrato. Na letra C, verdadeira hipótese de norma processual material, faz-se remissão à exceção do contrato não cumprido. O juiz não acolherá o pedido de transferência da propriedade quando o autor não tenha cumprido a prestação que lhe cabia. Ficam revogados os arts. 639, 640 e 641, que tratavam da mesma matéria.

Trata-se, assim, com maior clareza da imediata produção de efeitos da sentença constitutiva.

2.4.3 Relativização excessiva da coisa julgada.

A Lei 11.232 introduz no CPC o art. 475-L, com o parágrafo 1º, que reproduz o atual parágrafo único do art. 741, considerando inexigível o título judicial fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, ou em aplicação ou interpretação tidas por incompatíveis com a Constituição Federal pelo Supremo Tribunal Federal.

Em boa doutrina, título inexigível é o que está sujeito a termo ou condição, ou a contraprestação¹⁰⁴. Infelizmente, o Poder Legislativo acolheu parte do monturo produzido pela Medida Provisória 2.180-35, de 24 de agosto de 2001, que vem desgastar fortemente a efetividade da sentença transitada em julgado. Em última análise, a atividade jurisdicional perde o seu característico fundamental, a tendência à imutabilidade. No dizer de Scarpinella,

¹⁰⁴ GRECO Filho, Vicente. *Direito Processual Civil Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2003, 3º vol, p. 115

“esta hipótese de ‘inexigibilidade de título’, tal qual criada, é...mais poderosa que qualquer ação rescisória jamais concebida pelo direito nacional”¹⁰⁵.

A chamada relativização da coisa julgada atinge o grau extremo, que implica possibilitar sempre a rediscussão da justiça da decisão, sob a ótica da constitucionalidade. Assim, a qualquer tempo, a parte poderá opor-se à execução da sentença, mediante impugnação ou até mesmo utilizando exceção de pré-executividade, porque geralmente se cuidará de matéria exclusivamente de direito, a pretexto de arguir a incompatibilidade do fundamento do título judicial com interpretação dada pelo Supremo Tribunal Federal.

Sendo assim, toda e qualquer ação tem natureza coletiva, porque, chegando ao Supremo Tribunal Federal, poderá resultar numa interpretação que terá eficácia *erga omnes* e poderá ser usada por terceiro, em outra ação encerrada, com sentença trânsita em julgado, para impedir-lhe a execução. A leitura do dispositivo dá margem a entender-se como passível de aplicação para caracterizar a inexigibilidade do título judicial a declaração em ação direta ou indireta. A inovação faz lembrar o Governo imaginado por George Orwell em “1984”. O Ministério da Paz, para fazer a guerra, o Ministério da Segurança, para promover a invasão da privacidade de toda a população e daí por diante.

É que o projeto recém-aprovado faz parte do elenco de medidas legislativas destinadas a dar melhor produtividade, agilidade e efetividade ao Poder Judiciário. Ora, a eternização do conflito, pela brecha dos embargos de inconstitucionalidade, é tudo o que não se poderia esperar da anunciada reforma.

O Supremo Tribunal Federal admitiu a validade e eficácia da norma, no seguinte precedente:

A decisão de mérito proferida em ação direta de inconstitucionalidade tem efeito vinculante e *erga omnes*, portanto, em decorrência desse julgamento, ao juízo da execução cumprirá, no ponto, assentar a inexigibilidade do título

¹⁰⁵ BUENO, Cássio Scarpinnella. A nova etapa da reforma do Código de Processo Civil. São Paulo: Saraiva, 2006, vol. II, p. 111.

judicial (CPC, artigo 741, parágrafo único). Agravo regimental a que se nega provimento¹⁰⁶.

A justificativa da inexigibilidade é, portanto, o efeito vinculante e erga omnes da declaração direta de inconstitucionalidade ou de constitucionalidade, por isso que a interpretação da regra do parágrafo único do art. 741 tem que limitar a sua abrangência ao controle direto de constitucionalidade, sob pena de eliminar a proteção da coisa julgada.

O Ministro Teori Zavascki procurou, em voto acolhido por unanimidade pela Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, estabelecer critérios para incidência da regra do parágrafo único do art. 741¹⁰⁷.

A opção do legislador, creio, choca-se com a proteção à coisa julgada (CF, art. 5º, XXXVI), porque retira a qualidade de imutabilidade da sentença, no seu dispositivo, fazendo sobrepor-se a comparação de fundamentos, em face da Constituição, como causa impeditiva

¹⁰⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AI-AgR 481990 / SP, Relator Ministro Eros Grau, DJ de 8.4.2005, p. 18

¹⁰⁷ Diz a ementa do acordo: O parágrafo único do art. 741 do CPC, buscando solucionar específico conflito entre os princípios da coisa julgada e da supremacia da Constituição, agregou ao sistema de processo um mecanismo com eficácia rescisória de sentenças inconstitucionais. Sua utilização, contudo, não tem caráter universal, sendo restrita às sentenças fundadas em norma inconstitucional, assim consideraras as que (a) aplicaram norma inconstitucional (1ª parte do dispositivo), ou (b) aplicaram norma em situação tida por inconstitucional ou, ainda, (c) aplicaram norma com um sentido tido por inconstitucional (2ª parte do dispositivo). 2. Indispensável, em qualquer caso, que a inconstitucionalidade tenha sido reconhecida em precedente do STF, em controle concentrado ou difuso (independentemente de resolução do Senado), mediante (a) declaração de inconstitucionalidade com redução de texto (1ª parte do dispositivo), ou (b) mediante declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto ou, ainda, (c) mediante interpretação conforme a Constituição (2a parte). 3. Estão fora do âmbito material dos referidos embargos, portanto, todas as demais hipóteses de sentenças inconstitucionais, ainda que tenham decidido em sentido diverso da orientação do STF, como, v.g, as que a) deixaram de aplicar norma declarada constitucional (ainda que em controle concentrado), b) aplicaram dispositivo da Constituição que o STF considerou sem auto-aplicabilidade, c) deixaram de aplicar dispositivo da Constituição que o STF considerou auto-aplicável, d) aplicaram preceito normativo que o STF considerou revogado ou não recepcionado, deixando de aplicar ao caso a norma revogadora. 4. Também estão fora do alcance do parágrafo único do art. 741 do CPC as sentenças, ainda que eivadas da inconstitucionalidade nele referida, cujo trânsito em julgado tenha ocorrido em data anterior à da sua vigência. 5. O dispositivo, todavia, pode ser invocado para inibir o cumprimento de sentenças executivas lato sensu, às quais tem aplicação subsidiária por força do art. 744 do CPC. 6. Á luz dessas premissas, não se comportam no âmbito normativo do art. 741, parágrafo único, do CPC, as sentenças que tenham reconhecido o direito a diferenças de correção monetária das contas do FGTS, contrariando o precedente do STF a respeito (RE 226.855-7, Min. Moreira Alves, RTJ 174:916-1006). É que, para reconhecer legítima, nos meses que indicou, a incidência da correção monetária pelos índices aplicados pela gestora do Fundo (a Caixa Econômica Federal), o STF não declarou a inconstitucionalidade de qualquer norma, nem mesmo mediante as técnicas de interpretação conforme a Constituição ou sem redução de texto. Resolveu, isto sim, uma questão de direito intertemporal (a de saber qual das normas infraconstitucionais - a antiga ou a nova - deveria ser aplicada para calcular a correção monetária das contas do FGTS nos citados meses) e a deliberação tomada se fez com base na aplicação direta de normas constitucionais, nomeadamente a que trata da irretroatividade da lei, em garantia do direito adquirido (art. 5º, XXXVI). 7. Recurso a que se nega provimento. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 720953, Relator Min. Teori Zavascki.

da sua eficácia. Curioso é que o legislador utiliza o art. 475, que trata da ineficácia da sentença sujeita a duplo grau de jurisdição, para disciplinar toda a execução de sentença, o que deixa pista da ideologia autoritária em que se inspirou. Convém, por isso, recordar a advertência de Hannah Arendt:

Pois em qualquer ditadura, quanto mais numa ditadura totalitária, o número relativamente pequeno de homens capazes de tomar decisões – que num governo normal ainda podem ser nomeados – encolhe para Um, enquanto todas as instituições e órgãos que começam a controlar ou ratificam a decisão executiva são abolidos¹⁰⁸.

Existe em marcha, no Brasil, um processo de concentração de poderes nos tribunais superiores, especialmente o Supremo Tribunal Federal, com o esvaziamento da eficácia das decisões das instâncias ordinárias. O grau máximo de totalização de poder do STF está no texto do atual parágrafo único do art. 741, CPC, convertido no parágrafo 1º do art. 475-L, porque a interpretação da lei pela Corte Maior passa a ter eficácia geral e retroativa, servindo de fundamento para desconstituir sentenças com trânsito em julgado.

Enrico Tulio Liebman¹⁰⁹ sustentou que a coisa julgada, diferentemente do que havia afirmado Chiovenda, não era um efeito da sentença não mais sujeita a recurso, e sim uma qualidade, a autoridade que a faria revestir-se de imutabilidade. Paulo Roberto de Oliveira Lima¹¹⁰ buscou adequar os ensinamentos dos mestres italianos ao Direito Positivo brasileiro e atualizá-los ante a nova realidade social, tornando-se precursor da tendência da relativização do instituto, mas sugere como solução legislativa, para a hipótese da sentença inconstitucional, a ação revisional. Ao jurista não poderia surgir cogitação que conduzisse ao resultado da inexigibilidade pura e simples da sentença trânsita em julgado, sem prévio acerto.

¹⁰⁸ ARENDT, Hanna. *Responsabilidade e julgamento*. Trad. Rosaura Eichenberg. São Paulo: Companhia das Letras, 2004, p. 92.

¹⁰⁹ LIEBMAN, Enrico Tulio. *Eficácia e autoridade da sentença*. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

¹¹⁰ LIMA, Paulo Roberto de Oliveira Lima. *Contribuição à Teoria da Coisa Julgada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.

Revela-se, ainda, a tendência de enfraquecimento do Judiciário na criação, pela MP 2.180-35, do pedido dirigido ao presidente do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal, para atacar decisão do Tribunal de Justiça ou do Tribunal Regional Federal que houver denegado a suspensão de decisão considerada lesiva à ordem pública, à saúde ou à economia pública, e na contínua ampliação das hipóteses de cabimento de reclamação ao Supremo Tribunal Federal por descumprimento de suas decisões.

Recentemente, o STF, por maioria, julgou procedente reclamação ajuizada contra tutela antecipada concedida por juiz federal de seção judiciária de São Paulo, que suspendera a aplicação do art. 1º da Medida Provisória 14/2001, convertida na Lei 10.438/2002. Salientou-se, inicialmente, a existência de ação direta em que se objetiva a declaração da inconstitucionalidade da citada lei e de que a ação civil pública em questão — em que se impugna a validade de encargo tarifário (seguro antiapagão) — fora proposta antes da conversão e do ajuizamento dessa ADI. Entendeu-se que a decisão impugnada usurpou a competência privativa do Supremo para julgar ação direta de inconstitucionalidade que tenha como parâmetro a Constituição Federal, uma vez que, no caso, a ação civil é proposta contra a União e a ANEEL, e a declaração de inconstitucionalidade com efeitos erga omnes é posta como o próprio objeto do pedido e não como causa de pedir. Vencido o Min. Marco Aurélio, que não reconhecia a usurpação da competência da Corte por considerar que o pronunciamento, afastando a incidência da lei, seria restrito e indispensável à acolhida da medida acauteladora. Reclamação julgada procedente para cassar a medida liminar concedida, declarar a incompetência do reclamado e determinar o arquivamento da ação civil pública¹¹¹.

Em contrapartida, o Superior Tribunal de Justiça, pela Primeira Seção, decidiu que não cabe reclamação contra sentença que, analisando o mérito, diverge de decisão anterior do Superior Tribunal de Justiça (STJ) dada em relação à tutela antecipada no mesmo processo.

¹¹¹ Precedentes citados: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Rcl 1017/SP (DJU de 3.6.2005). Rcl 2224/SP, rel Min. Sepúlveda Pertence, 26.10.2005. (Rcl-2224)

O entendimento é da Primeira Seção do STJ, que negou o pedido do Estado do Maranhão em ação relacionada ao pagamento de Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS).

