

UNIVERSIDADE CATÓLICA DE PERNAMBUCO  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO  
MESTRADO EM DIREITO

OSVIR GUIMARÃES THOMAZ

**A TUTELA JURISDICIONAL EFETIVA NAS  
AÇÕES DE EXECUÇÃO POR QUANTIA CERTA EM  
FACE DA FAZENDA PÚBLICA**

RECIFE/2010

OSVIR GUIMARÃES THOMAZ

**A TUTELA JURISDICIONAL EFETIVA NAS  
AÇÕES DE EXECUÇÃO POR QUANTIA CERTA EM  
FACE DA FAZENDA PÚBLICA**

Dissertação apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco, sob a orientação do Professor Doutor Leonardo José Carneiro da Cunha.

RECIFE/2010

T465t Thomaz, Osvir Guimarães  
A tutela jurisdicional efetiva nas ações de execução por  
quantia certa em face da Fazenda Pública / Osvir Guimarães  
Thomaz ; orientador Leonardo José Cameiro da Cunha, 2010.  
182 f.

Dissertação (Mestrado) - Universidade Católica de Pernambuco.  
Pró-reitoria Acadêmica. Programa de Mestrado em Ciências Jurídicas,  
2010.

1. Direitos fundamentais. 2. Acesso à justiça. 3. Processo civil.  
4. Execuções (Direito). 5. Tutela jurisdicional. 6. Direito constitucional.  
I. Título.

CDU 347.9

UNIVERSIDADE CATÓLICA DE PERNAMBUCO  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO  
MESTRADO EM DIREITO

OSVIR GUIMARÃES THOMAZ

**A TUTELA JURISDICIONAL EFETIVA NAS AÇÕES DE EXECUÇÃO POR  
QUANTIA CERTA EM FACE DA FAZENDA PÚBLICA**

Dissertação apresentada à Pró-reitoria de Ensino, Pesquisa, Extensão e Pós-Graduação da Universidade Católica de Pernambuco, com área de concentração em Direito Processual e linha de pesquisa *Processo e Dogmática*.

Banca examinadora composta pelos professores doutores abaixo, sob a presidência do primeiro, que a julgou nos seguintes termos:

Professor Doutor. Leonardo José R. B. Carneiro da Cunha, UFPE (Orientador)

Julgamento: \_\_\_\_\_ Assinatura: \_\_\_\_\_

Professor Doutor Sérgio Torres Teixeira, UNICAP

Julgamento: \_\_\_\_\_ Assinatura: \_\_\_\_\_

Professor Doutor Ivo Dantas, UFPE

Julgamento: \_\_\_\_\_ Assinatura: \_\_\_\_\_

Menção Geral:

\_\_\_\_\_

Coordenador do Curso:

Professora Doutora Marília Montenegro

## AGRADECIMENTOS

Agradecimento consiste no reconhecimento à contribuição para o alcance do objetivo estabelecido.

Dessa forma, é necessário considerar, primeiramente, o autor do dom da vida, pois Ele, na sua onisciência, ao arquitetar a minha vida, inseriu em meu ser toda minha potencialidade, que reconheço não serem minhas, mais sim Dele, que habita em meu ser e me faz parafrasear o Apóstolo Paulo que assim disse: “Não que de mim mesmo eu seja capaz de pensar alguma coisa, mas a minha suficiência vem de Deus”.

Em seguida agradeço à minha Erica, pelo incentivo que me deu, pois, ao iniciar este mestrado, fui acometido de uma estafa que me levou a um processo depressivo que me fez crer não concluiria este curso. Conheci o lado obscuro da depressão e pude me colocar no lugar daqueles que sofrem desse mal que esvazia o ser humano de suas forças levando-os a crer que não há saída. Encontrei, nas aulas e discussões, um grande momento terapêutico, que auxiliou a aliviar o sofrimento. Obrigado Erica, por estar presente em todo tempo.

Agradeço à compreensão de meus cinco filhos, que ficaram carentes de minha atenção em muitos momentos enquanto produzia este trabalho, mas hoje se sentem orgulhosos de ver seu pai concluindo esta etapa, que, com certeza, passa a ser um referencial para cada um deles, Gabriel Thomaz, Lucas Thomaz, Ana Beatriz Thomaz, Thiago Thomaz e Nathália Thomaz, sendo esse o legado de luta e perseverança que pretendo deixar para vocês.

Agradeço ao meu sogro, Eliezer da Costa Palma, pelo incentivo e a torcida para que concluísse este trabalho sempre acreditando e vendo em mim muito mais do que realmente sou.

Agradeço ao meu orientador, Professor Doutor Leonardo Carneiro da Cunha, que, através de suas obras, tem-me inspirado a ser um candidato a seu discípulo, sua capacidade, inteligência e sobriedade despertam a admiração de seu orientando.

Também quero externar meus agradecimentos à Professora Doutora Virgínia Colares, que ajudou a desconstruir meu conhecimento “desarrumando minhas gavetas”, levando-me a refletir com novo olhar sobre as temáticas do direito.

Ao Professor Doutor Sérgio Torres que, com sua dedicação ao estudo da temática do Acesso à Justiça, mostrou-me caminhos a trilhar em busca da questão da efetividade do processo em face da Fazenda Pública.

Ao Professor Doutor Ivo Dantas, que aceitou o convite de fazer parte da Banca de Avaliação contribuindo com suas observações e com o direcionamento da caminhada na temática escolhida.

Agradeço, também à Universidade Católica de Pernambuco pelo empenho em estabelecer um Curso de Mestrado em Direito possibilitando a formação de uma sociedade acadêmica pernambucana comprometida com a temática de tanta relevância na atividade jurisdicional, que é o Processo Civil.

Por fim, agradeço ao meu irmão Oséias Thomaz, aos amigos, Átila Robertson, Marcelo Gil e Sofia Mignac, que, ao longo desses últimos dois anos, foram pacientes para ouvir minhas reflexões acerca da temática da efetividade do processo nas ações de execução por quantia certa em face da Fazenda Pública.

## **DEDICATÓRIA**

Dedico este trabalho à memória de minha mãe, Virginia Guimarães Thomaz, que partiu antes do despertar de sua águia. Ao meu pai, Oscar Américo Thomaz, pela entrega sacrificial a fim de que eu pudesse trilhar caminhos menos tortuosos do que os enfrentados por ele em sua trajetória de vida. E as minhas queridas irmãs, Célia, Rita, Ceminha e Cátia, que são fãs incondicionais do seu irmão.

## RESUMO

A dissertação propõe analisar a concretização da efetividade do processo nas ações de execução por quantia certa em face da Fazenda Pública. O tema constitui-se relevante uma vez que a efetividade tornou-se a voga da onda renovatória do processo civil. Torna-se de fundamental importância uma vez que a Fazenda Pública é a maior demandada em juízo em todas as esferas sejam a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e as autarquias. Nessa toada, é mister que sejam enfrentadas as prerrogativas garantidas à Fazenda Pública como instrumento ou não de óbice contra a efetividade do processo tutelado na Constituição Federal. Dentre as prerrogativas, a Constituição estabeleceu que os pagamentos devidos pela Fazenda Federal, Estadual ou Municipal, em virtude de sentença judicial, far-se-ão exclusivamente na ordem de apresentação dos precatórios. O que vem a ser essa figura tipicamente brasileira denominada precatório? Quais os impactos desse instituto em face da efetividade do processo? Seria constitucional esse instituto estabelecido quando se analisa sistemicamente a constituição? Pelo princípio da unidade da constituição e pela máxima efetividade, seria cabível o que trouxeram as Emendas Constitucionais nº 30/2000 e 62/2009, que estabeleceram uma verdadeira moratória das dívidas já reconhecidas e que já se encontravam em fila de espera? Uma vez que a Constituição vem enfrentando uma verdadeira afronta mediante as reformas propostas via emenda constitucional do poder constituinte derivado, é necessário que seja feita uma reflexão quanto à inconstitucionalidade ou não dessas emendas, sob pena de ser afrontado um direito fundamental garantido pela Constituição. Se não houver uma profunda quebra de paradigma, é possível que a efetividade do processo em face da Fazenda Pública torne-se uma verdadeira utopia, ficando todos os litigantes contra a Fazenda Pública com o desconfortável sentimento de injustiça não sendo o Poder Judiciário capaz de ser um instrumento de pacificação social.

**Palavras-chave:** efetividade; precatório; decisão útil; acesso a justiça; processo de resultado.

## ABSTRACT

The thesis proposes to analyze the effectiveness of civil process regarding the attachment and garnishment actions for debts of the Public Administration. The issue is relevant because the process effectiveness has become the new trend in civil process, and because the Public Administration is the major defendant in all levels of the Judiciary, being the Federal Government, the States, Federal District, Municipalities or Agencies. Therefore it is mandatory to analyze the privileges granted to the Public Administration as instrument for or impediment against the effectiveness of process, as mentioned by the Federal Constitution. One of the Public Administration's privileges the Constitution established is that payments owed by the Federal, State, and Municipal Governments, from any judicial decision are to be made exclusively in the order Judicial Awards for Payment by Public Administration are filed. What is this typical Brazilian institute called Judicial Award for Payment by Public Administration? What is the impact of such institute on process effectiveness? Would such institute be considered constitutional when one interprets systematically the Constitution? Considering the principles of unity of the Constitution and maximum effectiveness, are the Amendments # 30/2000 and 62/2009 – that have established an actual moratorium to Public debts already awarded and waiting on the line – legally adequate? While the Constitution is facing a big challenge by the proposed Constitutional Amendments from Congress an examination of their unconstitutionality is called for. If such examination is not done provisions from fundamental rights granted by the Constitution may be disregarded. And if there is no profound paradigm break it is possible the process effectiveness against the Public Administration becomes an utopia, and all litigants against the Public Administration remain with the uncomfortable feeling of injustice. In such a case, the Judiciary Power is not going to be able to work as an instrument of social pacification.

**Key words:** effectiveness; judicial award for payment by Public Administration; useful decisions; Access to Justice; efficient process.