A tutela antecipada fora confirmada pelo Tribunal de Justiça local, mas o STJ não aceitou a decisão concessiva, invalidando-a. Posteriormente, proferida a sentença de mérito em favor do contribuinte, o Estado do Maranhão sustentou estar violada a jurisdição do STJ.

Segundo a ministra Eliana Calmon, há "uma corrente minoritária nesta Corte, inclusive com recente julgado da Segunda Turma, que se filia à teoria da hierarquia e entende não poder o julgador revogar, expressa ou tacitamente, uma medida adotada pelo Tribunal, mesmo em juízo exauriente e de mérito, como o que ocorreu na hipótese."

"[Contudo] o meu entendimento é no sentido de não aceitar a manutenção de uma tutela antecipada outorgada pelo Tribunal, se ela está em desacordo com a sentença de mérito proferida pelo juiz de primeiro grau", concluiu a relatora.

2.4.4 Efeito devolutivo da impugnação

As alterações introduzidas no Código de Processo Civil pela Lei 11.232/2005 constituem relevante evolução na tutela judicial do crédito, buscando a eficácia que consta dos arts. 230.1, 230.2 e 321.1-4 do Código de Processo Civil, Modelo para a América Latina¹¹². A atribuição de efeito meramente devolutivo à impugnação oferecida pelo devedor, estabelecida no art. 475-M, ressalvada a relevância dos fundamentos é, sem dúvida, um avanço, em relação à previsão de suspensividade dos embargos do devedor, na sistemática hoje destinada aos títulos executivos extrajudiciais e à execução contra a Fazenda Pública.

¹¹² Sobre o assunto, consulte-se Darci Guimarães Ribeiro. *La Tutela Judicial del Credito em elCodigo Procesal Civil Modelo para Ibero-America*. Disponível em www.direito.unisinos.br/~darci/arquivos/LA_TUTELA_JUDICIAL_DEL_CREDITO_EN_EL_CoDIGO_PROCESA. Acesso em: 22.6.2006.

Maior amplitude teria a reforma, tornando bem mais rápido o cumprimento da sentença, se adotasse a sistemática utilizada, em 2003, pelo legislador português, retirando do magistrado e incumbindo ao escrivão ou ao oficial de justiça a prática da maior parte dos atos de impulso da execução, inclusive a ordem de penhora. Em Portugal, somente nas hipóteses de penhora de depósitos bancários ou de valores imobiliários e no julgamento da impugnação do devedor é que há intervenção judicial. Nos demais casos, o procedimento se desenvolve perante o agente de execução, funcionário cujas atribuições se inspiram no officier de justice do Direito Francês¹¹³. Essa é a orientação da reforma chilena do procedimento em matéria de proteção de menores e da mulher, criando em cada juízo de família uma unidade de cumprimento de sentenças.

Conclui-se, pelo exposto nos itens acima:

- 1 - o ato judicial, além dos efeitos diretos sobre as partes, irradia efeitos reflexos, quanto a relações jurídicas conexas e consequências que podem atingir terceiros, indiscriminadamente, inclusive porque é suscetível de aplicação generalizada, quando venha a gerar jurisprudência dominante de tribunal, súmula ou jurisprudência de tribunal superior (art. 557, CPC)e, com carga mais intensa, súmula vinculante do Supremo Tribunal Federal;
- 2 – os efeitos ultra partes ou erga omnes da sentença proferida em ação coletiva não podem ser limitados territorialmente, sob pena de conflito com a natureza da proteção constitucional dos interesses sociais;
- 3 - as limitações legais à coisa julgada não podem prescindir da avaliação judicial em ação própria, jamais por simples menção à exigibilidade do título executivo;
- 4 - caberá ao juiz aplicar a garantia constitucional da coisa julgada para interpretar sistematicamente os novos dispositivos, rejeitando as impugnações em que se pretenda a rediscussão da matéria decidida pela sentença não mais sujeita a recurso.

¹¹³ Sobre a matéria leia-se artigo da professora Ana Paula Costa e Silva, Reforma do Processo de Execução. *Revista da ESMape*, Recife, vol. 11, 2006, p. 23-35.

Capítulo III

EFETIVIDADE DAS DECISÕES JUDICIAIS

III EFETIVIDADE DAS DECISÕES JUDICIAIS

3.1 O conceito de efetividade

Em tese apresentada e aprovada no concurso para professor titular da cadeira de Processo Civil da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, cuja banca era composta pelos eminentes professores Egas Dirceu Moniz de Aragão, Cândido Rangel Dinamarco, Adroaldo Furtado Fabrício, Gustavo Tepedino e José Carlos Barbosa Moreira, o hoje Ministro Luiz Fux, do Superior Tribunal de Justiça, assim se posicionou quanto ao princípio da efetividade:

Pertence a Proto Pisani a acepção exata da efetividade do processo (L' effettività dei Mezzi di Tutela Giurisdizionale con Particolare Riferimento All' attuazione della Sentenza di Condanna, in Riv. Dir. Proc., 1975, vol. XXX, p. 620 e s). Desígnio maior do processo, além de dar razão a quem efetivamente a tem, e fazer com que o lesado tenha recomposto o seu patrimônio pelo descumprimento da ordem jurídica, sem que sinta os efeitos do inadimplemento, por isso que compete ao Estado repor as coisas ao **statu quo ante** utilizando-se de meios de sub-rogação capazes de conferir à parte a mesma utilidade que obteria pelo cumprimento espontâneo. Além dessa finalidade genérica, inegável é o requisito da celeridade na prestação jurisdicional como integrante da efetividade, tanto que só se considera uma justiça efetiva aquela que confere o provimento contemporaneamente à lesão ou ameaça de lesão ao direito¹¹⁴.

Luiz Guilherme Marinoni acentua:

A problemática da efetividade do processo está ligada ao fato tempo, pois não são raras as vezes em que a demora no processo acaba por não permitir a tutela efetiva do direito. Entretanto, se o Estado proibiu a autotutela, não pode apontar o tempo como desculpa para se desonerar do grave compromisso de tutelar de forma pronta e adequada os vários casos conflitivos concretos. Justiça levou ao questionamento do problema da efetividade da autotutela, não pode apontar o tempo como desculpa para se desonerar do grave compromisso de tutelar de forma pronta e adequada os vários casos conflitivos concretos¹¹⁵.

Efetividade e tutela efetiva têm, sob a ótica individualista, o mesmo significado de providência estatal que realiza o direito com proveito real para quem o invoca. Atinge-se a efetividade tanto na autotutela, quanto na autocomposição e na tutela jurisdicional. Esse

¹¹⁴ FUX, Luiz. A Ideologia dos Juizados Especiais. Disponível em http://bdjur.stj.gov.br/dspace/bitstream/2011/749/1/A_Ideologia_dos_Juizados_Especiais.pdf. Acesso em: 22.5.2006.

¹¹⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. Efetividade do processo e tutela de urgência. Porto Alegre: Fabris, 1994.

último, aliás, é o modo menos empregado para a satisfação completa dos direitos¹¹⁶. O controle social exercido pela sociedade, por meio dos costumes, e pelo Estado, por meio da edição e publicidade de normas gerais, resulta no convívio social pacífico, no cumprimento dos preceitos da ordem jurídica. Os conflitos ocorrem, geralmente, em extensão limitada, minoritária, e são resolvidos, na maioria das vezes, por negociação ou pela renúncia, sobrando para o acesso à justiça a menor parte das situações que põem em risco a paz social. Por isso, quando procurado para resolver a lide, o Estado-Juiz tem o dever de proporcionar uma resposta segura e capaz de restaurar o equilíbrio, com a satisfação positiva, o mais completa possível, do bem da vida postulado pela parte a quem o direito protege. O tempo conspira contra esse objetivo, daí a necessidade da ordenação dos atos processuais e de uma administração judicial racional, organizada para concretizar o direito, em substituição à vontade das partes, o mais rapidamente possível, embora com segurança.

João Maurício Adeodato, comentando a teoria da legitimação pelo procedimento, de Niklas Luhmann, afirma:

Para legitimar-se, o procedimento não pode permitir que os conflitos da vida real sejam interiorizados pelo sistema, sem perder seu caráter de conflitos. Isto significa que o procedimento só acolhe determinados conflitos sob a condição de estarem previamente fadados a uma solução intra-sistemática, mesmo que tal solução não seja "real", conforme já dito, no sentido de resolver de fato o conflito. Quem perde uma ação judicial pode continuar achando que foi lesado mas não mais pode reclamar. A decisão foi legítima sob este prisma, porque ambas as partes estão submetidas às regras decisórias do sistema¹¹⁷.

¹¹⁶ Sobre o papel do dever na sociedade, Calmon de Passos anota: “Se quisermos ser fiéis à realidade, concluiremos que a segurança das liberdades sociais assenta, em termos de sua efetiva garantia, em primeiro plano, e quase decisivamente, na autolimitação da liberdade, fruto da aquisição de hábitos pelo indivíduo. E isso só se dá por via da educação, tomado o termo em seu sentido mais abrangente, mediante a qual os hábitos são institucionalizados. A heterolimitação social vem a seguir, colocando-se a que é politicamente institucionalizada, de que se ocupa o Direito, como o recurso extremo, necessário para suprir o fracasso dos meios precedentes e por força da necessidade de se dispor de um último instrumento de garantia da ordem social no vazio deixado pela falha dos instrumentos mais excelentes apontados precedentemente. Antes de ser a melhor, é a menos desejável. Um dos mais graves descaminhos da modernidade foi a exagerada ênfase dada à liberdade em desfavor da autolimitação da liberdade, que é o relevante. Dizendo de outro modo, colocou-se o direito no primeiro plano, quando a consciência do dever é a garantia única da excelência da ordem social. O dever assumido é a liberdade do outro efetivamente tutelada. A liberdade heterolimitada é violência que submete o outro e mobiliza-o para a resistência. Daí este mundo de conflituosidade progressiva que estamos institucionalizando”. Tutela Constitucional das Liberdades, disponível em <http://www.teiajuridica.com>. Acesso em 23.7.2005.

¹¹⁷ ADEODATO, João Maurício. *Ética e Retórica*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 65/66.

O mestre pernambucano distingue a legitimação do poder nos países centrais e periféricos, observando, quanto aos primeiros, que adotam a “positivação do direito”, entendida “como a possibilidade de o direito ser estabelecido através de decisões e também, por decisões, ser substituído”.¹¹⁸

O processo, no seu aspecto social, somente será efetivo quando realizado em harmonia com a sistemática e a positivação do direito legítimo, do poder exercido no estado democrático de direito, por isso o termo tutela efetiva tem uma acepção mais abrangente, da proteção real das liberdades de todos e de qualquer um que reivindique seu direito perante o Estado-Administração ou o Estado-Juiz, aqui mesmo, neste país emergente.

3.1.1 A autocomposição controlada

Há quem aponte como solução para o problema da morosidade do sistema judicial a expansão das formas de autocomposição dos litígios, ampliando-se os poderes do juízo arbitral. É importante lembrar, contudo, que um dos fatores de erosão da credibilidade do sistema de privatização dos serviços de utilidade pública consiste no expediente utilizado pelas empresas que passam a gerir tais atividades, de buscar, por todos os meios, o relaxamento dos controles *estatais*¹¹⁹. Diz, a respeito, Harmes:

Os governos vendem a privatização para o público com promessa de garantir padrões de qualidade mediante estrita regulação. Mas uma vez completada a privatização e fora do foco de atenção, as firmas envolvidas sempre fazem lobby pela desregulamentação para baixar seus custos. O resultado é que fica crescentemente difícil para o governo manter os padrões existentes, deixando que se criem outros novos e diferentes, por si mesmos.¹²⁰

¹¹⁸ ADEODATO, op. cit. p. 101.

¹¹⁹ Assim resumi voto que proferi no AGTR61380-AL, na sessão de 11/10/05, da Quarta Turma do TRF5: Processual Civil e Administrativo. Pedido de sustação da divulgação dos resultados do Programa de Qualificação da Saúde Suplementar. Documentos que não infirmam a validade e eficiência dos critérios fixados pela agência reguladora. Prevalência do interesse público no controle dos serviços públicos privatizados. Agravo improvido.

¹²⁰ Tradução livre do original: “Governments sell privatization to the public by promising to ensure quality standards through strict regulation. But once the privatization is completed and out of the limelight, the firms involved always lobby for deregulation to lower their costs. The result is that it becomes increasingly difficult

É certo que o juiz, numa sociedade de massas, não pode prescindir dos meios de persuasão das partes à solução consensual dos litígios, encaminhando a negociação e promovendo a mediação na fase inicial do processo, mas nem por isso se justifica retirar da esfera pública a plenitude do exercício da jurisdição.

O procedimento adequado, que assegure a amplitude da defesa e o contraditório, mas viabilize a rápida certificação do direito e o cumprimento da sentença em tempo de a parte vencedora obter o resultado prático colimado, esta é a meta condizente com o verdadeiro estado democrático.

3.1.2 Dados da experiência pessoal

Um apanhado aleatório de alguns dos processos de que fui relator, lançados em planilha Excel, indica as datas da inicial, da decisão interlocutória ou da sentença, da distribuição do agravo ou da apelação, e do julgamento do recurso. Logo abaixo, o tempo gasto, em dias, entre cada uma dessas etapas:

DADOS SOBRE ANDAMENTO DE PROCESSOS

Identificação	Inicial	Sentença	Distrib	Sent/AC	Inicial/Sentença	Dist/Julg
AC344137-PE	20/9/2000	21/8/2003	24/8/2004	7/12/2004	1.065	105
AC205476-RN	26/9/1997	13/2/2004	22/6/2004	7/12/2004	2331	168
AC264245-PE	2/6/1997	11/9/2000	24/8/2001	3/12/2004	1197	1197
AMS81180-CE	2/6/1999	26/9/2001	7/8/2002	7/12/2004	847	853
AC326857-AL	23/7/2002	25/2/2003	10/9/2003	7/12/2004	217	454
AGTR57076-PE	15/6/2004					
AC326146-PE	19/10/2002	26/7/2004	20/6/2005	30/8/2005	646	71
AMS88008-PE	9/9/2003	28/11/2003	30/6/2004	30/8/2005	80	426
AMS87359-CE	27/8/2001	4/2/2003	23/3/2004	30/8/2005	526	525
AMS88815-RN	29/7/2003	24/3/2004	6/10/2004	30/8/2005	239	328
AC341088-PB	9/9/1999	25/10/2002	22/6/2004	13/9/2005	1142	448
AC364493-SE	6/4/2004	22/3/2005	28/7/2005	13/9/2005	350	47
AGTR55230-PE	12/3/2004	18/4/2005			402	
AGTR57439-PE	28/6/2004	30/8/2004			63	
AGTR54273-PB	20/1/2004					
AGTR46980-AL	8/1/2001					

AGTR45302-AL	8/1/2001					
AMS84067-AL	4/3/1998	18/11/2002	18/3/2003	13/9/2005	1720	910
AC278053-PE	14/7/1997	28/8/2001	15/2/2002	13/9/2005	1506	1306
AC348931-CE	19/8/2002	15/4/2003	11/11/2004	13/9/2005	239	306
AC360077-PB	31/1/1994	2/4/2003	24/5/2005	13/9/2005	3348	112
AMS90669-PB	9/8/2004	15/10/2004	9/5/2005	13/9/2005	67	127
AMS91861-CE	20/3/2004	12/8/2004	1/9/2005	8/9/2005	145	7
AC335881-RN	20/8/2002	13/5/2003	11/3/2004	1/4/2005	266	386
AC364343-SE	22/7/2004	8/4/2005	28/7/2005	11/10/2005	260	75
AC338856-PE	25/8/1999	31/7/2003	6/5/2004	25/10/2005	1436	537
AC361735-RN	30/12/2003	30/9/2004	13/6/2005	26/7/2005		43

Note-se como são díspares os números indicativos dos dias transcorridos entre as diversas etapas. O que mais chama a atenção é a demora entre a prolação da sentença e a distribuição da apelação no Tribunal. Desde o primeiro processo, vê-se que se gastou um ano entre a sentença e a distribuição do apelo e a metade desse tempo para julgamento do recurso.

Outra, em verdade, não poderia ser a situação de grave congestionamento das secretarias e cartórios judiciais. Os números constantes do Banco Nacional de Dados sobre o Poder Judiciário revelam a expansão acelerada de processos distribuídos e a desproporção com os julgados, o que denota a contínua elevação da demanda, sem correspondência com a resposta à provocação da atividade judicial. Se o número de processos distribuídos aumenta a cada ano, acima do de julgados, a conseqüência é o estrangulamento provocado pela vazão reprimida. Vejam-se os números constantes dos quadros abaixo:

Movimento Forense Nacional								
Justiças Comum, Federal e do Trabalho de 1º Grau Processos entrados e julgados								
JUSTIÇA	ANO 1990		ANO 1991		ANO 1992		ANO 1993	
	ENTR	JULG	ENTR	JULG	ENTR	JULG	ENTR	JULG
COMUM	3.617.064	2.411.847	4.250.133	2.947.177	4.560.833	3.214.948	4.419.699	3.347.725
FEDERAL	266.585	172.068	724.129	271.740	554.382	422.981	535.438	328.733
TRABALHO	1.233.410	1.053.237	1.496.829	1.263.492	1.517.916	1.337.986	1.515.601	1.507.955
TOTAL	5.117.059	3.637.152	6.471.091	4.482.409	6.633.131	4.975.915	6.490.738	5.184.413

JUSTIÇA	ANO 1994		ANO 1995		ANO 1996		ANO 1997	
	ENTR	JULG	ENTR	JULG	ENTR	JULG	ENTR	JULG
COMUM	3.423.403	2.533.619	4.266.325	2.970.509	5.901.824	4.106.962	6.539.481	5.536.360
FEDERAL	528.172	410.013	641.450	345.606	680.776	377.562	901.489	413.272
TRABALHO	1.204.654	1.676.186	1.823.437	1.702.931	1.939.267	1.863.003	1.981.562	1.922.367
TOTAL	5.156.229	4.619.818	6.731.212	5.019.046	8.521.867	6.347.527	9.422.532	7.871.999

JUSTIÇA	ANO 1998		ANO 1999		ANO 2000		ANO 2001	
	ENTR	JULG	ENTR	JULG	ENTR	JULG	ENTR	JULG
COMUM	8.176.328	5.257.537	8.545.006	5.738.577	9.298.010	6.076.695	9.499.657	8.062.049
FEDERAL	838.643	494.493	1.079.158	552.990	1.097.964	593.961	1.575.093	1.020.529
TRABALHO	1.933.993	1.904.062	1.876.874	1.918.960	1.718.795	1.893.326	1.121.146	1.151.879
TOTAL	10.948.964	7.656.092	11.501.038	8.210.527	12.114.769	8.563.982	12.195.896	10.234.457

JUSTIÇA	ANO 2002		ANO 2003		ANO 2004		ANO 2005	
	ENTR	JULG	ENTR	JULG	ENTR	JULG	ENTR	JULG
COMUM	10.803.764	8.274.694	11.949.825	8.193.194	-	-	-	-
FEDERAL	946.109	453.886	*	*	-	-	-	-
TRABALHO	1.608.414	1.504.794	426.145	402.745	-	-	-	-
TOTAL	13.358.287	10.233.374	12.375.970	8.595.939	-	-	-	-

¹²¹ BRASIL.Supremo Tribunal Federal. Disponível em <http://www.stf.gov.br>.

A soma das diferenças entre feitos distribuídos e julgados, ano a ano, alcança dimensão estratosférica de 31.395.533 de processos acumulados, como indicado no quadro a seguir:

Ano	Distribuidos	Julgados	Diferença
1990	5117059	3637752	1479307
1991	6471091	4482409	1988682
1992	6633131	4975915	1657216
1993	6490738	5184413	1306325
1994	5156229	4619818	536411
1995	6731212	5019046	1712166
1996	8521867	6347527	2174340
1997	9422532	7871999	1550533
1998	10948964	7656092	3292872
1999	11501038	8210527	3290511
2000	12114769	8563982	3550787
2001	12185896	10234457	1951439
2002	13358287	10233374	3124913
2003	12375970	8595939	3780031
Feitos acumulados			31395533

Como imprimir aos processos um curso razoável, se o volume aumenta ano a ano, com a sucessão interminável de remanescentes? Repito: a única resposta está na administração de forma tecnicamente ordenada e com o emprego de recursos tecnológicos avançados.

As partes só têm utilizado raramente o poder que lhes é conferido pelo art. 198, CPC, de representar ao presidente do tribunal contra o juiz que excedeu os prazos previstos em lei. Explica-se a omissão pelo temor reverencial, para não falar do receio de represálias. É viável, por isso, interpretação que confira ao corregedor provocar, de ofício, a presidência da corte para a designação de juiz auxiliar sempre que o número de feitos conclusos em determinado juízo ultrapassar o limite razoável, estabelecido anualmente com base em dados estatísticos.

O mesmo deve acontecer nos tribunais, por efeito do disposto no art. 199, CPC. A presidência deve tomar a iniciativa de convocar juízes auxiliares para os gabinetes dos

desembargadores sempre que detectado, na estatística mensal, o ultrapasse da média de processos conclusos. Não se compreende como um juiz, no tribunal, tenha em seu gabinete 400 feitos e um outro 6.000. A anomalia poderia ser corrigida mediante convocação de juiz auxiliar, sempre que, num caso como esse, algum magistrado ultrapassasse a barreira dos 3000 processos pendentes. Na Justiça Federal, a Lei 9.788/99, art. 4º, autoriza os tribunais regionais a, “em caráter excepcional e quando o acúmulo de serviço o exigir, convocar Juízes Federais ou Juízes Federais Substitutos, em número equivalente ao de Juízes de cada Tribunal, para auxiliar em Segundo Grau”.

3.1.3 O emperramento da máquina cartorária

A disparidade entre feitos distribuídos e feitos julgados decorre, principalmente, da prática emperrada de atos cartorários. A EC 45/04 busca melhorar a produtividade nas secretarias e cartórios com a previsão do automatismo judiciário, que significa a delegação de “atos da administração dos juízos e atos de impulso processual, como a juntada de peças ou documentos, a vista à parte contrária ou até mesmo a designação de dia e hora para as audiências”¹²².

Não se pode ocultar, entretanto, que existem casos em que a demora na prestação jurisdicional se deve principalmente ao juiz, seja pela preocupação excessiva com a forma, a vaidade de elaborar peças eruditas, ou mesmo à pouca disposição para o trabalho. Nos tribunais, uma das causas mais comuns de atraso é o pedido de vista dos autos, que se prolonga, às vezes, por anos.

Recentemente, o Supremo Tribunal Federal procurou remediar o problema estabelecendo maior rigor no controle do prazo em que o ministro deve levar o voto-vista, mas não conseguiu impedir o atraso, porque se trata de norma regimental despida de sanção.

¹²² DINAMARCO, Cândido. *Instituições de Direito Processual Civil*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 44 e 45.

Maior eficácia teve resolução do Tribunal Regional Federal/5^a, que determina a sustação do julgamento de qualquer outro processo pelo desembargador que não apresentar o feito com pedido de vista no prazo de dez dias.

A Lei 11.280/06 incluiu os parágrafo 2º e 3º ao art. 555, CPC, para fixar, em dez dias, contados da data do recebimento dos autos, o prazo para o juiz que pediu vista apresentar o seu voto, prosseguindo-se, então, o julgamento. O problema é que os autos, muitas vezes, levam semanas, até meses, para chegar ao gabinete, por isso, raramente, o exame do feito recomeça na sessão seguinte da turma, como, aliás, previa a redação originária do parágrafo único daquele artigo, que, no mais das vezes, não era cumprido.

Na Itália, o ministro da Justiça, Clemente Mastella, assinalou que uma melhor organização dos tribunais implicaria redimensionar o tempo gasto na prestação de justiça¹²³. É este o cerne da questão.

3.2 Neutralidade mitigada na execução de sentença

A imparcialidade do juiz é pressuposto fundamental da jurisdição. A equidistância dos interesses é algo inerente à função judicial, mas há dois aspectos na condução do processo em que a neutralidade é mitigada: a) na coleta da prova, e, b) na execução da sentença. Embora mantida a imparcialidade, ao magistrado interessa, sim, a correta reprodução dos fatos da causa, de tal modo que possa formar um convencimento capaz de bem aplicar a norma jurídica, porque lhe é indiferente a sorte do ato, quanto à sua consequência, ou seja, não é neutra a posição judicial. Interessa o cumprimento do dispositivo da sentença, seja ela a manifestação da sua vontade, na hipótese em que foi confirmada pelos tribunais, ou da que foi substituída, com modificação, pelo acórdão.