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	12
CAPÍTULO I - TUTELA JURISDICIONAL EFETIVA NA PERSPECTIVA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	14
1.1 Noções de direitos fundamentais.....	14
1.2 Os direitos fundamentais e suas dimensões.....	18
1.2.1 Os direitos fundamentais de primeira dimensão.....	19
1.2.2 Os direitos fundamentais de segunda dimensão.....	20
1.2.3 Os direitos fundamentais de terceira dimensão.....	20
1.2.4 Os direitos fundamentais de quarta e quinta dimensão.....	21
1.3 A perspectiva objetiva e subjetiva dos direitos fundamentais.....	23
1.4 A posição e o significado dos direitos fundamentais na Constituição de um Estado Democrático e Social de Direito.....	27
1.5 Direito à tutela jurisdicional efetiva: principio elementar de proteção dos direitos fundamentais.....	28
CAPÍTULO II - A EFETIVIDADE DO PROCESSO.....	34
2.1 A efetividade e sua conceituação.....	34
2.2 A Constituição como norma fundamental do Estado.....	35
2.3 A Constituição Jurídica e a Constituição Política.....	37
2.4 A Força Normativa da Constituição.....	40
2.5 A Constituição como um sistema jurídico.....	43
2.6 A principiologia como elemento harmonizador na interpretação da Constituição.....	44
2.7 A Constituição e o princípio da efetividade.....	57
2.8 Os movimentos de reforma e a efetividade do processo em face da Fazenda Pública.....	58

2.9 A efetividade do processo e a Fazenda Pública.....	62
Capítulo III - ACESSO À JUSTIÇA COMO CONCRETIZAÇÃO DA EFETIVIDADE DO PROCESSO.....	66
3.1 O acesso à justiça na visão capelletiana.....	66
3.2 A questão da utilidade das decisões como forma de efetividade da tutela jurisdicional efetiva nas ações de execução por quantia certa em face da Fazenda Pública.....	68
CAPÍTULO IV - A FAZENDA PÚBLICA.....	73
4.1 A Fazenda Pública e seu conceito.....	73
4.2 O interesse Público <i>versus</i> Interesse da Fazenda Pública.....	74
4.3 As prerrogativas.....	76
4.3.1 Os prazos e a efetividade do processo.....	77
4.3.2 A desnecessidade do pagamento da multa prevista no inciso II do art. 488 do CPC no caso de ações rescisórias inadmitidas ou julgadas improcedentes por unanimidade de votos.....	81
4.3.3 O duplo grau obrigatório.....	82
4.3.4 O pagamento de condenação de quantia certa mediante precatório.....	89
4.3.5 A impossibilidade de concessão de liminares e a execução provisória.....	99
4.4 A execução por quantia certa em face da Fazenda Pública.....	101
4.5 Os embargos à execução.....	107
4.6 O pagamento das dívidas oriundas de sentença judicial transitada em julgado mediante Requisição de Pequeno Valor (RPV).....	110
4.7 O impacto da Emenda Constitucional nº 62/2009 na efetividade do processo garantida pela Constituição Federal.....	112
4.8 O regime especial como instrumento de retardo no cumprimento das obrigações da Fazenda Pública junto aos credores.....	121
4.9 A descon sideração da ordem hierárquica e a possibilidade de negociação com credores descon siderando o princípio da impessoalidade possibilitando, assim, a tão combatida advocacia administrativa.....	126
4.10 A execução no direito alienígena.....	128

4.10.1 A execução contra a Fazenda Pública na Alemanha.....	129
4.10.2 A execução contra a Fazenda Pública na Espanha.....	133
4.10.3 A execução contra a Fazenda Pública na Itália.....	137
4.10.4 A execução contra a Fazenda Pública na França.....	139
4.10.5 A execução contra a Fazenda Pública no direito Inglês.....	140
4.10.6 A execução contra a Fazenda Pública nos Estados Unidos da América.....	141
Capítulo V - OS POSSÍVEIS CAMINHOS DA EFETIVIDADE EM FACE DA FAZENDA PÚBLICA.....	144
5.1 Os meios alternativos na busca da concretização da efetividade.....	144
5.2 A necessidade da declaração de inconstitucionalidade da Emenda nº 62/2009.....	145
5.2.1 Artigo 100, § 2º - precatórios de natureza alimentar – maiores de 60 (sessenta) anos de idade ou portadores de doença grave – data da expedição – limitação ao triplo do pagamento de obrigações de pequeno valor.....	148
5.2.2 Artigo 100, § 9º - meio coercitivo, ilegítimo e abusivo para cobrança de tributos – violação aos direitos de liberdade, propriedade e igualdade e aos princípios da proporcionalidade e segurança jurídica.....	150
5.2.3 Artigo 100, § 12 - artigo 97, § 1º, II – artigo 97, § 16 - atualização de valores requisitórios – índice oficial de remuneração da caderneta de poupança – ofensa à coisa julgada e à separação de poderes.....	152
5.2.4 Artigo 97 do ato das disposições constitucionais transitórias – ADCT – regime especial de pagamento de precatórios – moratória – calote oficial.....	155
5.3 A responsabilidade dos gestores públicos pela inobservância no planejamento orçamentário das despesas com os precatórios.....	160
5.4 A execução do contrato Administrativo e a Nota de Empenho sem a necessidade de precatório por tratar-se de despesa previamente orçada.....	161
5.5 A relativização da impenhorabilidade dos bens públicos a fim de que se efetive o processo em face da Fazenda Pública.....	170
CONCLUSÃO.....	172
REFERÊNCIAS.....	176

## INTRODUÇÃO

O objeto deste trabalho é o enfrentamento de questões de vital relevância para que se alcance a efetividade das decisões, nas sentenças proferidas em desfavor da Fazenda Pública nas ações de execução por quantia certa.

É sabido que a onda renovatória do sistema processual brasileiro cuidou de propor, acima de tudo, a efetividade do processo. Essa efetividade visa à entrega da prestação jurisdicional de forma que traga a tão esperada paz social.

Contudo, é necessário um olhar sobre esse direito fundamental tutelado na Constituição Federal de 1988, uma vez que o cidadão espera ver o seu direito fundamental garantido, independentemente de quem figure no polo passivo da demanda judicial.

O trabalho buscará abordar a questão da utilidade das decisões quando o sucumbente processual é a Fazenda Pública. Seria possível admitir que as prerrogativas garantidas à Fazenda Pública pudessem esvaziar o Direito Constitucional, que garante uma tutela jurisdicional efetiva, uma razoável duração do processo e uma prestação jurisdicional que produza o fim desejado?

Nessa toada, faremos um enfrentamento entre os movimentos reformistas e as reformas implementadas no Brasil, na busca da efetividade do processo. Investigaremos se o movimento de reforma alcançou seus objetivos nas ações de execução por quantia certa em face da Fazenda Pública.

Aparentemente, foi mitigada das reformas a questão da efetividade em face da Fazenda Pública, sinalizando que, quando o sucumbente é o Estado, não há avanços consideráveis a fim de que seja possível a concretização da tutela jurisdicional efetiva. É fulcral uma análise sobre qual seria o interesse público tutelado. Pode-se considerar o interesse público com o interesse da Administração? Há razoabilidade nessas prerrogativas, quando se vivencia uma verdadeira onda renovatória em busca da efetividade do processo nas lides, quando a Fazenda Pública não figura no polo passivo e a manutenção de instrumentos anacrônicos como o reexame necessário?

O trabalho tem como proposta fazer uma análise na execução em face da Fazenda Pública no direito alienígena e também as implicações da Emenda Constitucional nº 62/2009, na efetividade da tutela jurisdicional.

A Emenda Constitucional nº 62/2009 inaugurou uma nova moratória para as dívidas da Fazenda Pública, além de estabelecer um regime especial que influencia, de forma substancial, para que não haja a efetividade do processo em face da Fazenda Pública.

Busca-se, também, delinear novos caminhos com uma nova releitura do direito processual, tais como a possibilidade de que seja mitigada a impenhorabilidade a fim de serem cumpridas as decisões judiciais. É também necessário imputar uma responsabilidade aos gestores públicos como medidas que o coloquem na condição de inelegíveis a fim de que não perpetuem a transferência de responsabilidade para gestões futuras, de forma que nunca sejam cumpridas as decisões judiciais.

Uma análise no direito alienígena é fundamental para que se sintonize na forma com que outros países encaram as obrigações com credores da Fazenda Pública.

Será também abordada a possibilidade de execução dos contratos administrativos sem que seja necessária a utilização do instrumento do precatório por tratar-se de despesas previamente orçadas.

Esses são os aspectos que o trabalho se propõe discutir à busca de uma resposta sobre a utilidade das decisões como instrumento de efetivação das decisões quando o sucumbente é a Fazenda Pública.

## CAPÍTULO I - A TUTELA JURISDICIONAL EFETIVA NA PERSPECTIVA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

### 1.1 Noções de direitos fundamentais

É curial antes de adentrar na perspectiva, nos direitos fundamentais, da tutela jurisdicional efetiva, clarificar o seu conceito de direito fundamental, sua origem e destinação. Nessa senda, estabelece-se primeiramente a sua gênese, no entanto não é possível caminhar em direção à nascente do direito fundamental, sem antes trazer à baila a celeuma sobre a questão terminológica.

Canotilho posiciona-se alegando que as expressões ‘direito do homem’ e ‘direitos fundamentais’ são frequentemente utilizadas como sinônimas. Distinguem-se da seguinte maneira: direito do homem, que são direitos válidos para todos os povos e em todos os tempos (dimensão jusnaturalista-universalista); direitos fundamentais são direitos do homem, jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espacio-temporalmente. Os direitos do homem seriam tirados da própria natureza humana e daí o seu caráter inviolável, intemporal e universal; os direitos fundamentais seriam os direitos objetivamente vigentes numa ordem jurídica concreta.<sup>1</sup>

Por sua vez Bonavides assim concluiu:

os direitos fundamentais passaram na ordem institucional a manifestar-se em três gerações sucessivas, que traduzem sem dúvida um processo cumulativo, o qual, segundo tudo faz prever, tem por bússola uma nova universalidade: a universalidade material e concreta, em substituição da universalidade abstrata e, de certo modo, metafísica daqueles direitos, contida no jusnaturalismo do século XVIII.<sup>2</sup>

Sarlet optou pela expressão direitos fundamentais, reconhecendo que as expressões ‘direitos humanos’, ‘direito do homem’, direitos subjetivos públicos’,

---

<sup>1</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p.393

<sup>2</sup> BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 4 ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda. 2005, p. 4

‘liberdades públicas’, ‘direitos individuais’, ‘liberdades fundamentais’ e ‘direitos humanos fundamentais’ são largamente utilizadas.<sup>3</sup>

Essa vasta multiplicidade de expressões demonstra a falta de consenso na esfera conceitual e terminológica, o que, de certa forma, também foi evidenciado na Constituição de 1988, que trouxe expressões como direitos humanos, direitos e garantias fundamentais, direito e liberdades constitucionais e direitos e garantias individuais.

Sarlet afirma que o constituinte se inspirou principalmente na Lei Fundamental da Alemanha e na Constituição Portuguesa de 1976, rompendo, de tal sorte, com uma tradição em nosso direito constitucional positivo.<sup>4</sup>

A vasta terminologia tem sido, de certa forma, rechaçada por parte da doutrina constitucional moderna, o que leva a uma tendência ao estreitamento dos termos direitos fundamentais e direitos humanos.

Não é possível negar que, de certa forma, direitos fundamentais são também direitos humanos, no sentido de que seu titular sempre será o ser humano, ainda que representado pelo coletivo.

Nessa celeuma terminológica, vale destacar a opção pela utilização da terminologia ‘direitos humanos fundamentais’ adotadas por Manoel Gonçalves Ferreira Filho<sup>5</sup> e Alexandre de Moraes<sup>6</sup>. Já a posição de Sérgio Rezende Barros<sup>7</sup>, para quem a tese da distinção de direitos fundamentais e direitos humanos deve ser refutada, sendo ressaltada a unidade essencial e indissolúvel entre direitos humanos e direitos fundamentais.

---

<sup>3</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 27.

<sup>4</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 28.

<sup>5</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos Humanos Fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 1995

<sup>6</sup> MORAES, Alexandre. **Direitos Humanos Fundamentais**. São Paulo: Ed. Atlas, 1998.

<sup>7</sup> BARROS, Sergio Resende de. **Direitos Humanos – Paradoxo da Civilização**: São Paulo: Ed. Del Rey, 2003, p. 29

Certamente, esse trabalho não tem o condão de acirrar a querela terminológica, no entanto filia-se à doutrina de Ingo Wolfgang Sarlet, para quem é possível adotar ainda que de cunho didático as seguintes expressões: “direitos do homem” (no sentido de direitos naturais não, ou ainda, não positivados), “direitos fundamentais” (direitos reconhecidos ou outorgados e protegidos pelo direito constitucional interno de cada Estado) e “direitos humanos” (positivados na esfera do direito internacional).<sup>8</sup>

No que concerne ao itinerário a ser percorrido, uma abordagem histórica pressupõe, num primeiro momento, que se ressalte onde, por que e como nasceram os direitos fundamentais.

Na visão de Sarlet, é irrefutável que o reconhecimento dos direitos fundamentais seja precedido da influência das doutrinas jusnaturalistas, já no século XVI, e que se seguiram nos processos revolucionários do século XVIII. Alega o doutrinador que, na Idade Média, desenvolveu-se a ideia da existência de postulados de cunho suprapositivo, que, por orientarem e limitarem o poder, atuavam como critérios de legitimação de seu exercício.<sup>9</sup>

Santo Tomás de Aquino, conforme colacionado por Juarez Freitas<sup>10</sup>, professava a existência de duas ordens distintas, formadas, respectivamente, pelo direito natural, como expressão da natureza racional do homem, e pelo direito positivo, sustentando que a desobediência ao direito natural por parte dos governantes poderia, em casos extremos, justificar até mesmo o exercício do direito de resistência da população.

Não obstante o processo natural de transição que é comum, tendo em vista a evolução do pensamento humano, corroborado pela laicização do direito natural, afirmou Sarlet que a paternidade dos direitos fundamentais foi marcada pela Declaração

---

<sup>8</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 30.

<sup>9</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 38.

<sup>10</sup> FREITAS, Juarez. **As grandes linhas da filosofia do direito**. Caxias do Sul: EDUCS, 1986, p.31

de Direitos do povo da Virginia, de 1776, responsável pela transição dos direitos de liberdade legais ingleses para os direitos fundamentais constitucionais.<sup>11</sup>

Sarlet afirma que as Declarações americanas incorporaram virtualmente os direitos e liberdades já reconhecidos pelas suas antecessoras inglesas do século XVI, direitos que também tinham sido reconhecidos aos súditos das colônias americanas, com a nota distintiva de que, a despeito da virtual identidade de conteúdo, guardaram as características da universalidade e supremacia dos direitos naturais. Sendo-lhes reconhecida eficácia inclusive em relação à representação popular, vinculando, assim, todos os poderes públicos. Com a nota distintiva da supremacia normativa e a posterior garantia de sua justiciabilidade por intermédio da Suprema Corte e do controle judicial da constitucionalidade, pela primeira vez os direitos naturais do homem foram acolhidos e positivados como direitos fundamentais constitucionais, ainda que este *status* constitucional da fundamentalidade em sentido formal tenha sido definitivamente consagrado somente a partir da incorporação de uma declaração de direitos à Constituição de 1791, mais exatamente, a partir do momento em que foi firmada a prática na Suprema Corte e sua supremacia normativa.<sup>12</sup>

Tal qual importância foi o surgimento do direito fundamental na Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789. Tanto a declaração francesa quanto a americana tinham como característica comum sua profunda inspiração jusnaturalista, reconhecendo ao ser humano direitos naturais, inalienáveis, invioláveis e imprescritíveis, direito de todos os homens e não apenas de uma casta.

A Declaração francesa trouxe um reconhecimento incontestável do conteúdo democrático social atentando-se para o fato que esse conteúdo refletiu na Constituição de 1791.

---

<sup>11</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 43.

<sup>12</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 43.

A contribuição francesa, no entanto foi decisiva para o processo de constitucionalização e reconhecimento de direitos e liberdades fundamentais nas constituições do século XIX.

Hesse reconhece que as magnas Declaração de Direitos Humanos e as Declarações francesas de 1789 a 1795 só com titubeios foram admitidas, já entrando no século XIX, nas Constituições dos Estados alemães.<sup>13</sup>

Na concepção desse trabalho, que se aliou à doutrina de Ingo Worfang Sarlet no sentido de que o direito fundamental são os direitos reconhecidos ou outorgados e protegidos pelo direito constitucional interno de cada Estado. Uma vez que por mais que a temática do direito fundamental seja estimulante a discussões para o foco desse trabalho, entende-se ser suficiente limitar-se ao reconhecimento do surgimento do direito fundamental no reconhecimento do direito fundamental quando da positivação na ordem jurídica pátria.

## **1.2 O direito fundamental e suas dimensões.**

A partir do surgimento das primeiras constituições, o direito fundamental passou por diversas transformações desde o seu conteúdo quanto no que concerne a sua titularidade, eficácia e efetivação.

É comum falar-se de três dimensões dos direitos fundamentais, não negando que, na doutrina constitucional moderna, ostenta-se a possibilidade da existência de quatro, cinco e até seis dimensões para os direitos fundamentais.

As dimensões do direito foram chamadas por muitos de “gerações”, no entanto, essa terminologia trouxe algumas críticas no contexto doutrinário, uma vez que a terminologia “gerações” leva ao equivocado entendimento de que o surgimento de novos direitos fundamentais conduzirão a uma substituição gradativa de um geração por outra, quando, de fato, o surgimento de novos direitos fundamentais constitui-se na

---

<sup>13</sup> HESSE, Konrad. **Temas fundamentais do direito constitucional**; textos selecionados e traduzidos por Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 24

comulatividade e complementaridade de tais direitos, razão pela qual, neste trabalho, adota-se a terminologia de dimensões dos direitos fundamentais.

### **1.2.1 Os direitos fundamentais de primeira dimensão**

Os direitos fundamentais de primeira dimensão, pelo menos no âmbito de seu reconhecimento nas constituições escritas, com algumas ressalvas no constitucionalismo francês, são fruto do pensamento liberal-burguês do século XVIII, contendo um bem demarcado cunho de direitos individuais frente ao Estado. Sendo a forma mais específica direitos de defesa do indivíduo frente a uma possível arbitrariedade do Estado, firmando uma zona de não intervenção do Estado e um a esfera de autonomia individual em face de seu poder.

Essa demarcação conduz a uma obrigação “negativa” do Estado, ou seja, busca impedir que o Estado possa invadir a esfera protegida do indivíduo tutelado por tal direito fundamental. Dessa forma, firma-se o direito de resistência ou de oposição perante o Estado.

No rol desses direitos, assumem particular relevo os direito à vida, à liberdade, à propriedade e à igualdade perante a lei. Sendo, posteriormente, complementados por um leque de liberdades incluindo a liberdade de expressão, direito à participação política, direito de voto e à capacidade eleitoral passiva, revelando uma íntima relação entre os direitos fundamentais e a democracia.

Nesse condão, também foram estabelecidas algumas garantias processuais, tais como o devido processo legal, *habeas corpus*, direito de petição, direito à tutela jurisdicional efetiva e direito à razoável duração do processo. Em suma, como relembra Bonavides, cuida-se dos assim chamados direitos civis e políticos, que, em sua maioria, correspondem à fase inicial do constitucionalismo ocidental<sup>14</sup>,mas que continuam a integrar os catálogos das constituições no limiar do terceiro milênio, ainda que lhes tenha sido atribuído, por vezes, conteúdo e significado diferenciados.

---

<sup>14</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 7ª Ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 517

### **1.2.2 Os direitos fundamentais de segunda dimensão.**

Em sentido contrário aos direitos fundamentais de primeira dimensão, na segunda dimensão, requer-se do Estado um comportamento ativo na realização da justiça social. Ponto marcante entre essa dimensão e aquela é a sua dimensão positiva, uma vez que se cuida não mais de evitar a intervenção do Estado na esfera da liberdade individual, mas, sim, de propiciar uma direito de participar do bem-estar social.

Dessa forma, cuida-se de liberdade por intermédio do Estado. Esses direitos fundamentais se caracterizam por outorgarem aos indivíduos direitos a prestações sociais estatais, como assistência social, saúde, educação trabalho etc.

Bonavides afirma que esses direitos fundamentais, no que distinguem dos clássicos direitos de liberdade e igualdade formal, nasceram abraçados ao princípio da igualdade, entendida esta num sentido material.<sup>15</sup>

É fundamental trazer a lume que os direitos fundamentais de segunda dimensão não englobam apenas direitos positivos, mas também assim denominados liberdades sociais, do que dão conta os exemplos da liberdade de sindicalização, do direito de greve, bem como do conhecimento de direitos fundamentais dos trabalhadores, tais como direito a férias e ao repouso semanal, apenas citando alguns dos mais representativos.

Sendo assim um marco dessa dimensão refere-se à garantia de uma ação positiva do Estado na qual se encontram abrangida também à pessoa de forma individual.

### **1.2.3 Os direitos fundamentais de terceira dimensão**

A característica marcante na terceira dimensão é o seu desprendimento da figura do homem-indivíduo com seu titular voltando-se para a proteção de grupos humanos tais como família, povo, nação e caracterizando-se como um direito de titularidade coletiva ou difusa.

---

<sup>15</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 7ª Ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 518

Os direitos fundamentais de terceira dimensão encontraram consagração no âmbito do direito internacional, do que dá conta um grande número de tratados e outros documentos transnacionais nesta seara.

Essa preocupação transnacional e, de certa forma, evidenciada, tendo em vista tratar-se de interesses coletivos, que, na maioria das vezes, não implicariam somente o reconhecimento interno, como é o caso do meio ambiente. A sua proteção implica esforços de todas as nações, pois o meio ambiente é um bem comum de toda a humanidade, razão pela qual deve ser protegido no âmbito dos direitos fundamentais.

De outro modo, tem-se também a paz, que é um direito de terceira dimensão que requer o esforço de todas as nações para mantê-la, não se excluindo, é claro, da necessidade dos esforços internos de uma nação a fim de que seja mantida a paz social de um determinado Estado.