¹²³ Tradução livre do original: “Lo dico que il lavoro nei tribunali deve essere organizzato meglio. I tempi della giustizia possono essere dimezzati anche con una buona organizzazione” – Il Messaggero, Roma, 11.6.2006, p. 10.

É natural que o juiz se regozije ao verificar a utilidade prática da sua decisão e é nesse sentido o seu empenho na execução. Vale, a propósito, o relato da experiência pessoal do autor, com mais de 25 anos de experiência judicante, daqueles casos marcantes, para exemplificar o sentimento do magistrado em relação à sua obra.

3.2.1 Relato de casos marcantes

Nos idos de 1982, a FUNAI ingressou com interdito proibitório em defesa da posse indígena da Reserva Caramuru-Paraguaçu, no Sul da Bahia. A ação foi distribuída ao Juízo Federal-2 da 2ª. Vara da Bahia, por mim então ocupada. Eram grandes os interesses envolvidos no conflito, desde o Governo Federal, que se colocava em posição antagônica ao Governo do Estado, aos proprietários de terra da então mais rica região agrícola da Bahia, os quais se sentiam ameaçados de perder suas propriedades para os índios Pataxó-Hã-Hã-Hãe, até os líderes religiosos e políticos de esquerda, que se apresentavam como defensores dos interesses da tribo, alguns pregando até a luta armada.

Após inspeção judicial da área, acompanhado de perito, constatei os vestígios da posse indígena, concedi a liminar e, terminada mais tarde a instrução, proferi sentença¹²⁴, em 1983. Os esforços que desenvolvi, com o apoio da Polícia Federal, para fazer cumprir a liminar e, depois, a sentença, inclusive evitando que os indígenas, insuflados pelos movimentos radicais e pela própria euforia da vitória, invadissem áreas vizinhas, não se explicam pela rubrica da neutralidade, e, sim, pela atuação comprometida de quem pretende efetivar a sua decisão.

Uma outra situação vivenciada que demonstra o argumento de que o juiz tem comprometimento com a execução do seu julgado é a referente às liminares e aos acórdãos

¹²⁴ Confirmada pelo Tribunal Regional Federal/1ª, oito anos após, ao julgar, pela sua 3ª. Turma, Relator o Juiz Tourinho Neto, a AC 89.01.01353-3/BA.

determinando a liberação de cruzados novos. Era a época, em 1990, de propagação de mensagens da mídia quanto ao relevo para a economia nacional dos atos de bloqueio de cruzados novos, em consequência do chamado Plano Collor. A idéia era de que todos os brasileiros deveriam ceder ante a necessidade de combate rigoroso à inflação. Havia, no entanto, grave vício de inconstitucionalidade na medida provisória que estabeleceu o bloqueio e prejuízos irreparáveis para muitos, inclusive pessoas que precisavam levantar recursos retidos em suas contas bancárias para atender a despesas imprescindíveis. Acolhi, na Segunda Turma, a arguição de inconstitucionalidade, levei ao Plenário, e o Tribunal Regional Federal/5ª foi a primeira corte do País a declarar a inconstitucionalidade do bloqueio de cruzados. Como negar a forte sensação de alegria com a realização de justiça e o empenho comprometido na execução das respectivas decisões? Aquele precedente serviu de motivação para os demais tribunais e juízos.

Mais adiante, o Governo Federal majorou as alíquotas do Finsocial sem observância dos requisitos constitucionais, tendo, mais uma vez, o TRF/5ª julgado a matéria antes de todos os outros regionais, em acórdão confirmado pelo Supremo Tribunal Federal, no RE150764-PE, cujo Relator para o acórdão foi o Ministro Marco Aurélio¹²⁵. A decisão teve utilidade imediata, não só para a parte autora, naquele processo, como para os contribuintes em todo o País.

Por fim, lembro o julgamento de agravo de instrumento impugnando decisão que acolhera a substituição de penhora, em execução fiscal, por cópias de títulos da dívida pública

¹²⁵ “A teor do disposto no artigo 195 da Constituição Federal, incumbe à sociedade, como um todo, financiar, de forma direta e indireta, nos termos da lei, a seguridade social, atribuindo-se aos empregadores a participação mediante bases de incidência próprias - folha de salários, o faturamento e o lucro. Em norma de natureza constitucional transitória, emprestou-se ao FINSOCIAL característica de contribuição, jungindo-se a imperatividade das regras insertas no Decreto-Lei nº 1940/82, com as alterações ocorridas até a promulgação da Carta de 1988, ao espaço de tempo relativo a edição da lei prevista no referido artigo. Conflita com as disposições constitucionais - artigos 195 do corpo permanente da Carta e 56 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias - preceito de lei que, a título de viabilizar o texto constitucional, toma de empréstimo, por simples remissão, a disciplina do FINSOCIAL. Incompatibilidade manifesta do art. 9º da Lei nº 7689/88 com o Diploma Fundamental, no que discrepa do contexto constitucional. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 150764 / PE).

de mais de meio século, prescritos, inclusive. O agravado invocou precedente de que fui relator, num agravo em que não havia qualquer discussão acerca da especificidade do título da dívida pública e no qual a Fazenda Nacional não cuidara de impugnar a validade do título. O meu voto demonstrou a absoluta imprestabilidade daqueles papéis e a ilegalidade do ato judicial que autorizara a substituição. Daí em diante, contra pareceres de renomados juristas, formou-se a jurisprudência que culminou com a rejeição categórica daqueles títulos pelo Superior Tribunal de Justiça. O julgado inicial serviu para eliminar a prática abusiva e nociva que começava a disseminar-se nacionalmente.

3.2.2 Os resultados práticos dos Juizados Especiais Federais

Passando à objetividade, observem-se os resultados práticos da criação dos Juizados Especiais Federais. Em 2005, ano, os cinco Tribunais Regionais Federais pagaram Requisições de Pequeno Valor no montante de R\$ 2,6 bilhões, segundo notícia colhida no informativo do Superior Tribunal de Justiça. Somente no mês de dezembro de 2005, foram liberados R\$ 222.895.337,00, para quitação de 27.360 ações, que beneficiarão 36.624 pessoas. Em comparação, a Justiça Federal, nas cinco regiões, pagou, em precatórios, em todo o ano de 2004, R\$ 5.022.325.663,00 , ou seja, menos que o dobro das requisições de pequeno valor. Considerando-se que a execução contra a Fazenda Pública é a via normal na Justiça Federal, tem-se a prova inequívoca da efetividade dos Juizados Especiais.

3.2.3 Os Juizados Especiais Estaduais

Por fim, ainda como indicativo da eficiência dos procedimentos simplificados, lembre-se o impacto causado pelos juizados especiais estaduais, especialmente os itinerantes e aqueles localizados em shopping centers (como o Juizado Especial do Consumidor, em

Salvador, inteiramente informatizado), ou o Juizado de Trânsito, órgão recém-criado pelo Tribunal de Justiça de Pernambuco. Este último, criado pela Lei Complementar nº 977/05, propõe-se resolver, de forma imediata e sem burocracia, litígios relativos a colisões de veículos. O serviço conta com três vans adaptadas, munidas internamente de ambiente para a audiência de mediação entre as partes no mesmo local da colisão. Em cada unidade, o juiz de direito conta com um oficial de justiça - que avalia os danos nos veículos -, um técnico judiciário, um policial militar e um mediador, cargo exercido por servidores efetivos do Tribunal de Justiça de Pernambuco. As partes envolvidas não precisam colher orçamentos, nem se desfazem do uso do veículo, quando possível, e podem entrar em acordo imediatamente, com a participação do magistrado.

3.3 Dificuldades na execução fiscal e na execução contra a Fazenda Pública

O anteprojeto de Lei de Execuções Fiscais estava ainda em fase de coleta de sugestões para aperfeiçoamento quando foi editada a Lei Complementar 118/2005, que adicionou o art. 185-A ao Código Tributário Nacional, permitindo a indisponibilidade de bens do executado quando não forem encontrados bens penhoráveis¹²⁶. Pouco antes, fora alterado o art. 40 da Lei 6.830/80 para permitir ao juiz, depois de ouvida a Fazenda Pública, decretar, de ofício, a prescrição. Estava, então, pelo menos para o Governo, prejudicada a elaboração da nova LEF, cujo objetivo declarado era o de "racionalizar e agilizar a cobrança judicial dos

¹²⁶ Eis a íntegra do dispositivo, com seus parágrafos: Art. 185-A. Na hipótese de o devedor tributário, devidamente citado, não pagar nem apresentar bens à penhora no prazo legal e não forem encontrados bens penhoráveis, o juiz determinará a indisponibilidade de seus bens e direitos, comunicando a decisão, preferencialmente por meio eletrônico, aos órgãos e entidades que promovem registros de transferência de bens, especialmente ao registro público de imóveis e às autoridades supervisoras do mercado bancário e do mercado de capitais, a fim de que, no âmbito de suas atribuições, façam cumprir a ordem judicial. (Incluído pela Lcp nº 118, de 2005) § 1º A indisponibilidade de que trata o **caput** deste artigo limitar-se-á ao valor total exigível, devendo o juiz determinar o imediato levantamento da indisponibilidade dos bens ou valores que excederem esse limite. (Incluído pela Lcp nº 118, de 2005) § 2º Os órgãos e entidades aos quais se fizer a comunicação de que trata o **caput** deste artigo enviarão imediatamente ao juízo a relação discriminada dos bens e direitos cuja indisponibilidade houverem promovido. (Incluído pela Lcp nº 118, de 2005)

créditos públicos¹²⁷", expresso na exposição de motivos da comissão presidida pelo Ministro Teori Zavaski. O que pretendia, na verdade, a Procuradoria da Fazenda Nacional era um meio eficaz de garantir a efetividade da execução e o esvaziamento das prateleiras das varas especializadas, para permitir o fluxo das ações viáveis. Acontece que o texto do anteprojeto tem finalidade mais ampla, de integração entre as fases administrativa e judicial da cobrança dos créditos públicos tributários e não tributários, além de revelar preocupação sistêmica.

Destacam-se as inovações propostas quanto à notificação do contribuinte da inscrição em dívida ativa, à investigação dos bens a serem indicados à penhora já na inicial da execução, à inclusão de nova causa interruptiva da prescrição, à necessidade de uma disciplina mais apurada da legitimação passiva, com a inclusão dos nomes dos responsáveis na CDA e na inicial, à eliminação da competência federal delegada para a execução dos créditos da União e a comunicação eletrônica dos atos processuais.

3.3.1 O retorno do Estado: esgotamento da economia neo-liberal

A sensação de abandono e de insegurança generalizou-se em âmbito mundial. Os progressos científico e tecnológico não se fizeram acompanhar de instrumentos de equilíbrio social, de padrões de moralidade, de convívio fraterno e solidário entre os homens, mas, ao contrário, gerou problemas novos, ampliou os fatores de complexidade nas relações humanas, de tal modo que a violência, a criminalidade e as agressões à natureza põem em risco a sobrevivência da humanidade.

Após duas grandes guerras que dizimaram dezenas de milhões de pessoas na primeira metade do século passado, parecia que os homens haviam encontrado o rumo da convivência pacífica e ordenada, no estado do bem estar-social, até que as crises do petróleo,

¹²⁷ Objetivo indicado na exposição de motivos da comissão formada pelo Conselho da Justiça Federal, sob a presidência do Ministro Teori Zavaski, do Superior Tribunal de Justiça.

a ruína dos regimes comunistas e a hegemonia norte-americana engendraram o modelo de capitalismo financeiro globalizado, marcado por ondas de desregulamentação, privatização de empreendimentos estatais, enfraquecimento do poder estatal e da soberania nacional, da busca do estado mínimo, ao ponto de se chegar a um estágio em que, no Canadá, um dos mais prestigiados economistas adverte:

Hoje, o poder excessivo das empresas e a diminuta capacidade governamental são denominadores comuns numa longa lista de problemas corriqueiros. A crise de água Walkerton. A deterioração das cidades canadenses. As crises financeiras internacionais. O crescimento dos sem teto. A falta de recursos para os sistemas de saúde e educação. Os escândalos nas contas da Enron e da WorldCom. Em cada um desses casos, o problema consiste no fato de que, numa tentativa de remover os aspectos exagerados do estado providência de pós-guerra, nós simplesmente fomos longe demais¹²⁸.

A esta constatação de que o neoliberalismo está esgotado segue-se a proposta de retorno às funções do Estado, de reforço dos controles estatais, já agora em nível internacional, com a cooperação estreita das nações na defesa do meio ambiente, no combate ao terrorismo, às fraudes financeiras, à expansão dos empregos, à valorização do trabalho, à criação de mecanismos de distribuição de renda, às ações afirmativas de superação da fome, da miséria e da ignorância.

Esses objetivos já estão em execução em várias fases, sobretudo na União Européia e no Canadá. O Governo brasileiro apresenta uma retórica ajustada a esses ideais, mas precisa de recursos para acertar o passo em relação à atuação de outros países, inclusive vizinhos, como, por exemplo, a Colômbia, no combate à criminalidade, e na construção de novos padrões de atuação estatal. Sitiada pelas obrigações de pagamento da dívida externa e pelas

¹²⁸ HARMES, op. cit. ,p.17, tradução livre do original: “Today, excessive corporate power and diminished government capacities are the common denominator in a long list of familiar problems. The Walkerton water crises. The deterioration of Canadian cities. International financial crises. The rising tide of homelessness. Underfunded health care and education. The accounting scandals at Enron and WorldCom. In each of these cases, the problems stems from the fact that in attempting to remove the burdensome of the postwar welfare state, we simply went too far”.

imposições internacionais de aperto fiscal, a Administração Federal empenha-se em aumentar a arrecadação tributária.

3.3.2 Problema: carga tributária x evasão fiscal

A elevação da carga tributária tem sido o método mais comumente usado pelas sucessivas administrações federais para fazer face à carência de recursos, mas esse expediente alcançou um nível de saturação equiparável ao do tempo de exaustão do regime colonial, gerando inconformismo que se apóia em raízes culturais profundas, conforme precisa lição de Hélio Ourem Campos:

...no século XVIII, a derrama teve uma significação histórica importante para o Brasil, pois dela se sobressaía a cobrança do quinto do ouro em atraso. Daí a Inconfidência Mineira, que levava às armas o sentimento da impopularidade do esquema tributário implantado. Aliás, no Brasil, ainda é popular a expressão ‘quinto dos infernos’, o que, por si só, fornece uma imagem simbólica do repúdio¹²⁹.

Tem-se, então, um quadro em que, de um lado, o Tesouro Nacional, exaurido pelas obrigações internacionais e nacionais, já não pode se socorrer, como era de costume, do aumento de impostos e contribuições, e, do outro, os contribuintes buscam desesperadamente meios de escapar às imposições fiscais.

3.3.2.1 A estratégia do questionamento judicial dos débitos tributários e o alongamento dos pagamentos

Nessa queda de braço, a União se volta para o aperto fiscal, direcionando a fiscalização às grandes e médias empresas, e estas se socorrem dos escritórios de advocacia tributária e de todos os truques possíveis para escapar aos autos de infração e às execuções fiscais. Unifica-se, apressadamente, por medida provisória, o sistema de arrecadação, criando-

¹²⁹ OUREM CAMPOS, Hélio. O Estado Dogmático e os tributos nas constituições . Brasília: Revista CEF, vol. 29, 2005, p. 118.

se a Super-Receita¹³⁰, que passa a incluir todo o aparato de controle das contribuições previdenciárias e se propõe uma nova sistemática de cobrança dos débitos tributários e não tributários.

3.3.2.2 A insuficiência dos mecanismos de arrecadação e as sucessivas leis de anistia ou planos de recuperação fiscal

A Super-Receita e a proposta da nova Lei de Execuções Fiscais surgem como instrumentos para alcançar melhor êxito que os esforços realizados até agora para cobrança de mais de 450 bilhões de reais de débitos para com a União e o INSS.

Esse montante astronômico somente se formou porque o sistema de arrecadação abre oportunidades óbvias de evasão fiscal. As sucessivas leis de anistia e os repetidos programas paternalísticos de recuperação fiscal constituem estímulo à inadimplência, que, com frequência, é premiada com o perdão ou com alongamentos de dívida a perder de vista. Os procedimentos administrativos fiscais são demorados e, finalmente, a execução fiscal está emperrada pelo número massacrante de feitos que se eternizam, com resultados práticos decepcionantes.

Tome-se, como exemplo, a Comarca do Recife, em que 500 mil execuções fiscais, a grande maioria de pequenas dívidas de IPTU, desafiam a inteligência e a operosidade dos Juizes de Direito das duas Varas da Fazenda Municipal. Um deles, o Dr. Francisco Tenório, em palestra proferida no Mestrado em Direito da Católica, disciplina Processo Civil Tributário, em 1.12.05, afirmou que o cartório da 1ª. Vara de Execuções Municipais do Recife conta com apenas quatro funcionários e um estagiário cedido pela Prefeitura, para o processamento de mais de 250.000 ações. A cada ano, ingressam ali entre 50 e 60 mil novas execuções, e o estoque só faz aumentar. Em oito anos, não foi possível realizar nenhum leilão.

¹³⁰ 129Brasil. Medida Provisória 258, de 21 de julho de 2005-11-04.

E veja-se que a situação da Justiça Federal, considerando-se que a Fazenda Nacional só vinha cobrando débitos superiores a R\$ 5.000,00 (agora R\$ 10.000,00) não é tão diferente, como revela o quadro a seguir:

Processos em tramitação na Justiça Federal¹³¹

Varas de Execuções Fiscais	Total de Processos em Tramitação na Seção Judiciária	Percentual
PE 70.483	PE 166.125	42,4%
CE 76.304	CE 283.731	26,8%
AL 20.616	AL 66.550	30,9%
PB 24.350	PB 101.664	23,9%
RN 23.390	RN 75.780	30,8%
SE 26.391	SE 66.627	39,6%
Total 241.534	760.477	31,7%

Observe-se que a Vara de Execuções Fiscais da Seção Judiciária de Pernambuco abriga quase a metade de todos os processos em tramitação no Estado, e, nos demais, a proporção é também significativa, tendo-se uma média superior a 1/3 de execuções fiscais no total de Varas Federais da Região.

O Tribunal Regional Federal da 5ª. Região começou em outubro de 2005 a enfrentar o problema, instalando a 22ª. Vara no Recife, especializada em execuções fiscais, mas ainda tem muito a fazer para corrigir o desnível entre a demanda e a oferta de prestação jurisdicional relativa à cobrança dos débitos para com a União e suas autarquias.

Veja-se, no seguinte quadro, como não tem maior expressividade a indicação numérica da arrecadação de dívida ativa da União no âmbito da 5ª. Região, tendo-se em vista o anunciado montante geral de aproximadamente R\$ 450 bilhões:

¹³¹ BRASIL. Tribunal Regional Federal/5ª. Disponível em <http://www.trf5.gov.br/corregedoria>. Acesso em: 15.3.2006

Arrecadação da Dívida Ativa da União nas Seções Judiciárias da 5ª. Região- 2005:¹³²

Estado	Valores
Alagoas	9.025.075,32
Ceará	31.702.748,16
Paraíba	4.898.976,13
Rio Grande do Norte	20.151.592,87
Pernambuco	5.176.322,51
Sergipe	3.505.576,93
Total	74.460.291,92

Esses dados revelam também a relação entre os padrões de eficiência de cada Seção Judiciária. Nesse ponto, a Vara de Execuções Fiscais de Pernambuco deixa muito a desejar, comparada à de Estados de igual ou menor porte econômico, como o Ceará, que arrecadou quase seis vezes mais, e Rio Grande do Norte, com uma arrecadação quase quatro vezes superior.

3.3.2.3 Propostas da comissão presidida pelo Ministro Teori Zavaski

As evidentes deficiências do sistema judicial de cobrança da dívida ativa, em todo o País, levaram o Conselho da Justiça Federal a instituir comissão, sob a presidência do Ministro Teori Zavaski, do que resultou o anteprojeto submetido em janeiro a consulta pública.

O eixo da proposta está na integração da fase administrativa de cobrança do crédito público com a subsequente fase judicial, evitando a duplicidade de atos e reservando ao exame e atuação do Poder Judiciário apenas as demandas que, sem êxito extrajudicial, tenham alguma base patrimonial para a execução forçada. Nesse sentido, propõe-se:

Art. 4º Inscrita a dívida, o devedor será notificado do inteiro teor da respectiva certidão para, em 5 (cinco) dias, efetuar o pagamento, com juros, multa e demais encargos nela indicados. § 1º A notificação será feita no endereço do devedor, por carta com aviso de recepção, ou por outro meio, inclusive eletrônico, com comprovação do recebimento. § 2º Não encontrado

¹³² Disponível em <http://www.trf5.gov.br/corregedoria/estatistica> . Acesso em: 15.3.2006

o devedor, a notificação será feita por edital publicado em órgão de imprensa oficial local. § 3º A notificação da inscrição da dívida interrompe a prescrição.

Encerrado, portanto, o procedimento administrativo, abre-se uma fase de nova procura de solução extrajudicial do conflito de interesses, notificando-se o devedor, com a interrupção do prazo prescricional.

Essa inovação poderia não fazer sentido se houvesse um sistema judicial operante, em que à propositura da execução fiscal se fizesse seguir da citação do devedor, como previsto na Lei 6.830/80. Ocorre que, entre o ajuizamento da execução e a citação, por falhas no mecanismo judicial e pela dificuldade na localização do devedor, gasta-se tanto tempo, que, muitas vezes, a comunicação se completa quando já caducara o direito de ação.

A preocupação com esse fator de inefetividade da cobrança levou a comissão a propor o novo marco interruptivo, o que implica, inclusive, a necessidade de alteração do ordenamento mediante lei complementar, daí a proposta, constante da exposição de motivos elaborada pela comissão, de alteração do parágrafo único do artigo 174 do Código Tributário Nacional, para que seja incluída, entre as causas de interrupção da prescrição, a notificação ao devedor da inscrição do débito em dívida ativa.

3.3.3.1 Ajuizamento da execução contra o devedor e responsáveis

Se o devedor não efetua o pagamento, inicia-se então outra fase preparatória, com a procura de bens que têm que ser indicados para penhora já na inicial da execução, *verbis*:

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.

Notável funcionalidade resultará da exigência de indicação dos bens penhoráveis, superando-se o impasse atual, em que a maioria das execuções permanece paralisada por falta de bens do devedor para serem penhorados.

Essa nova sistemática, porém, só terá funcionalidade se a Administração cuidar de realizar, com afinco, o trabalho de investigar o patrimônio dos contribuintes devedores, inclusive dos responsáveis tributários. A execução se voltará contra o devedor e os responsáveis, conforme prevê o anteprojeto:

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 referidas 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.

Repete-se a redação do art. 4º da Lei 6.830/80, que tem gerado a tormentosa questão do redirecionamento, com intermináveis discussões.

Veja-se, a propósito, como o Superior Tribunal de Justiça tem adotado posições conflitantes sobre o tema.

Confronte-se a solução resumida neste acórdão:

1. Inexistindo prova de que houve dissolução irregular da empresa, ou de que o representante da sociedade agiu com excesso de mandato ou infringiu lei ou o contrato social, não há que se direcionar para ele a execução.

2. “Não se conhece de recurso especial pela divergência, quando a orientação do Tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida” (Súmula 83/STJ). 3. “A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial” (Súmula 7/STJ).

4. Agravo regimental improvido (AgRg no Ag 693570 / RS, Min. Castro Meira).

Com este outro:

1. Pacífica a jurisprudência desta Corte no sentido de que o sócio somente pode ser pessoalmente responsabilizado pelo inadimplemento da obrigação tributária da sociedade se agiu dolosamente, com fraude ou excesso de poderes.
2. A CDA é documento que goza da presunção de certeza e liquidez de todos os seus elementos: sujeitos, objeto devido, e quantitativo. Não pode o Judiciário limitar o alcance dessa presunção.
3. Decisão que vulnera o art. 3º da LEF, ao excluir da relação processual o sócio que figura na CDA, a quem incumbe provar que não agiu com dolo, má-fé ou excesso de poderes nos embargos à execução.
4. Hipótese que difere da situação em que o exeqüente litiga contra a pessoa jurídica e no curso da execução requer o seu **redirecionamento** ao sócio-gerente. Nesta circunstância, cabe ao exeqüente provar que o sócio-gerente agiu com dolo, má-fé ou excesso de poderes.
5. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, improvido.

Nesse último julgado, tem-se explicitado que a indicação do responsável na certidão de dívida ativa gera a presunção de certeza e liquidez.