Perez Luño leciona que os direitos fundamentais de terceira dimensão podem ser considerados um resposta ao fenômeno denominado de “poluição de liberdades”, que caracteriza o processo de erosão e degradação sofrido pelos direitos e liberdades fundamentais, principalmente em face do uso de novas tecnologias. Nessa perspectiva, assumem especial relevância o direito ao meio ambiente e à qualidade de vida (que foi considerado como direito de terceira dimensão pela corrente doutrinária que parte do critério de titularidade transindividual).<sup>16</sup>

#### **1.2.4 Direitos fundamentais de quarta e quinta dimensões**

Na doutrina pátria, Paulo Bonavides<sup>17</sup> defende a existência da quarta dimensão dos direitos fundamentais. Contudo, é mister que o posicionamento do magistério de Bonavides ainda aguarda a consagração no direito internacional e no direito constitucional interno no entanto seu posicionamento é evidenciado pela compreensão

---

<sup>16</sup> PEREZ. Antonio-Enrique Luño. **La positividad de los derechos humanos en El marco constitucional**, In: SIQUEIRA, Julio Pinheiro Faro Homem de; TEIXEIRA, Bruno Costa; MIGUEL, Paula Castello (Coord.) *Uma homenagem aos 20 anos de Constituição Brasileira*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008, p. 129-156.

<sup>17</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 7ª Ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 524

da existência do processo de globalização dos direitos fundamentais que enseja na inauguração do Estado Social.

É importante que se ressalte que o surgimento de uma quarta dimensão é parte de um processo evolutivo, o que é natural, e também de uma busca cada vez mais acentuada de uma compreensão do direito sob uma ótica mais detalhada, pois não é de todo equivocado que as demandas na esfera do direito fundamental gravitam, sempre direta ou indiretamente, em torno dos tradicionais e perenes valores da vida, liberdade, igualdade, fraternidade, tendo, na sua base, o princípio maior da dignidade da pessoa humana.<sup>18</sup>

Para o ilustre doutrinador cearense, a quarta dimensão dos direitos fundamentais é composta pelos direitos à democracia e à informação, assim como pelo direito ao pluralismo além dos direitos contra a manipulação genética e mudança de sexo.

Apenas para trazer um exemplo do direito reconhecido pelo processo de globalização dos direitos fundamentais, trazidos por Bonavides, que integram o rol dos chamados direitos de quarta dimensão, estariam a participação direta popular nos Conselhos Tutelares (no âmbito da proteção da infância e da juventude) e, especialmente, o direito de participação no orçamento participativo.

A adesão aos direitos de quinta dimensão é de autoria de José Alcebíades de Oliveira Júnior<sup>19</sup> apresentando cinco dimensões, especialmente ao identificar os direitos de quarta e quinta dimensões. Acaba por referir direitos que, apesar de novos e considerando-se o momento de seu reconhecimento, em princípio representam novas possibilidades e ameaças à privacidade, à liberdade, enfim, novas exigências da proteção da dignidade da pessoa, especialmente no que se refere aos direitos de quarta dimensão relacionados à biotecnologia, de tal sorte que, pelo menos no conteúdo da quarta geração, aqui não coincide com Paulo Bonavides.

---

<sup>18</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 50

<sup>19</sup> OLIVEIRA JUNIOR, José Alcebíades de. **Teoria Jurídica e Novos Direitos**. Rio de Janeiro: Lúmen Iuris, 2000, p. 97

### 1.3 As perspectivas objetiva e subjetiva dos direitos fundamentais

No direito constitucional contemporâneo, formulou-se a constatação de que os direitos fundamentais revelam dupla perspectiva, na medida em que podem, em princípio, ser considerados tanto como direitos subjetivos individuais quanto elementos objetivos da comunidade.

É inegável a existência de consenso quanto à perspectiva objetiva dos direitos fundamentais. No entanto, da mesma forma, não se pode negar que ainda não foi possível o mesmo consenso quanto às questões terminológicas.

Esse trabalho não tem o objetivo de adentrar na querela terminológica da perspectiva objetiva dos direitos fundamentais, mas somente trazer uma luz quanto à dimensão, o significado e suas diversas implicações.

Sarlet leciona que foi com o advento da Lei Fundamental de 1949 da Alemanha que ocorreu o impulso decisivo nesse sentido. Nesse contexto, a doutrina e a jurisprudência continuam a evocar a paradigmática e multicitada decisão proferida em 1958 pela Corte Federal Constitucional da Alemanha no caso *Lüth*, na qual, além de outros aspectos relevantes, ficou consignado que os direitos fundamentais não se limitam à função precípua de serem direitos subjetivos de defesa do indivíduo contra atos do poder público, mas que, além disso, constituem decisões valorativas de natureza jurídico-objetiva da Constituição, com eficácia em todo o ordenamento jurídico e que fornecem diretrizes para os órgãos legislativos, judiciários e executivos.<sup>20</sup>

Nesse tom, asseverou Luño o seguinte: “os direitos fundamentais passam a apresentar-se no âmbito da ordem constitucional como um conjunto de valores objetivos básicos e fins diretivos da ação positiva dos poderes públicos, e não apenas garantias

---

<sup>20</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 143

negativas dos interesses individuais, entendimento este consagrado pela jurisprudência do Tribunal Constitucional espanhol praticamente desde o início de sua judicatura.<sup>21</sup>

A perspectiva objetiva dos direitos fundamentais é apresentada, nesse tópico, de forma sumária, até mesmo por não ser o foco principal proposto pelo trabalho, contudo, objetivamente, o que se propõe é a demonstração de que não necessariamente, para cada perspectiva subjetiva do direito fundamental, haverá uma perspectiva objetiva de tal forma que correspondesse um outro lado da moeda. Na verdade, tudo o que compõe a perspectiva subjetiva dos direitos fundamentais, que corresponde à garantia do indivíduo de ser protegido contra uma indevida invasão no âmbito dos seus direitos, é retirado do próprio Estado.

Conforme lecionou Sarlet, dessa forma será necessário ter em mente que, sob esse aspecto, os direitos fundamentais continuam sendo direitos subjetivos individuais. Cuida-se, aqui, na verdade, de uma troca de perspectiva, no sentido de que os direitos fundamentais concedidos ao indivíduo. Em termos de autonomia decisória e de ação, eles objetivamente retiram do Estado.<sup>22</sup>

É honesto que se traga luz também sobre a consequência do reconhecimento da perspectiva objetiva dos direitos fundamentais uma vez que eles incorporam determinados valores objetivos fundamentais da comunidade, devendo, dessa forma, ter sua eficácia valorada não somente sob um ângulo individualista, isto é, com base no ponto de vista individual e sua posição perante o estado, mas também sob o ponto de vista da sociedade na sua totalidade.

A partir dessa premissa, conclui-se que os valores objetivos poderão funcionar, em determinados momentos, como limitadores dos valores subjetivos dos direitos fundamentais, exatamente pela sua característica transindividual.

---

<sup>21</sup> PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. **Los Derechos Fundamentales**. 6ª Ed. Madrid: Tecnos, 1995. p.20

<sup>22</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 145

É claro que essa conclusão não poderá dar ensejo para que a todo momento, de forma apriorística, se evoque a dimensão objetiva, de forma a afastar os direitos fundamentais de dimensão subjetiva, ou seja, os valores individuais.

Na questão da perspectiva subjetiva dos direitos fundamentais, sem querer adentrar nas controvérsias sobre a discussão de direito subjetivo, toma-se nesse trabalho a posição de uma análise simples de que no contexto, quando da assim denominada perspectiva subjetiva, falamos de direitos fundamentais subjetivos com referência à possibilidade que tem o seu titular, considerado como tal a pessoa individual ou ente coletivo, de fazer valer judicialmente os poderes, as liberdades ou mesmo o direito à ações negativas ou positivas que lhe foram outorgadas pela norma consagradora do direito fundamental em questão.

Na concepção de Viera Andrade, o direito subjetivo fundamental representa, de modo geral, posições jurídicas subjetivas, individuais, universais, permanentes e fundamentais, que, dentre outros aspectos, excluem as garantias institucionais, uma vez que não são suscetíveis de subjetivação bem como os direitos fundamentais coletivos das organizações privadas e públicas, já que estas, segundo sustenta, não seriam direitos subjetivos fundamentais, mais, sim, competências no quadro de organização estatal que se equiparam às garantias institucionais.<sup>23</sup>

Conforme abordagem anterior, *In prima facie*, os direitos fundamentais objetivos, em determinados momentos, poderão sobrepor-se aos direitos fundamentais subjetivos, assim entendeu Sarmiento que se expressou: “não se poderá sustentar uma funcionalização da dimensão subjetiva (individual ou transindividual) em prol da dimensão objetiva (comunitária e, nesse sentido, sempre coletiva), no âmbito de uma supremacia apriorística do interesse público sobre o particular.”<sup>24</sup>

---

<sup>23</sup> ANDRADE, José Carlos Vireira de. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. Coimbra: Almedina.1988, p. 171.

<sup>24</sup> SARMENTO, Daniel.(Org.). **Interesse Público versus Interesses Privados: Desconstruindo o Princípio da Supremacia do Interesse Público**, Rio de Janeiro. Lúmem Júris, 2005.

No entanto, a doutrina vem sustentando um posicionamento, no qual se filia esse trabalho, em favor da prevalência da perspectiva subjetiva dos direitos fundamentais.

Nele cumpre referir-se a doutrina de Robert Alexy referenciada na obra do professor lusitano João Carlos Simões Loureiro, que se transcreve a seguir:

a finalidade precípua dos direitos fundamentais (mesmo de cunho coletivo) reside na proteção do indivíduo, e não na coletividade, ao passo que a perspectiva objetiva consiste, em primeira linha numa espécie de reforço da proteção jurídica dos direitos subjetivos. O reconhecimento de um direito subjetivo significa um grau maior de realização do que a previsão de obrigações de cunho objetivo.<sup>25</sup>

O mestre lusitano Canotilho, em convergência à posição doutrinária de Alexy, assevera que os direitos fundamentais são, em primeira linha, direitos individuais, do que resulta a constatação de que, em se encontrando constitucionalmente protegidos como direitos individuais, essa proteção dar-se-á sob a forma de direito subjetivo.<sup>26</sup>

Sarlet também asseverou que esse predomínio da perspectiva subjetiva encontra sua justificativa no valor outorgado à autonomia individual, na qualidade de expressão da dignidade da pessoa humana.<sup>27</sup>

Reconhecem-se, neste trabalho, os posicionamentos antagônicos quanto à prevalência da perspectiva do direito fundamental subjetiva e o direito fundamental na dimensão objetiva, contudo a adoção da prevalência subjetiva, como lecionou Alexy e Canotilho, servirão como vetores da proposta desse trabalho, que estabeleceu a tutela jurisdicional efetiva como direito fundamental de primeira dimensão, não obstante

---

<sup>25</sup> LOUREIRO, João Carlos Simões Gonçalves. **O Procedimento Administrativo entre a eficiência e a garantia dos particulares**. Coimbra: Coimbra, 1995. p. 185.