Mas não é apenas nessa hipótese, de prévia indicação do responsável na certidão de dívida ativa, que se admite o litisconsórcio passivo na execução fiscal. Viabiliza-se, também, o redirecionamento para penhora de bens do responsável. Daí a decisão assim ementada:

1. O **redirecionamento** da execução fiscal para o sócio-gerente da empresa somente é cabível quando comprovado que ele agiu com excesso de poderes, infração à lei ou contra estatuto, ou na hipótese de dissolução irregular da empresa. O simples inadimplemento de obrigações tributárias não caracteriza infração legal.
2. O encerramento irregular das atividades da empresa enseja o **redirecionamento** da execução fiscal para o sócio-gerente. Não cuidaram os recorrentes de afastar o fundamento do acórdão a fim de reformar o decisório, como pretendiam.
3. A configuração do prequestionamento exige a emissão de juízo decisório sobre a questão jurídica controvertida.
4. Recurso especial conhecido, mas improvido (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 687079 / MG, Min. Francisco Peçanha Martins).

Esse entendimento, contudo, não se ajusta à natureza da execução, que exige prévia certificação do direito. Se a CDA é título extrajudicial, ou a execução nela está baseada, não se poderá cogitar de prova da responsabilidade, salvo em outra ação, de embargos ou, então, não há correspondência entre o título e a pretensão executiva, o que importa em inviabilidade do redirecionamento.

Existem situações em que a própria natureza da obrigação revela a responsabilidade do sócio, como no caso da contribuição previdenciária descontada dos empregados, em que o não recolhimento pela empresa constitui crime de apropriação indébita (art. 168-A, do Código Penal), por isso, mesmo não constando o nome do sócio da CDA e da inicial da execução fiscal, tem-se como possível a penhora de bens do sócio, que responde pela satisfação do débito. Nesse sentido:

1. A regra no egrégio STJ, em tema de responsabilidade patrimonial secundária, é a de que o redirecionamento da execução fiscal, e seus consectários legais, para o sócio-gerente da empresa, somente é cabível quando reste demonstrado que este agiu com excesso de poderes, infração à lei ou contra o estatuto, ou na hipótese de dissolução irregular da empresa.
2. Ressalva do ponto de vista no sentido de que a ciência por parte do sócio-gerente do inadimplemento dos tributos e contribuições, mercê do recolhimento de lucros e pro labore, caracteriza, inequivocamente, ato ilícito, porquanto há conhecimento da lesão ao erário público.
3. Tratando-se "de débitos da sociedade para com a Seguridade Social, decorrentes do descumprimento das obrigações previdenciárias, há responsabilidade solidária de todos os sócios, mesmo quando se trate de sociedade por quotas de responsabilidade limitada. Aplicação do art. 13 da Lei 8.620/93, que alterou as regras das Leis 8.212 e 8.213, de 1991. Nestes casos, a responsabilidade atribuída pela lei ao sócio-cotista tem respaldo no art. 124, II, do CTN e independe de comprovação pelo credor exequente, de que o não-recolhimento da exação decorreu de ato abusivo, praticado com violação à lei, ou de que o sócio deteve a qualidade de dirigente da sociedade devedora."
4. Deveras, no campo tributário, quanto à aplicação da lei no tempo, vigora o princípio de que "a lei aplica-se imediatamente aos fatos geradores futuros" (art. 105), de sorte que a ressalva do agravado respeita o período pretérito. Isto porque respeitados os princípios da anterioridade, da legalidade, e demais informadores do sistema tributário, a relação do cidadão com o fisco é de trato sucessivo, por isso que não há direito adquirido em relação ao futuro, somente quanto ao passado.
5. A regra da limitação das obrigações sociais refere-se àquelas derivadas dos atos praticados pela entidade no cumprimento de seus fins contratuais, inaplicando-se às obrigações tributárias pretéritas, que serviram à satisfação das necessidades coletivas.
Por essa razão é que o novel Código Civil, que convive com o Código Tributário e as leis fiscais, não se refere à obrigações fiscais, convivendo, assim, a lei especial e a lei geral.
6. Hipótese em que a execução fiscal refere-se a débitos anteriores à vigência da Lei 8.620/93.
7. Agravo regimental improvido (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp 736826 / SP, Min. Luiz Fux).

Tem-se, portanto, uma variação de posições quanto a duas situações que devem ser tratadas diferentemente: 1 – a execução é proposta contra a sociedade e contra o sócio

responsável, baseando-se em certidão de dívida ativa decorrente de procedimento administrativo fiscal no qual é apontado o fato de que decorre a responsabilidade solidária, e 2 – a execução é proposta contra a sociedade, mas, não se encontrando bens, postula-se o redirecionamento contra o responsável.

Somente na segunda hipótese é que se há falar em redirecionamento e em exigência de prova, até porque a execução fiscal se baseia em título executivo extrajudicial, com presunção de certeza e liquidez, ou seja, o direito do credor, em relação aos responsáveis indicados na certidão de dívida ativa e na inicial, já está certificado, inexistindo razão para produção de prova, salvo se houver impugnação mediante embargos (para as objeções fundadas em prova documental, admite-se a exceção de pré-executividade).

Haverá redirecionamento apenas quando evidenciada, em momento posterior ao ajuizamento da ação, a responsabilidade do sócio, por infração de lei ou excesso de poderes (art. 135, CTN), a sucessão e a aquisição ou remissão, quanto aos bens adquiridos ou remidos (arts. 129 a 133, CTN).

Seria adequado incluir na nova lei dispositivo que obrigasse a indicação do responsável na inicial, salvo nas hipóteses de fato superveniente caracterizador da responsabilidade. É que a exigência de identificação dos bens a penhorar quando do ajuizamento da execução se estende às hipóteses de responsabilidade.

Poder-se-ia adotar-se a seguinte redação do § 2º do art. 5º:

A petição inicial indicará os responsáveis, inclusive as pessoas referidas no § 1º deste artigo, que 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.

3.3.3.2. Competência da Justiça Federal, eliminando-se a delegação à Justiça Estadual nas comarcas que não possuem Vara Federal

Sobre esse ponto assim se pronuncia a comissão:

No que tange à competência, o artigo 6º contempla duas inovações. Além de transferir para o texto da lei especial a disposição atualmente constante do artigo 578 do Código de Processo Civil, a proposta concentra na Justiça Federal todas as execuções fiscais da Fazenda Pública Federal. Entende-se que, com a crescente interiorização da Justiça Federal, não mais se justifica a regra geral de delegação de competência à Justiça Estadual, prevista no artigo 15, inciso I, da Lei nº 5.010, de 1966. Eventuais devedores domiciliados ou que tenham seus bens penhoráveis em comarcas onde não funcionem Varas Federais, poderão ser alcançados, se for o caso, mediante execução por carta, nos termos do art. 1213 do Código de Processo Civil. Ainda quanto à competência, sugere-se no parágrafo único do art. 6º, um alargamento da norma hoje prevista no artigo 29 da Lei nº 6.830/80, a fim de considerar como conexas as execuções fiscais entre as mesmas partes e propostas na mesma comarca ou subseção judiciária. Assim, ficará prevento para todas as demais o juiz que for competente para a primeira execução. Busca-se, com isso, evitar a injustificável repetição, em juízos diversos, de laboriosas e dispendiosas diligências cartorárias (exp. mot.).

A matéria ficaria assim disciplinada:

Art. 6º Observada a competência da Justiça Federal, a execução fiscal será proposta, a critério da exequente, no foro:

- I - de qualquer um dos executados, quando houver mais de um;
- II - do domicílio do executado ou, se não conhecido, no do lugar onde for encontrado;
- III - do lugar em que se praticou o ato ou ocorreu o fato que deu origem à dívida, embora nele não mais resida o executado;
- IV - do local onde se encontrem bens sujeitos à expropriação. Parágrafo único. O juiz competente para a primeira execução fiscal estará prevento para as demais entre as mesmas partes propostas na mesma comarca ou subseção judiciária, aplicando-se, no que couber, as regras relativas à conexão.

A revogação do art. 15, I, da Lei 5.010/66 implica eliminar-se a competência federal delegada dos Juízos Estaduais para a execução fiscal promovida pela União. Em Estados como São Paulo, Rio Grande do Sul, Santa Catarina e Paraná, onde se realizou, com maior intensidade, a interiorização da Justiça Federal, não haverá maiores problemas quando o devedor e os bens penhoráveis estiverem situados em local onde não haja vara federal, pois as distâncias a percorrer pelo oficial de justiça poderão até dispensar a execução por carta, mas, no Amazonas, no Pará, na Bahia, em Minas Gerais, onde muitos municípios distam centenas

de quilômetros das cidades de porte médio, será bastante dispendiosa e demorada a realização dos atos de citação, penhora e leilão.

Seria mais prudente dar nova redação ao inciso I da Lei 5.010/66, atribuindo aos Tribunais Regionais Federais poderes para fixar a competência territorial das Varas Federais do interior para as execuções fiscais, mantida a competência federal delegada dos Juízos Estaduais nas áreas remanescentes.

3.3.3.3 Citação e nova interrupção da prescrição

Mantém-se a previsão dos efeitos imediatos do despacho que recebe a inicial quanto à ordem de penhora e avaliação de bens, sem necessidade de novos termos de conclusão e atos ordinatórios inócuos, e adota-se solução intermediária entre a do novo Código Civil, art. 202, I, e a antiga redação do art. 219, CPC, para determinar-se a causa interruptiva da prescrição, *verbis*:

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.

A fórmula proposta é menos precisa que a dicção do Código Civil, que coloca o despacho inicial como causa interruptiva, submetida a condição resolutiva negativa, a não promoção da citação. Pelo diploma civil, basta ao autor requerer a citação. Para o CPC, é necessário que fique atento, promovendo no sentido da citação válida, nos dez dias subseqüentes à ordem judicial, somente então se dando a retroação do termo inicial à data da propositura da ação. No sistema do anteprojeto da LEF, a citação interrompe a prescrição, com retroação de efeitos, mas não se faz a ressalva do retardamento decorrente de deficiência do serviço judiciário.

O anteprojeto da LEF incorpora a autorização do decreto de prescrição de ofício, contida na Lei 11.051/2004¹³³, bastando, para tanto, a audiência do procurador da Fazenda:

Art. 15. Ouvida a Fazenda Pública, o juiz, na execução fiscal, poderá decretar a prescrição independentemente de requerimento do devedor. A atribuição de oficiosidade, nesse caso, importa em permitir-se o arquivamento definitivo de feitos que se acumulam nos arquivos provisórios, por força da antiga redação do art. 40 da Lei 6.830/80. A proposta, nesse ponto, está prejudicada pela nova redação dada ao § 5º do art. 219, CPC, pela Lei 11.280/06.

3.3.3.4 Ação autônoma

A ação de impugnação do lançamento ou das atividades preparatórias da execução fiscal recebe disciplina mais ampla, inclusive com previsão de prevenção do juízo das execuções fiscais, evitando-se, assim, decisões conflitantes:

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 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.

Relevante é a determinação de que a ação autônoma não impede nem suspende a execução fiscal, salvo mediante garantia cujas formas são elencadas no anteprojeto. É oportuno, também, que se disponha quanto à preclusão lógica quanto ao recurso administrativo, na hipótese de provocação judicial.

¹³³ 132Eis o texto acrescentado: § 4o Se da decisão que ordenar o arquivamento tiver decorrido o prazo prescricional, o juiz, depois de ouvida a Fazenda Pública, poderá, de ofício, reconhecer a prescrição intercorrente e decretá-la de imediato. (Incluído pela Lei nº 11.051, de 2004)

3.3.3.5 Depósito e encargo de depositário

A par da determinação da exclusividade da Caixa Econômica Federal para os depósitos judiciais na esfera federal e da preservação da competência dos Estados para indicação de outra instituição para recebimento dos seus créditos, o anteprojeto obriga o executado a aceitar o encargo de depositário, salvo autorização judicial:

Art. 10- Os depósitos judiciais em dinheiro serão obrigatoriamente feitos:

I - na Caixa Econômica Federal, quando relacionados com a execução fiscal proposta pela União, suas autarquias ou fundações de direito público;

II - na instituição financeira indicada pela unidade federativa para recebimento dos seus créditos ou, à sua falta, na Caixa Econômica Federal, quando relacionados com execução fiscal proposta pelo Estado, Distrito Federal, Municípios e suas autarquias ou fundações de direito público.