<sup>26</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p.547.

<sup>27</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 155.

também entender que ao Estado cabe um dever de prestação através de seus poderes constituídos o que conduz a tutela jurisdicional efetiva ser um direito fundamental com dupla dimensão, sendo de primeira e segunda dimensões.

#### **1.4 A posição e o significado dos direitos fundamentais na Constituição de um Estado Democrático e Social de Direito.**

É inegável a indissociável ligação entre os direitos fundamentais e o Estado Democrático de Direito. Na verdade, sem que seja considerado ousadia, não é possível se conceber um Estado Democrático de Direito sem o reconhecimento dos direitos fundamentais.

Na doutrina de Pérez Luño, existe um estreito nexo de interdependência genético e funcional entre o Estado de Direito e os direitos fundamentais, um vez que o Estado de Direito implica, para sê-lo, a garantia dos direitos fundamentais, ao passo que estes exigem e implicam, para sua realização, o reconhecimento e a garantia do Estado de Direito.<sup>28</sup>

Joaquim José Gomes Canotilho formula que a Constituição transforma-se numa autêntica “reserva de justiça”, em parâmetro de legitimidade ao mesmo tempo formal e material da ordem jurídica estatal.<sup>29</sup>

Os direitos fundamentais integram, além de sua função originária de instrumento de defesa da liberdade individual, elemento da ordem jurídica objetiva, integrando um sistema que atua como fundamento material de todo ordenamento jurídico.

Nesse sentido os direitos fundamentais são referência que deve ser observada para todo o ordenamento jurídico, quando da elaboração das normas constitucionais e normas infraconstitucionais.

Outro mestre lusitano, João Carlos Simões Gonçalves Loureiro, lecionou que os direitos fundamentais devem situar-se num espaço intermediário entre uma indesejável tirania ou ditadura dos valores e uma, por sua vez, impossível indiferença a eles.<sup>30</sup>

---

<sup>28</sup> PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. **Los Derechos Fundamentales**. 6ª Ed. Madrid: Tecnos, 1995. p.19

<sup>29</sup> CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito Constitucional**. 5ª Ed. Coimbra. Almedina. 1992. p.113

Loureiro aponta como oportunidade, para a íntima vinculação entre as ideias de valor e Constituição, sugerindo que a solução para que se evitem, simultaneamente, os extremos de uma “tirania dos valores” e uma total (ou menos pretensa) indiferença a eles reside na transformação da teoria dos valores numa teoria de princípios.

Em suma, conclui-se que, como pontuou Sarlet, que as noções de Estado de Direito, Constituição e direitos fundamentais, estes, sob o aspecto de concretizações do princípio da dignidade da pessoa humana, bem como dos valores de igualdade, liberdade e justiça, constituem condição de existência e medida de legitimidade de um autêntico Estado Democrático e Social de Direito, tal qual como consagrado também em nosso direito constitucional positivo vigente.

### **1.5 Direito à tutela jurisdicional efetiva: princípio elementar de proteção dos direitos fundamentais**

Estabeleceu o legislador constituinte no § 1º do art. 5º que as normas definidoras do direito e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

Dentre o rol de garantias previstas na Constituição interessa-nos a apreciação da garantia prevista no inciso XXXV do art. 5º, que estabeleceu que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça do direito e a garantia prevista no inciso LXXVIII, que definiu que a todos, nos âmbitos judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantem a celeridade de sua tramitação.

Na conjugação desses dois princípios, estabelece-se o direito fundamental à Tutela Jurisdicional Efetiva garantida pela Carta Política de 1988.

Esse direito se estabelece na chamada multifuncionalidade dos direitos fundamentais<sup>31</sup>, que teve como relevantes classificações funcionais as percepções de

---

<sup>30</sup> LOUREIRO, João Carlos Simões Gonçalves. **O Procedimento Administrativo entre a eficiência e a garantia dos particulares**. Coimbra: Coimbra, 1995. p. 162

<sup>31</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2004, p. 175

Alexy<sup>32</sup> e Canotilho<sup>33</sup> e, no Brasil, a de Ingo Wolfgang Sarlet<sup>34</sup>, os quais dividiram os direitos fundamentais em dois grandes grupos, quais sejam: os direitos de defesa e os direitos a prestações.

O direito constitucional a uma tutela jurisdicional efetiva, contemplado na Constituição, caracteriza-se por ser um direito a garantia do indivíduo e o direito à prestações devidas à sociedade por parte do Estado.

Essa prestação devida implica ações positivas com a finalidade de fazer valer o comando constitucional, sendo elas desde normatizações infraconstitucionais, que viabilizem o processo, de forma concreta e efetiva, até uma reestruturação de gestão no âmbito do Poder Judiciário, através de uma melhora estrutural em suas condições de atendimento das demandas e uma melhor capacitação dos serventuários da justiça.

Uma vez que o Estado brasileiro não permite o exercício da autotutela, ele atraiu para si a competência do exercício da jurisdição, sendo o Estado o responsável por garantir a prestação jurisdicional a todo aquele que necessite desta atividade.

Nessa toada se estabeleceu que é o Estado o responsável para garantir a prestação de uma tutela jurisdicional efetiva, e isso, garantido no seio da Constituição de 1988.

A preocupação do Direito Processual, portanto, deverá estar voltada à concretização dos Direitos Fundamentais.

Esse comando constitucional inaugura aquilo que seria um novo tempo para o processo, no que diz respeito à busca para uma pronta resposta aos anseios de toda a sociedade.

A sociedade brasileira convive com entraves processuais, tais como a infinidade de normas infraconstitucionais processuais que impendem por exemplo a execução

---

<sup>32</sup> ALEXY, Robert. **Teoria de los diechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. 1997, p. 428

<sup>33</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 407-408.

<sup>34</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 195.

provisória e também que procrastinam a concretização do direito que há muito levam ao descrédito as prestações judiciais.

Há uma verdadeira crença de que a justiça é morosa, o processo é lento e que é muito pouco provável que um cidadão de idade mediana possa gozar do bem jurídico que se buscou tutelar, uma vez que a prestação jurisdicional efetiva parece ser uma utopia.

O amadurecimento da sociedade, os efeitos da liberdade oriundos da redemocratização no Brasil, após a Constituição de 1988, a distância de um longo período de autoritarismo no qual os direitos fundamentais não eram respeitados, aliada ao acesso ao conhecimento de outras realidades, fruto do encurtamento das distâncias pelas ferramentas cibernéticas, fazem com que os direitos fundamentais tenham uma sociedade aberta de intérpretes, conforme lecionou Peter Häberle<sup>35</sup>, que tem expectativas numa concretização de seus direitos nos moldes garantidos pelos direitos fundamentais estabelecidos na Constituição.

O legislador constituinte buscou, dessa forma, estruturar os direitos fundamentais como verdadeiros vetores para a proteção dos direitos dos cidadãos frente aos abusos praticados por particulares ou até mesmo pelo próprio poder público.

Neste condão estabelece-se o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva. Esse direito fundamental, esculpido no Título II da Carta Política brasileira, e por consequência um princípio constitucional garantido ao cidadão.

O fato de estar constituindo, no rol das garantias fundamentais, é protegido, não somente do legislador ordinário, mas também, é óbvio, contra o poder constituinte reformador integrando-se no rol das chamadas cláusulas pétreas.

Dessa forma, os direitos fundamentais repercutem sobre a estrutura do Estado e da Sociedade.

---

<sup>35</sup> HÄRBERLE, Peter. **Hermêutica Constitucional, a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição**: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 2002.

Na doutrina de Luiz Guilherme Marinoni,<sup>36</sup> “as normas consagradoras de direitos fundamentais afirmam valores, os quais incidem sobre a totalidade do ordenamento jurídico e servem para iluminar as tarefas dos órgãos judiciário, legislativo e executivo.” Neste sentido toda a atividade legiferante deve observar o direito fundamental estabelecido.

Essa observação levaria ao zelo para fazer valer a garantia estabelecida nos direitos fundamentais quando das reformas no ordenamento jurídico.

A doutrina do professor Ivo Dantas estabelece que, na Constituição Brasileira de 1988, a categoria de princípios encontra-se revestida de vários sentidos e hierarquias, que vão desde aqueles qualificados de princípios fundamentais, passando pelos princípios gerais ou setoriais até que se chegue àqueles denominados simplesmente de princípios.<sup>37</sup>

Dentro desse entendimento, abre-se a possibilidade de ocorrência de uma hierarquia entre princípios, pois afirma Ivo Dantas que: “sob o ângulo interno da Constituição e em uma visão sistêmica, os primeiros ou fundamentais ocupam uma posição superior aos demais princípios e/ou normas, mesmo aqueles constantes do próprio texto constitucional”.<sup>38</sup>

Nesse tom asseverou José Souto Maior Borges:

Há uma hierarquia no inter-relacionamento desses princípios com outras normas da Constituição Federal e sobretudo com outros princípios constitucionais (sintaxe jurídico-constitucional) que põe a lume a maior importância dos seus princípios fundamentais no confronto com outros princípios.<sup>39</sup>

Sob essa ótica em que caminhará este trabalho, pois a tutela jurisdicional efetiva constitui um princípio fundamental que, em face de outra norma, mesmo

---

<sup>36</sup> MARINONI, Luiz Guilherme, **Técnica Processual e Tutela dos Direitos**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2004. p. 167.

<sup>37</sup> DANTAS, Ivo. **Constituição & Processo**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2008, p. 410.

<sup>38</sup> DANTAS, Ivo. **Constituição & Processo**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2008, p. 410.

<sup>39</sup> BORGES, José Souto Maior. **Pró-dogmática: por uma hierarquização dos Princípios constitucionais**. Recife: texto inédito, 1992, p. 8.

constitucional, como o artigo 100 da CF, deveria prevalecer por ser um elemento fundante, um verdadeiro axioma, como expressou De Plácido e Silva:

E, assim, princípios revelam o conjunto de regras ou preceitos, que se fixaram para servir de normas a toda espécie de ação jurídica, traçando, assim a conduta a ser tida em qualquer operação jurídica.

Desse modo, exprimem sentido mais relevante que o da própria norma ou regra jurídica. Mostram-se a própria razão fundamental de ser das coisas jurídicas, convertendo-se em perfeitos axiomas.<sup>40</sup>

A tutela jurisdicional efetiva é direito fundamental inserido na categoria de princípio que conforme trazido a colação anteriormente na lição de Plácido e Silva, é um conjunto de regras e preceitos com valor mais relevante do que a própria norma convertendo-se em verdadeiro axioma. Dessa forma, todo texto constitucional deve pautar-se por primar na conservação desse princípio.