§ 1º Os depósitos de que trata este artigo estão sujeitos à atualização monetária, segundo os índices estabelecidos para os débitos tributários federais.

§ 2º Após o trânsito em julgado da decisão, o depósito, monetariamente atualizado, será devolvido ao depositante, ou entregue à Fazenda Pública, mediante ordem do juízo competente.

§ 3º A penhora em dinheiro será efetuada mediante depósito na forma deste artigo.

Art. 12 O executado não poderá recusar o encargo de depositário, salvo autorização judicial.

§ 1º O juiz, a requerimento da exequente, 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.

Convém deixar claro que a devolução do dinheiro ao depositante somente se dará se for vencedor na impugnação à execução. Isso porque há corrente doutrinária e jurisprudencial, minoritária embora, que defende a disponibilidade, a qualquer tempo, do depósito pelo depositante. Propõe-se, então, a seguinte redação :

Art. 10...

§ 2º Após o trânsito em julgado da decisão, o depósito, monetariamente atualizado, será devolvido ao depositante, **se acolhida a impugnação à execução**, ou entregue à Fazenda Pública, mediante ordem do juízo competente.

3.3.3.6 Averbação do ato de constrição

Outra providência destinada a dar maior celeridade e efetividade à execução fiscal é a que estabelece a imediata apresentação de certidão da penhora ou da garantia ao cartório competente para averbação:

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.

3.3.3.7 Intimação pessoal do representante da Fazenda

Apesar de avançar na outorga aos tribunais de atribuição para disciplinar a comunicação eletrônica dos atos processuais (art. 16), o anteprojeto insiste, contraditoriamente, na regra da intimação pessoal do representante da Fazenda Pública, com vista dos autos, *verbis*:

Art. 13 Na execução fiscal, qualquer intimação ao representante judicial da Fazenda Pública será feita pessoalmente.

Parágrafo único. A intimação de que trata este artigo poderá ser feita mediante vista dos autos, com imediata remessa ao representante judicial da Fazenda Pública, pelo cartório ou secretaria.

Art 16 Os tribunais , no âmbito da respectiva jurisdição, poderão disciplinar a prática e a comunicação dos atos processuais por meios eletrônicos.

Mais funcional e compatível com os objetivos da reforma seria a seguinte redação:

Art. 13... Parágrafo único. A intimação de que trata este artigo poderá ser feita mediante comunicação por via eletrônica, com vista dos autos, postos à disposição, para retirada de cartório ou secretaria, pelo representante judicial da Fazenda Pública.

3.3.3.8 Audiência da Fazenda no processo falimentar

Ressalte-se, por fim, a determinação constante do anteprojeto no sentido de prevenir qualquer alienação em procedimentos de concursos de credores sem prévia audiência da Fazenda Pública, *verbis*:

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.

3.3.3.9 Execução fiscal contra entidades públicas

Nenhuma referência consta do anteprojeto quanto à execução fiscal dirigida contra entidade pública, embora seja este um problema com que se têm defrontado os tribunais, especialmente os federais. É que, apesar da imunidade recíproca quanto aos impostos sobre patrimônio, renda e serviços dos entes públicos (art. 150, VI, a, da Constituição Federal), resta um campo razoável de incidência tributária e de débitos não tributários da União, Estados e Municípios e suas autarquias para serem cobrados, uns dos outros. Como tais entes têm seu patrimônio insuscetível de penhora, impõe-se a combinação dos ritos da execução fiscal e da execução contra a Fazenda Pública, o que já vem sendo admitido pela jurisprudência formada a partir do Tribunal Federal de Recursos.

Além da inviabilidade da penhora sobre o patrimônio de entidade pública, a cobrança dos débitos públicos certificados em título extrajudicial encontra dificuldade ante a disposição do art. 100 da Constituição Federal no sentido de que "os pagamentos devidos pela Fazenda Federal, Estadual ou Municipal, em virtude de sentença judiciária, far-se-ão exclusivamente na ordem cronológica de apresentação dos precatórios....". A solução encontrada tem sido a de admitir-se a execução fiscal contra a Fazenda Pública, fundada em certidão de dívida ativa, mas, ao invés de ordenar-se a citação para pagamento, com autorização de penhora e alienação, fazê-lo para a apresentação de embargos, na forma do art. 730, CPC. Oferecidos ou não embargos, segue-se sentença, atendendo-se ao dispositivo constitucional.

A Constituição permite, no entanto, que a União e os Estados condicionem a entrega de recursos dos fundos de participação ao pagamento de seus créditos e de suas autarquias (parágrafo único do art. 160, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 29, de 2000), o que, na prática, configura permissão de auto-executoriedade. A regra tem sido usada

exaustivamente contra os Municípios, especialmente pelo Instituto Nacional da Previdência Social. As entidades municipais, entretanto, não têm meios eficazes de cobrança de seus créditos em relação aos Estados e à União.

A situação de desequilíbrio poderia ser resolvida com a adoção de uma modalidade especial de execução fiscal de um ente público contra outro, em que, ao invés do precatório comum, estivesse prevista a requisição preferencial de pagamento, como acontece com os débitos certificados pelos Juizados Especiais Federais. Justifica-se a medida, pois estariam resguardados os interesses públicos atendidos pela aplicação de recursos pela Administração, em todos os níveis.

A reforma da execução fiscal permite ao Estado brasileiro atuar no sentido da remoção do astronômico passivo tributário, o que, numa etapa subsequente, permitiria maior disponibilidade de recursos para atender às necessidades de investimentos sociais e em infraestrutura.

O anteprojeto de lei de execuções fiscais está elaborado de modo a integrar as fases administrativa e judicial e a tornar efetivo o acesso da administração à justiça, com a exigência da indicação na inicial dos bens do devedor a serem penhorados.

O texto pode ser aperfeiçoado mediante alterações que visem a resolver problemas como os do redirecionamento da execução, comunicação eletrônica extensiva aos representantes da Fazenda Pública e previsão de procedimento especial para a execução fiscal contra entidades públicas.

3.3.4 A necessidade de um processo administrativo funcional

A sobrecarga dos tribunais e a morosidade da atuação judicial podem ser atenuadas pelo efetivo funcionamento das instâncias administrativas. O contencioso administrativo que produza, com a necessária rapidez, soluções justas e de boa técnica, informado pelo princípio

do devido processo legal, terá como conseqüência a diminuição dos conflitos com os administrados, que deságuam no Judiciário, e, mesmo quando houver o acesso à justiça, a causa já estará informada por decisões bem fundamentadas, que reduzirão o trabalho do juiz na apreciação do caso.

James Marins, ao abordar os princípios que informam o processo administrativo, demonstra a lenta evolução legislativa de sua disciplina, no Brasil. Com efeito, somente com a Lei 9.784/99 é que se tem o tratamento codificado da matéria, no âmbito federal, restando por editar-se norma geral, nacional¹³⁴.

As normas processuais administrativas têm sede na Constituição Federal, no Código Tributário Nacional, no Decreto 70.235/72, na Lei 9.784/99, nas leis estaduais e municipais.

A origem do processo administrativo remonta à criação da República, em 1889, mas somente a Constituição de 1988, art. 5º, LV, vem revigorá-lo, ao submetê-lo aos princípios da ampla defesa e do contraditório.

Reporta-se Marins aos estudos de Odete Medauar e Romeu Felipe Bacelar Filho para estabelecer as diferenças entre processo e procedimento: a) o processo enquanto meio para a consecução de determinadas atividades administrativas ou legislativas, b) o processo enquanto meio de solução da lide no âmbito administrativo. Nesse último, há mais proximidade com a disciplina processual que a administrativa.

Aponta, então, os princípios constitucionais gerais da Administração Pública: legalidade, finalidade, razoabilidade, proporcionalidade, motivação, impessoalidade, publicidade, moralidade, responsabilidade, eficiência.

Bacellar Filho identifica quatro conseqüências capitais para a construção do processo administrativo:

¹³⁴ MARINS, James. *Direito Processual Tributário Brasileiro: administrativo e judicial*. 3 Ed. São Paulo: Dialética,, 2003.

- 1 – todo processo é procedimento, mas a recíproca não é verdadeira, pois nem todo procedimento converte-se em processo;
- 2 – o regime jurídico do processo não pode perder de vista as exigências do rito procedimental (processo também é procedimento);
- 3 – há uma processualidade ampla: o processo não se encontra restrito à função jurisdicional;
- 4 – o processo é instrumento constitucional de atuação dos poderes estatais, o que implica a formação de núcleo constitucional de processualidade ao lado do diferenciado.

No Direito Tributário, processo e procedimento, ainda segundo Marins, distinguem-se nitidamente:

- 1 - Procedimento enquanto caminho para a consecução do lançamento;
- 2 - Processo como meio de solução administrativa de conflitos fiscais;
- 3 - Processo como meio de solução judicial de conflitos fiscais.

A lide (conflito de interesses qualificado como uma pretensão resistida, na tradicional definição de Carnellutti) é o critério que o autor paranaense utiliza para determinar a instauração do processo tributário.

Passa, então, a observar os princípios comuns ao procedimento e ao processo administrativo tributário: legalidade objetiva (tipicidade, autotutela vinculada) - CF, arts, 5º, II, 37, 150, I; CTN, art. 3º; Lei 9.784/99, arts. 1º e 2º, I, vinculação, verdade material, oficialidade, dever de colaboração (Lei 9.784/99, art. 4º), dever de investigação (limites: inviolabilidade da vida privada, da intimidade, inviolabilidade da residência, salvo determinação judicial), inviolabilidade da correspondência, este último definido na Lei Complementar 105/2001, que disciplina a coleta de informações pela Receita, o sigilo fiscal e o sigilo bancário.

São princípios do procedimento administrativo fiscal: inquisitorialidade (atividade oficial de apuração), cientificação, formalismo moderado, fundamentação, acessibilidade

(vista dos autos pelo advogado e pelo interessado) , celeridade, gratuidade (Lei 9.784/99, art. 2º, XI).

Os princípios específicos do processo administrativo tributário são o devido processo legal, contraditório, ampla defesa, instrução probatória, duplo grau de cognição, julgador competente e ampla competência decisória.

A questão da exigência de depósito para o recebimento de recurso administrativo fiscal é objeto de recurso extraordinário em que o Supremo Tribunal Federal faz a revisão de sua jurisprudência, já com cinco votos favoráveis à eliminação dessa barreira.

O julgamento foi suspenso por pedido de vista do ministro Cezar Peluso. O Recurso Extraordinário 388359 foi interposto por HTM - Distribuidora de Melaço Ltda, contra decisão do Tribunal Regional Federal da 5ª Região (PE), que entendeu pela legalidade do depósito prévio de pelo menos 30% da exigência fiscal para seguimento do Recurso Administrativo.

No início do julgamento, em 2004, o relator, ministro Marco Aurélio, sustentou que a exigência do depósito prévio inviabiliza o direito de defesa do recorrente. Ele reafirmou, ainda, ser constitucional o direito de petição, independente do pagamento de taxas, concluindo pelo provimento do recurso.

O ministro Joaquim Barbosa, ao proferir seu voto-vista, reafirmou o entendimento do relator, acrescentando que essa é uma questão recorrente na Corte Suprema. Explicou que o TRF, baseando-se em jurisprudência contrária do Supremo, tem negado provimento à apelação do recorrente, com o argumento de que a exigência de depósito prévio é constitucional.

Apesar disso, o ministro afirmou que a posição do Tribunal merece ser revista nesta matéria e que o tema pode ser abordado sob três ângulos que se relacionam: o princípio democrático no procedimento administrativo; o procedimento administrativo e o princípio da legalidade; o procedimento administrativo e os direitos fundamentais.

No voto-vista, o ministro Joaquim Barbosa entendeu que não subsistem razões para se manter a posição que considera constitucional a exigência do depósito prévio para a interposição de recurso administrativo. Tal exigência esvazia o direito fundamental dos administrados e mantê-la levaria à própria negação desse direito.

Os ministros Ricardo Lewandowski, Eros Grau e Carlos Ayres Britto acompanharam o voto do relator, ministro Marco Aurélio, enquanto o ministro Sepúlveda Pertence abriu divergência do relator e negou provimento ao recurso. “A Constituição, a meu ver, não garante o recurso administrativo”, disse Pertence. Para ele, a Carta “estabelecerá, conforme a matéria, procedimentos administrativos para tornar definitivas as decisões administrativas sempre sujeitas a controle jurisdicional jamais dependente da exaustão da instância administrativa”.