Vale trazer a colação o entendimento de Souto Maior Borges:

A violação de um princípio constitucional importa em ruptura da própria Constituição, representando por isso mesmo uma inconstitucionalidade de consequências mais graves do que a violação de uma simples norma constitucional.

A doutrina vem insistindo na acentuação da importância dos princípios iluminar a exegese dos mandamentos constitucionais.

[...] impõe-se a conclusão pela eficácia eminente dos princípios na interpretação das normas constitucionais. É o princípio que iluminará a inteligência de normas constitucionais esparsas, as quais tem que harmonizar-se com ele.<sup>41</sup>

Ivo Dantas afirmou que: “Princípios são categorias lógicas e, tanto quanto possível, universais, muito embora não possamos esquecer que, antes de tudo, quando incorporados a um sistema jurídico-constitucional-positivo refletem a própria estrutura ideológica do Estado, como tal, representativa dos valores consagrados por uma determinada sociedade.”<sup>42</sup>

---

<sup>40</sup> DE PLACIDO E SILVA. **Vocabulário Jurídico**. Rio de Janeiro: Forense. Vol. IV, verbete.

<sup>41</sup> BORGES, José Souto Maior. **Lei Complementar Tributária**. São Paulo: Editora RT, 1975, p. 13-14.

<sup>42</sup> DANTAS, Ivo. **Constituição & Processo**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2008, p. 417.

Na premissa de que “um sistema jurídico-constitucional-positivo reflete a própria estrutura ideológica do Estado”, conclui-se que, a tutela jurisdicional efetiva, é princípio fundamental. Estabeleceu-se que a ideologia do Estado declinaria de qualquer outro comando que corroborasse com o desvio dessa ideia central e ideológica de garantir a todos uma tutela jurisdicional efetiva, independente de seu oponente no curso processual.

Uma vez que a tutela jurisdicional efetiva se encontra na condição de princípio fundamental, deve ser ela um vetor que norteie todas as demais normas que foram estabelecidas no texto constitucional.

Se a interpretação constitucional se der conforme Ivo Dantas<sup>43</sup>, de forma sistêmica e não apenas sistemática, seria possível obter uma unidade axiológica do sistema como um todo. E então seria preservado o conceito ideológico expresso no texto constitucional que elegeu, na qualidade de direito fundamental, o que estabeleceu o inciso XXXV do artigo 5º da Constituição Federal de 1988.

Sendo assim, foram disseminados por toda a Constituição Federal os direitos fundamentais, contudo, a tutela jurisdicional efetiva foi estabelecida com o fito de propiciar uma prestação jurisdicional de forma eficaz e concreta, que garanta ao cidadão o bem jurídico pretendido de forma concreta trazendo a pacificação social, buscada na resolução de uma lide, cujo vencido se convença e o vencedor tenha a plena concretização de seu direito.

Na perspectiva dos direitos fundamentais, constitui o direito à tutela jurisdicional efetiva uma norma de aplicação imediata à qual se subordinam todos os atores da sociedade, sejam eles o cidadão ou o próprio Estado, não sendo possível o estado abster-se desse múnus, uma vez que coube a ele a responsabilidade pela entrega da prestação jurisdicional.

---

<sup>43</sup> DANTAS, Ivo. **Constituição & Processo**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2008, p. 422.

## CAPÍTULO II - A EFETIVIDADE DO PROCESSO

### 2.1 A efetividade e sua conceituação

A efetividade do processo constitui-se o ideal buscado pelo legislador constituinte e o legislador infraconstitucional, a fim de que se alcance um fim desejado.

O magistério do Professor Juvêncio Vasconcelos Viana, em sua obra *Efetividade do Processo em face da Fazenda Pública*, assim definiu: “Mas o que é essa tal efetividade do processo? Etimologicamente, a expressão quer dizer qualidade de efetivo, ou seja, algo que produz o resultado ou o fim desejado. Assim o processo será efetivo quando produzir seus resultados, seus escopos.”<sup>44</sup>

Nesse mesmo ritmo o Ministro Luiz Fux, do Superior Tribunal de Justiça, em tese apresentada no concurso para professor titular da Universidade do Estado do Rio de Janeiro tomou o seguinte posicionamento quanto ao princípio da efetividade:

Pertence a Proto Pisani a acepção exata da efetividade do processo (L'effettività dei Mezzi di Tutela Giurisdizionale com Particolare Referimento All'attuazione della Sentenza di Condannna, 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 cumprimento 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 direito.<sup>45</sup>

Acentuando, Luiz Guilherme Marinoni diz:

A problemática da efetividade do processo está ligada ao fato tempo, pois não raras às 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

---

<sup>44</sup> VIANA, Juvêncio Vasconcelos. **Efetividade do processo em face da Fazenda Pública**. São Paulo: Dialética, 2003, p. 17.

<sup>45</sup> FUX, Luiz. **A ideologia dos Juizados Especiais**. Disponível em <[http://bdjur.STJ.gov.br/dspace/bitstream/2011/749/1/A\\_Ideologia\\_dos\\_dos\\_Juizados.pdf](http://bdjur.STJ.gov.br/dspace/bitstream/2011/749/1/A_Ideologia_dos_dos_Juizados.pdf)>. Acesso em 28.8.2009.

do grave compromisso de tutelar de forma pronta e adequada os vários casos conflituivos concretos.<sup>46</sup>

Em sua dissertação de mestrado, José Lázaro Alfredo Guimarães escreveu: “Efetividade e tutela efetiva têm, sob a ótica individualista, o mesmo significado de providência estatal que realiza o direito com proveito real de quem o invoca.”<sup>47</sup>

Definir efetividade significa saber a resposta para quais os resultados que se esperam do processo. Para obter essa resposta, é necessário delimitar os escopos e resultados, a fim de definir se o processo é ou não efetivo. Nessa delimitação, é necessário fazer um enfrentamento entre as fases processuais da instrumentalidade e da efetividade, pois são ideias que se inter-relacionam.

Na onda renovatória da efetividade do processo, conforme pontua Mauro Capelletti<sup>48</sup>, para o alcance da almejada efetividade, é necessário focar nos resultados sob uma menor ótica de seus produtores e mais sob a ótica dos consumidores da atividade jurisdicional.

Uma vez trazida à baila a definição de efetividade e também ter sido trabalhada a questão da tutela jurisdicional efetiva na perspectiva dos direitos fundamentais passaremos ao enfrentamento da Constituição como norma fundamental do Estado.

## 2.2 A Constituição como norma fundamental do Estado

A questão do primado da Constituição, como norma fundamental do Estado, que garante direito e liberdades dos indivíduos, tem como marco de desenvolvimento o século XIX, com a consolidação dos regimes liberais nos Estados Unidos e na Europa pós-revolucionários. A idéia de Constitucionalismo foi utilizada na busca de se

---

<sup>46</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Efetividade do processo e tutela de urgência**. Porto Alegre: Fabris, 1994.

<sup>47</sup> GUIMARÃES, José Lázaro Alfredo. **Tutela Efetiva: Sistemática e positivação**. 2006. 122 folhas. Dissertação de Mestrado em Direito. Unicap, Recife, 2006, p.85.

<sup>48</sup> CAPELLETTI, Mauro. Problemas de reforma do Processo Civil nas sociedades contemporâneas. **Revista de Processo**. São Paulo, n. 65, ano 17, jan-mar., 1992, p.128.

contrapor ao contratualismo e à soberania popular, ideias-chave da Revolução Francesa, os poderes constituídos no Estado. Dessa forma, a Constituição do Estado evitaria os extremos do poder do monarca (reduzindo à categoria de órgão do Estado, portanto regido constitucionalmente) e da soberania popular (o povo passa a ser visto como um dos elementos do Estado). Embora liberais, as Constituições não serão, ainda, democráticas. E, mais importante, a Constituição não é do rei ou do Povo, a Constituição é do Estado, assim como o direito é direito positivo, posto pelo Estado.<sup>49</sup>

Hesse apud George Jellinek, na segunda metade do século XIX, concebe a Constituição como os princípios jurídicos que definem os órgãos supremos do Estado, sua criação, suas relações mútuas, determinam o âmbito de sua atuação e a situação de cada um deles em relação ao poder do Estado.<sup>50</sup>

Assim, ergueu-se a constituição ao status de norma soberana de um estado onde todos a ela se submetem. Elevou-se a um grau de superioridade de forma que é a coluna de todo ordenamento jurídico.

Por isso, a Constituição de um estado consiste num retrato de sua sociedade, que deve refletir seus anseios e expectativas.

A constituição consiste num vetor que irá conduzir todo o ordenamento estabelecido.

Como norma maior, o conteúdo constitucional estabelece uma normatividade que vincula a todos ao seu comando.

Nesse tom, quando a Constituição estabeleceu, em seu art. 5º, no inciso XXXV, o princípio da inafastabilidade de apreciação pelo Poder Judiciário de qualquer lesão ou ameaça de direito, tê-lo com o compromisso de estabelecer, através da obediência ao comando Constitucional, a concretização da tutela perseguida, de forma que lhe seja garantida uma prestação jurisdicional concreta, devendo essa tutela ser prestada tanto no âmbito administrativo quanto no âmbito judicial.

---

<sup>49</sup> FIORAVANTI, Maurizio. **Stato e Costituzione**: Materiali pe una Storia delle Dottrine Costituzionali. Torino: G. Giappichelli Editore, 1993, p. 144-145.

<sup>50</sup> HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução de Gimar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Frabris, 1992.

Uma vez que Constituição rege todo o Ordenamento, é necessário que toda a normatização venha a adequar-se ao sentimento constitucional estabelecido.

### **2.3 A Constituição Jurídica e a Constituição Política**

Não é possível o avanço deste tema sem que seja trazido o entendimento de HESSE apud Ferdinand Lassalle, que entendia expressar a Constituição de um país as relações de poder nela dominantes: o poder militar, representado pelas Forças Armadas, o poder social, representado pelos latifundiários, o poder econômico, representado pela indústria e pelo grande capital, e, finalmente, ainda que não se equipare ao significado dos demais, o poder intelectual, representado pela cultura geral.

No entendimento de Lassalle, existe uma força ativa determinante das leis e das instituições e essa força expressa os fatores reais de poder, determinando, assim, a constituição real do país.

Dessa forma, afirma a existência de duas Constituições: a Constituição Jurídica e a Constituição Política, chegando a ponto de dizer que a Constituição Jurídica não passa de um pedaço de papel.

Com a devida vênia, que nos merece os que discordam de Lassalle, é importante refletir sobre este ponto. Será que a discordância é por mexer em nossas bases? Será que não passa de um surto de Lassalle, que vem tumultuar a sociedade crédula da força normativa da constituição?

Não é possível discordar totalmente de Lassalle, pois, no caso do Brasil, onde existe uma Constituição juvenil e que já sofreu até a produção deste trabalho 66 (sessenta e seis) emendas, percebe-se que as forças políticas, em muitos casos, ditam a Constituição Real.