O ministro Pertence observou que “o Código Tributário Nacional (CTN), que confere ao recurso administrativo fiscal efeito suspensivo da exigibilidade do crédito tributário, claramente remete à lei do processo administrativo tributário à regulação desse recurso e a sua própria existência”. Assinalou que, por essa razão, entende não ser plausível a alegação de inconstitucionalidade.

O ministro Cezar Peluso pediu vista do RE, suspendendo o julgamento da matéria.¹³⁵

É provável que o Supremo Tribunal Federal modifique o seu posicionamento quanto à exigência do depósito para interposição do recurso administrativo, mas uma outra solução se apresenta viável para a matéria, mediante aplicação do princípio da ampla defesa: quando o valor exigido, por ser elevado, inviabilizar a utilização da via recursal, permitindo-se, então, ao juiz determinar a redução da exigência para um patamar razoável.

O certo é que a inserção do processo administrativo no rol dos instrumentos sob incidência das garantias constitucionais da ampla defesa e do contraditório e a introdução do

¹³⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Informativo de 20/4/ 2006.

princípio da razoável duração do processo (sem distinção entre processo judicial e processo administrativo, até porque este último tende naturalmente à maior rapidez) acenam para a necessidade da reestruturação do sistema de julgamento administrativo, com julgadores tecnicamente habilitados e independentes. De imediato, isso implicaria, e muito, aliviar a carga de trabalho dos juízos e tribunais.

CONCLUSÃO

Ao final da apreciação do sistema de efetivação da tutela jurisdicional e de sua base legal, em comparação com alguns dados oficiais sobre o funcionamento do Poder Judiciário brasileiro, é possível concluir que a reforma processual, ainda em andamento, embora tenha proporcionado novos instrumentos capazes de acelerar a satisfação do direito a quem o demonstra, carece de correções que podem ser assim sintetizadas: i) o processo administrativo deve ser regulado nacionalmente e entregue à aplicação de órgãos independentes e habilitados a resolver rapidamente os conflitos com os particulares; ii) a introdução de meios telemáticos de prática e comunicação de atos processuais se faz de modo tímido e desordenado, sendo necessária uma ampla mobilização, conduzida pelo Conselho Nacional de Justiça, para renovação tecnológica das unidades judiciárias; iii) é importante reverter o quadro de privilégios inteiramente descabidos à advocacia pública, especialmente quanto à intimação, que deve obedecer à modalidade comum; iv) os tribunais devem interpretar a legislação sobre suspensão de liminares e sentenças pelos presidentes de modo restritivo, absolutamente limitado às hipóteses de grave lesão à economia, à saúde, à segurança e à ordem pública, respeitado o princípio do juiz natural e sempre prevalecendo a decisão jurisdicional de segundo grau sobre a decisão política, ressalvada a suspensão pelo presidente do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça, desde que tenha sido interposto recurso extraordinário ou especial; v) a proteção do ambiente, do consumidor e dos direitos fundamentais não pode ser represada pela aplicação de dispositivos que a limitam localmente, quando isso implicar enfraquecimento da tutela; vi) o juiz deve ter o controle total dos processos sob sua direção, mediante inserção dos dados em planilhas com indicação das diversas fases do procedimento; vii) o controle da observância de prazos cartorários e

judiciais deve estar também digitalizado e à disposição da Corregedoria; viii) a cobrança dos créditos da Fazenda Pública deve fazer-se de modo racional e prático, superando-se o estágio atual de ineficácia do procedimento de execução fiscal, o que permitiria o aumento da arrecadação e, por extensão, a maior disponibilidade para o pagamento das dívidas judiciais das entidades públicas por meio de precatórios; x) a relativização da coisa julgada há que obedecer a critérios rígidos, à ponderação de direitos fundamentais, não se justificando a aplicação extensiva e automática do disposto no parágrafo único do art. 741, CPC; xi) a tutela efetiva somente é alcançável, no plano geral, se merecer o empenho ordenado do conjunto de agentes públicos encarregados das atividades administrativa e judicial de reconhecimento e satisfação de direitos.

REFERÊNCIAS

- ADEODATO, João Maurício. *Filosofia do Direito: uma crítica à verdade na Ética e na Ciência*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2005.
- _____. *Ética e Retórica: para uma teoria da dogmática jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2002.
- AGUIAR, Leandro Katscharowski. *Tutela coletiva de direitos individuais homogêneos e sua execução*. São Paulo: Dialética, 2002.
- AGUILLAR, Fernando Herren. *Metodologia da Ciência do Direito*. 2 ed. São Paulo: Max Limonad, 1999.
- ARENDT, Hannah. *Responsabilidade e julgamento*. Trad. Rosaura Eichnberg. São Paulo: Companhia das Letras, 2004..
- ALEXY, Robert. *Três escritos sobre los derechos fundamentales y la teoria de los principios*. Trad. Carlos Bernal Pulido. Bogotá: Universidad Externado de Colômbia, 2003.
- _____. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica*. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001.
- ATIENZA, Manuel. *Derecho y argumentación*. Bogotá: Universidad Externado de Colômbia, 1997.
- BARBOSA, Ana Paula Costa. *A Legitimação dos Princípios Constitucionais Fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- BARROS E SILVA NETO, Francisco Antonio de. *A Antecipação da Tutela nos Processos Declaratórios*. Porto Alegre: Fabris, 2005.
- BECK, Ulrich. *La société du risque: sur la voie d'une autre modernité*. Trad. da língua alemã para a francesa por Laure Bernardi. Paris: Aubier, 2002.
- BUENO, Cassio Scarpinella. *Mandado de segurança*. São Paulo: Saraiva, 2004.
- _____. *O Poder Público em juízo*. São Paulo: Saraiva, 2005.
- _____. *A nova etapa da reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2006, vol. I.
- _____. *A nova etapa da reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2006, vol. II.
- CALMON DE PASSOS, Jose Joaquim. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1984, arts. 796 a 812, vol. X.

- _____. Mandado de Segurança Coletivo, Mandado de Injunção, Habeas Data: Constituição e Processo. Rio de Janeiro: Forense, 1989.
- _____. Comentários ao Código de Processo Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2005, vol III, arts. 270 a 331.
- _____. Tutela Constitucional das Liberdades. disponível em <http://www.teiajuridica.com>.
- CARNEIRO, Athos Gusmão. Da Antecipação de Tutela. 6 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryan. Acesso à Justiça. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.
- CASTELLS, Manuel. A Sociedade em Rede. 7 ed. Trad. Roneide Venâncio Majer. São Paulo: Paz e Terra, 2003.
- CARNELUTTI, Francesco. Como Nasce o Direito. Trad. Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: Editora, 2005.
- COUTURE, Eduardo. Fundamentos del Derecho Procesal. 3 ed. Buenos Aires: Edigraf, 1976.
- DANTAS, Marcelo Navarro Ribeiro. Mandado de Segurança Coletivo: legitimação ativa. São Paulo: Saraiva, 2000.
- DINAMARCO, Cândido Rangel, Nova era do Processo Civil. São Paulo: Malheiros, 2003
- _____. Instituições de Direito Processual Civil, São Paulo: Malheiros, 2005
- DWORKIN, Ronald. Uma questão de princípio. Trad. Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001.
- ELSTER, John; SLAGSTAD, Rune. Constitutionalism and Democracy. Cambridge: Cambridge University Press, 1988.
- FRANCIULLI Neto, Domingos. A Prestação Jurisdicional. São Paulo: Millenium, 2004.
- FREIRE e Silva, Bruno. A Ineficácia da Tentativa de Limitação Territorial dos Efeitos da Coisa Julgada na Ação Civil Pública. In: Processo Civil Coletivo. Rodrigo Mazzei e Rita Dias Nolasco (coord). São Paulo: Quartier Latin, 2005.
- FUX, Luiz. Tutela de Segurança e Tutela da Evidência: fundamentos da tutela antecipada. São Paulo: Saraiva, 1996.
- _____. A Ideologia dos Juizados Especiais. Disponível em <http://bdjur.stj.gov.br>
- GOUVEIA, Lúcio Grassi de. Conteúdo e alcance do dever de dizer a verdade no sistema processual civil brasileiro. Revista da Esmape, Recife, 2005, vol. 10, nº 21, p. 371-406.

- HARMES, Adam. *Return of the State*, Vancouver: Douglas & Mc Intyre, 2005.
- HARR, Jonathan. *A Civil Action*. New York, Editora, 2003.
- HESS, Heliana Coutinho. *Acesso à Justiça por Reformas Judiciais*. Campinas: Editora, 2004.
- GUIMARÃES, José Lázaro Alfredo. *Agravo*. Disponível em <http://paginas.terra.com.br/educacao/teia/agravo.htm>.
- GRECO FILHO, Vicente. *Direito Processual Civil Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2003, 3º vol.
- LARENZ, Karl. *Metodologia de la Ciência del Derecho*. Trad. Marcelino Rodriguez Molinero. Barcelona: Ariel, 1994.
- LIMA, Paulo Roberto de Oliveira. *Contribuição à Teoria da Coisa Julgada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- LIEBMAN, Enrico Tulio. *Eficácia e Autoridade da Sentença*. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984.
- MANDRIOLI, Crisanto. *Corso di Diritto Processuale Civile: I Nozione introdutive e disposizioni generali*. 6. ed. Turim: Giapichelli, 1987.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *A Antecipação da Tutela*, 8 ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 157.
- _____. *Efetividade do Processo e Tutela de Urgência*. Porto Alegre: Fabris, 1994
- MARINS, James. *Direito Processual Tributário Brasileiro: administrativo e judicial*. 3 ed. São Paulo: Dialética, 2003.
- MAZZILLI, Hugo Nigri. *Defesa dos Interesses Difusos em Juízo*. São Paulo: Saraiva, 2005
- MELKEVIK, Bjarne. *Considerations Juridico-philosophiques*. Quebec: Editora, 2005.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Novo Processo Civil Brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1998
- _____. **Os casos do bloqueio de cruzados**. São Paulo: Saraiva, 2001.
- _____. **Temas de Direito Processual**. São Paulo: Saraiva, 2001, sétima série.
- _____. **Temas de Direito Processual**. São Paulo: Saraiva, 2004, oitava série.
- OUREM CAMPOS, Hélio Silvio et al. *O Estado Dogmático e os Tributos nas Constituições*. Brasília: Revista CEF, 2005, vol. 29. p. 111-125.
- PIMENTEL, Alexandre Freire. *O Direito Cibernético*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- _____. *Tipologia das Tutelas*. Disponível em http://www.esmape.com.br/pos_3_ProcCivil.php.

RIBEIRO, Darci Guimarães. La Tutela Judicial del Credito em el Codigo Procesal Civil
 Modelo para Ibero-America.

www.direito.unisinos.br/~darci/arquivos/LA_TUTELA_JUDICAL_DEL_CREDITO_EN_EL_CoDIGO_PROCESAL

ROCHA, José de Moura et al. Código de Processo Civil Reflexões-Alterações-Inovações. Recife: Revista da Esmape, 1997, vol. 2, nº 6.

SANTOS, Boaventura; MARQUES, Maria M.; PEDROSO, João; FERREIRA, Pedro. Os tribunais nas sociedades contemporâneas. O caso português. Porto: Afrontamento, 1996.

SANTOS, Gustavo Ferreira. O Princípio da Proporcionalidade na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: Limites e Possibilidades. Rio de Janeiro: Lumen, 2004.

SANCHÍS, Luis Prieto. Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales: Constitucion y Democracia. Madrid: Trota, 2003.

SEVERO NETO, Manoel. Substituição Processual. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

COSTA E SILVA, Ana Paula. Reforma do Processo de Execução. Revista da ESMape, Recife, 2006, vol. 11.

SZKLAROWSKY, Leon Fredja. Execução Fiscal. São Paulo: Editora, 1984.

VIGLIAR, José Marcelo Menezes. Tutela Jurisdicional Coletiva, São Paulo: Atlas, 1998.

VILANOVA, Lourival. Causalidade e Relação no Direito. São Paulo: Saraiva, 1989.

YARSHELL, Flávio Luiz. Tutela Jurisdicional. São Paulo: Atlas, 1999.

ZAVASCKI, Teori Albino. Antecipação da Tutela. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. Processo Coletivo. São Paulo: RT, 2006.

_____. Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional. São Paulo: RT, 2001.