Em 1997, através da Emenda Constitucional nº 16, o então Presidente Fernando Henrique Cardoso, teve, no seu mandato, a possibilidade de reeleição, diga-se, numa grande articulação junto ao Congresso Nacional, onde detinha maioria. Nesse caso, em

particular, percebe-se que as forças ativas, da qual Ferdinand Lassalle fala, não podem ser desconsideradas no contexto Constitucional.

Hesse apud Georg Jellinek, que afirmou há aproximadamente quarenta anos depois, que o desenvolvimento das Constituições demonstra que regras jurídicas não se mostram aptas a controlar, efetivamente, a divisão de poderes políticos que atuam independentemente das formas jurídicas.<sup>51</sup>

Questionando Konrad Hesse diz:

Se as normas constitucionais nada mais expressam do que as relações fáticas altamente mutáveis, não há como deixar de reconhecer que a ciência da Constituição jurídica constitui uma ciência jurídica na ausência do direito, não lhe restando outra função senão a de constatar e comentar os fatos criados pela Realpolitik. Assim o Direito Constitucional não estaria a serviço de uma ordem estatal justa, cumprindo lhe tão somente a miserável função – indigna de qualquer ciência – de justificar as relações dominantes. Se a Ciência da Constituição adota essa tese e passa a admitir a Constituição real como decisiva, tem-se a sua descaracterização como ciência normativa, operando-se a sua conversão numa simples ciência do ser. Não haveria mais como diferenciá-la da Sociologia ou da Ciência Política.<sup>52</sup>

A conclusão acima é chocante, e mexe mais uma vez com as crenças de boa parte da sociedade.

Num primeiro momento, é mais fácil negar a possibilidade trazida por Lassalle, e não crer na Realpolitik. Mas negar totalmente é usar lentes ingênuas para uma realidade fática com as quais convivemos, diuturnamente, diante da Constituição brasileira.

Existe, sim, uma dicotomia, na qual, de um lado, as forças políticas manipulam a Constituição para a manutenção do poder e, de um outro, a crença em novos tempos

---

<sup>51</sup> HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Frabris, 1992, p. 10.

<sup>52</sup> HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Frabris, 1992, p. 11.

cuja Constituição garantiu direitos fundamentais com quem nem sempre são efetivados por contrariarem o poder dominante.

Tomemos como exemplo a questão da efetividade, que é provocadora de ondas renovatórias no âmbito do processo civil. No caso específico de figurar no polo passivo da demanda judicial, a Fazenda Pública, figura personificada do Estado, a efetividade passa a ser simbólica, pois não há interesse da entrega da prestação jurisdicional célere e efetiva contra um Estado sucumbente.

Neste momento, surgem os casuísmos, as emendas, como a Emenda Constitucional n° 62/2009, que será analisada em tópicos seguintes, contudo a novel emenda estabelece uma nova fila para o regime do precatório, estabelece a quebra da ordem cronológica, modifica a coisa transitada e julgada, estabelece uma prioridade de 50% para pagamento mediante leilões, nos quais o credor do precatório que conceder o maior desconto receberá primeiro, em seguida 30% dos precatórios serão distribuídos em ordem crescente e, por fim, 20% restaria na fila cronológica.

Está mais uma prova cabal que as forças dominantes manipulam o que foi garantido pela constituição, trazendo transformações através de emendas que fortalecem a tese de que a constituição jurídica é completamente diferente da constituição política.

Somente o número de emendas já concretizado faz com que o texto constitucional fique cada vez mais sem sua força normativa.

Ao valorizarmos o texto constitucional originário, em detrimento aos textos constitucionais promovidos pelo poder constituinte derivado, fazemo-lo por entender que muitos dos dispositivos constitucionais originados nas emendas constitucionais, embora tenham o manto de constitucionalidade, estão maculados por interesses que não refletem a vontade daquele que deveria ser o poder soberano, que é a sociedade através de seus representantes, mas sim, por constituírem interesses de pequenas representações com força política, podendo, muitas vezes, serem essas parcelas constituídas dentro dos poderes que foram instituídos pela própria constituição como o Executivo, o Legislativo e o Judiciário.

Diante dessas constatações, não se quer impregnar esta reflexão com um teor ideológico, mas torna-se imperioso o abandono de qualquer ilusão – bem como a sua

aparente confirmação pela experiência histórica. Uma vez que a história constitucional parece efetivamente ensinar que, tanto na práxis política cotidiana, quanto nas questões fundamentais do Estado, o poder afigura-se sempre superior à força das normas jurídicas, que a normatividade submete-se a realidade fática.<sup>53</sup>

Também é importante externar a necessidade de uma reflexão real sobre o contexto constitucional que a sociedade brasileira atravessa, uma vez que nos parece que a leitura de HESSE parece uma premonição da realidade fática da sociedade brasileira em face de seu texto constitucional, pois dizia o autor o seguinte:

a condição de eficácia da Constituição Jurídica, isto é, a coincidência de realidade e norma, constitui apenas um limite hipotético extremo. É que, entre a norma fundamentalmente estática e racional e a realidade fluida e irracional, existe uma tensão necessária imanente que não se deixa eliminar. Para essa concepção do Direito Constitucional, está configurada permanentemente uma situação de conflito: a Constituição jurídica, no que tem de fundamental, isto é, nas disposições propriamente de índole técnica, sucumbe cotidianamente em face da constituição real. A idéia de um efeito determinante exclusivo da Constituição real não significa outra coisa senão a própria negação da Constituição jurídica. Poder-se-ia dizer, parafraseando as conhecidas palavras de Rudolf Sohm, que o Direito Constitucional está em contradição com a própria essência da Constituição<sup>54</sup>.

Seria possível negar a existência dessa Constituição Política? Seria possível crer que a Constituição Jurídica é efetiva?

Na realidade brasileira, essas são questões que necessitam ser refletidas antes de negarmos completamente que a constituição não passa de um “pedaço de papel”, conforme sinalizou Lassalle.

---

<sup>53</sup> HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Frabris, 1991, p. 10.

<sup>54</sup> HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Frabris, 1991, p. 10.

## 2.4 A força normativa da Constituição

Konrad Hesse, em sua obra, *A Força Normativa da Constituição*<sup>55</sup>, faz uma tentativa de resposta às alegações de Lassalle e Jellinek, trazendo a importância de que se empregue uma força normativa à constituição. Esse posicionamento busca uma valorização da Constituição posta como norma regente do Estado. Em sua abordagem, estabelece a importância da concretização da vontade da Constituição.

Afirma Hesse que a Constituição adquire força normativa à medida que logra realizar essa pretensão de eficácia. Segundo ele, graças à pretensão de eficácia, a Constituição procura imprimir ordem e conformação à realidade política e à social, tendo a Constituição jurídica um significado próprio, sendo sua pretensão de eficácia como elemento autônomo de forças do qual resulta a realidade do Estado.

Hesse apud Humboldt, na monografia sobre a constituição Alemã, 1813, traz reflexões nas quais afirma que toda a constituição necessita de uma força vital a fim de que não permaneça “eternamente estéril”<sup>56</sup>.

Pablo Lucas Verdú<sup>57</sup> faz a abordagem sobre o sentimento constitucional. Esse sentimento de constituição, sem dúvida, faz despertar uma força normativa da constituição exatamente pela crença nesse poder imanente da Constituição de um Estado, contudo, esse sentimento, por si só, não logra êxito quando não se permite uma consolidação do texto normativo no tempo. No caso brasileiro, as emendas propiciam o descrédito, tendo em vista a atuação de uma força política que propõe mudanças na intenção de perpetuação do poder.

---

<sup>55</sup> HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Frabris, 1992.

<sup>56</sup> HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Frabris, 1992, p. 18.

<sup>57</sup> VERDÚ, Pablo Lucas. **O sentimento constitucional**: aproximação ao estudo do sentir constitucional como de integração política. Tradução e prefácio Agassiz Almeida Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

Afirmou Hesse: “A constitucionalização de interesses momentâneos ou particulares exige, em contrapartida, uma constante revisão constitucional, com a inevitável desvalorização da força normativa da constituição.”<sup>58</sup>

Apontou como condicionantes para a existência de um conteúdo da constituição quanto à *práxis* constitucional os seguintes requisitos.

- a) Quanto mais conteúdo de uma constituição lograr corresponder à natureza singular do presente, tanto mais seguro há de ser o desenvolvimento de sua força normativa;
- b) Um ótimo desenvolvimento da força normativa da Constituição depende não apenas do seu conteúdo, mas também de sua *práxis*. Todos os interesses momentâneos – ainda quando realizados – não logram compensar o incalculável ganho resultante do comprovado respeito à Constituição, sobretudo naquelas situações em que sua observância se revela incômoda. Como anotado por Walter Burckhardt, aquilo que é identificado como vontade da Constituição “deve ser honestamente preservado, mesmo que, para isso, tenhamos que renunciar a alguns benefícios, ou até vantagens justas. Quem se mostra disposto a sacrificar um interesse em favor da preservação de um princípio constitucional, fortalece o respeito à Constituição e garante um bem da vida indispensável à essência do Estado, mormente ao Estado Democrático.” “Aquele que, ao contrário, não se dispõe a esse sacrifício, “malbarata, pouco a pouco, um capital que significa muito mais do que todas as vantagens angariadas, e que, desperdiçado, não mais será recuperado.”<sup>59</sup>

Essas reflexões devem levar, no caso da Constituição brasileira, a uma análise sobre as *práxis* de modificação da constituição. Talvez venhamos a concluir que, embora a defesa de Hesse seja pertinente, no caso brasileiro, há um misto entre o

---

<sup>58</sup> HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Frabris, 1992, p. 21.

<sup>59</sup> HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Frabris, 1992, p. 20-21.

sentimento constitucional, a busca de sua força normativa, e uma constituição política tal como afirmava Lassalle.

Dessa forma, quando um dispositivo constitucional deixa de ser observado pelo próprio estado fragiliza a força normativa do texto Constitucional.

## **2.5 A Constituição como um sistema jurídico**

Não se discute sobre a formação sistêmica da constituição e, como um sistema, também é indiscutível que ela deve guardar o postulado de “ordem” e “unidade”. Dessa forma, não se admite que as normas constitucionais se furtem de estarem estritamente vinculadas à unidade do sistema.

Nesse diapasão, a obra de *Canaris* estabelece que a ordem interior e a unidade do Direito são bem mais do que pressupostos da natureza científica da jurisprudência e dos postulados da metodologia. Dizia o mestre que, antes, elas pertencem às mais fundamentais exigências ético-jurídicas e radicam, por fim, na própria ideia de direito.<sup>60</sup>

Nesse sentido, é necessário a consonância entre o Princípio da Efetividade e a forma como foi disposto o art. 100 da CF, que versou sobre a forma de pagamento das dívidas procedentes de decisão judicial em face da Fazenda Pública.

Uma vez que as normas constitucionais devem obedecer ao princípio da unidade, é fundamental a análise entre a efetividade do processo na execução de quantia certa em face da Fazenda Pública, pois, ao que parece, todo dispositivo Constitucional estabelecido no art. 100 corrobora para a inefetividade do direito fundamental a uma tutela jurisdicional efetiva.

Essa inefetividade corrobora para o descrédito das instituições como o Poder Judiciário, que não consegue a entrega concreta da prestação jurisdicional.

---

<sup>60</sup> CANARIS, Claus Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.

Também malbarata os princípios fundamentais, pois o que fica evidente é a proteção garantida pela constituição, que somente tem valor quando se trata de lides entre particulares, pois uma vez que existe no polo passivo a Fazenda Pública, esse princípio é afastado em detrimento à área de constitucionalidade dos dispositivos do art. 100 da Constituição, que, na prática, é um verdadeiro culto à (in)efetividade do processo.

Caso fosse obedecida a coerência entre ordem e unidade da constituição, os dispositivos contidos nos incisos XXXV e LXXVIII do art. 5º e o art. 100 com seus incisos e Parágrafos não seriam antagônicos, pois é evidente que, a fim de obedecer ao previsto no art. 100, abandona-se a possibilidade de efetividade da entrega da prestação jurisdicional, ou seja, da verdadeira concretização da tutela buscada.

Dessa forma, sobre uma análise sistêmica, os dispositivos do art. 5º, incisos XXXV e LXXVIII e o art. 100 não se compatibilizam.

Chegaríamos a uma questão valorativa na qual, para que houvesse a efetividade, seria necessária uma interpretação de modo que fosse negada ou suspensa a aplicação do art. 100.

## **2.6 A principiologia como elemento harmonizador na interpretação da Constituição**

Na busca de uma máxima proximidade com o sentido do texto constitucional, foram desenvolvidos os princípios tópicos da interpretação constitucional: esses princípios foram catalogados com o fito de amenizar as dificuldades sentidas pela doutrina e *práxis* jurídicas de encontrar princípios tópicos auxiliares da tarefa interpretativa.

Canotilho afirma que<sup>61</sup>: estes princípios devem ser (1) relevantes para a decisão (=resolução) do problema prático (princípio da relevância); (2) metodicamente operativos no campo do direito constitucional, articulando direito constitucional formal e material, princípios jurídicos -funcionais (ex.: princípio da interpretação conforme a constituição) e princípios jurídicos-materiais (ex.: princípio da unidade da constituição, princípio da efetividade dos direitos fundamentais); (3) constitucionalmente praticáveis, isto é, suscetíveis de ser esgrimidos na discussão de problemas constitucionais dentro da base de compromisso cristalizadas nas normas constitucionais (princípio da aplicabilidade).

### 1 – O princípio da unidade da Constituição<sup>62</sup>

O princípio da unidade da Constituição ganha relevo autônomo como princípio interpretativo quando com ele significar que a constituição deve ser interpretada de forma a evitar contradições (antinomias, antagonismos) entre suas normas. Como ponto de orientação, guia de discussão e fator hermenêutico de decisão, o princípio obriga o intérprete a considerar a constituição na sua globalidade e a procurar harmonizar os espaços de tensão existentes entre as normas constitucionais a concretizar. Nesse contexto, o intérprete deve sempre considerar as normas constitucionais não como normas isoladas e dispersas, mas, sim, como preceitos integradores num sistema interno unitário de normas e princípios.

Dentro dessa ótica, entende-se ser necessária essa observação não somente na atividade de interpretação quando a norma está positivada, mas é de curial importância a observação deste princípio, aliás, de todos os princípios, por ocasião das propostas de emendas do texto constitucional, pois as Comissões de Constituição e Justiça têm o dever de efetuar esse controle, pois, se assim o fizer, evitará a edição de normas que afrontem o princípio da unidade da constituição.

---

<sup>61</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. reimpressão. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1223.

<sup>62</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. reimpressão. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1223.

Também reputa-se essa responsabilidade ao Pretório Excelso, pois, no controle de constitucionalidade, que é seu ministério, não se observa essa preocupação, sendo poucas vezes observado se há afronta ou não ao princípio da unidade da constituição.

Mesmo sendo considerado por boa parte das Cortes superiores, a impossibilidade de estabelecer a inconstitucionalidade de texto constitucional é necessária uma observação caso não se considere uma antinomia, mas é necessário considerar os antagonismos expressos e flagrantes no texto constitucional com princípios que são por ela expressos.

## 2 – O princípio do efeito integrador<sup>63</sup>

Este princípio está associado ao princípio da unidade e na sua formulação mais simples, o princípio integrador significa precisamente isto: na resolução dos problemas jurídico-constitucionais, deve dar-se primazia aos critérios ou pontos de vista que favoreçam as integrações política e social e o reforço da unidade política. O princípio arranca a conflitualidade constitucionalmente racionalizada para conduzir a soluções pluralisticamente integradoras.

O princípio integrado tende a estabelecer a harmonização entre questões juridicamente constitucionais através de integração com uma unidade política; contudo, é necessário o entendimento que a unidade política não guarda relação com “politicagem”, com influências políticas, mas, sim, com a observação de toda a coerência política estabelecida, principalmente, nos princípios norteadores do texto constitucional.

O contato com a obra de HESSE é compensador, infelizmente o poder constituinte derivado, que não cansa de propor mudanças através de emendas constitucionais constituídas de evidentes interesses “politiqueiros”, não fez uma reflexão sobre a verdade exposta na obra. Mas resta-nos o alento de saber que, pelo menos, o tradutor da obra de HESSE para o Brasil esteve assentado na cadeira da Presidência da Excelsa Corte, Ministro do Supremo Tribunal Federal, Gilmar Ferreira

---

<sup>63</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. reimpressão. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1224.

Mendes. A expectativa é que este texto faça parte de sua reflexão diária a fim de que a Constituição Federal seja preservada em sua vontade.

### 3 – O princípio da máxima efetividade<sup>64</sup>

Este princípio, também designado por princípio da eficiência ou princípio da interpretação efetiva, pode ser formulado da seguinte maneira: a uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê. É um princípio operativo em relação a todas e quaisquer normas constitucionais e, embora sua origem esteja ligada à tese da atualidade das normas programáticas, é hoje, sobretudo, invocado no âmbito dos direitos fundamentais no caso de dúvida, deve-se preferir a interpretação que reconheça maior eficácia aos direitos fundamentais.

Esse princípio deveria nortear toda a ação interpretativa da Constituição Federal de 1988, pois, o art. 5º, XXXV afirma que a lei não excluirá da apreciação do poder judiciário lesão ou ameaça a direito. O art. 5º, LXXVIII estabeleceu a todos no âmbito judicial ou administrativo uma razoável duração do processo. Entende-se que essas norma garantem a todos o direito a uma prestação jurisdicional efetiva.

No entanto, deparando-se com o que estabelecem os princípios instituídos no art. 1º, tem-se que a República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: ...II a cidadania, III a dignidade da pessoa humana.

A vivência de um longo período ditatorial fez com que os membros da Assembléia Constituinte trouxessem no bojo do texto constitucional uma supervalorização da cidadania e da dignidade da pessoa humana.

A temática da cidadania tomou tal importância, que foi apelidada pelo Presidente da Assembléia Nacional Constituinte, o já falecido Deputado Ulisses Guimarães, de Constituição Cidadã.

Isso demonstra que a vontade da constituição, como expressou HESSE, é constituída de fazer prevalecer a cidadania e a dignidade da pessoa humana.

---

<sup>64</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. reimpressão. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1224.

Há quem diga que a Constituição Federal Brasileira estabeleceu o verdadeiro Estado Social, porém não é possível negar que o princípio da unidade da constituição e o princípio da máxima efetividade, por diversas vezes, são ignorados, em detrimento do que foi expresso anteriormente, de algumas vantagens, comprometendo, sobremaneira, o sentido da constituição.

Esse fator é clarividente quando o legislador estabeleceu, através das Emendas Constitucionais nº 30 e 62, a mudança no regime de precatório, que, diga-se, constitui uma verdadeira aberração e mutilação aos princípios da máxima efetividade e da unidade da constituição.

O artigo 100 da CF/88 estabeleceu, ratificando toda uma imposição anteriormente estabelecida por regime autoritário, que, à exceção dos créditos de natureza alimentícia, os pagamentos devidos pela Fazenda Federal, pela Estadual e pela Municipal, em virtude de sentença judiciária, far-se-ão exclusivamente na ordem cronológica de apresentação dos precatórios e à conta dos créditos respectivos, proibida a designação de casos ou pessoas nas dotações orçamentárias e nos créditos adicionais abertos para esse fim.

Somente a leitura do artigo 100 da CF/88 pode parecer natural ou necessária à previsibilidade por parte da administração para que possa inserir no seu orçamento a previsão orçamentária para fazer face a despesas oriundas de sentenças judiciais.

Se, por um lado, o artigo homenageou o princípio da impessoalidade, ao não permitir a designação de casos ou de pessoas, para inclusão no orçamento; de outro, a norma, ainda que impositiva, da obrigatoriedade de inclusão no orçamento das entidades não recebia nenhum tipo de controle pela sua ausência ou não na proposta orçamentária dos entes públicos.

O ordenamento infraconstitucional que estabelece a forma de processamento, mais precisamente o art. 730 e 731 do Código de Processo Civil Brasileiro, estabelece que a preterir o credor no seu direito de preferência o presidente do tribunal, após ouvir o Chefe do Ministério Público, poderá ordenar o sequestro da quantia necessária à satisfação do débito.

No entanto, a sociedade é sabedora de que a questão não está na preterição do direito de preferência, mas no controle sobre a inclusão no orçamento dos recursos previstos nas requisições dos tribunais quanto às sentenças transitadas e julgadas.

Até o momento não houve, por parte do legislador brasileiro, atitudes que caminhassem na direção de coibir o descumprimento de ordem judicial, pela não inclusão no orçamento.

A Constituição Federal, art. 34, VI, estabelece como causa de intervenção no Estado ou Município o descumprimento de ordem ou decisão judicial, a depender conforme artigo 36, II de Requisição do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do Tribunal Superior Eleitoral.

Contudo, ao longo desses vinte anos da Constituição Federal, não se ouviu falar de tal medida, e isso, diga-se, não é porque todas as requisições foram cumpridas, mas porque há omissão por parte das autoridades devidas.

Também não se deu conta de estabelecer algum meio de coibir a União Federal pelo descumprimento da ordem ou decisão judicial, pois sabemos que os precatórios existentes em desfavor da Fazenda Nacional chegam aos milhares.

Dessa forma, fica evidente os casuísmos que maculam a imagem da justiça e do ordenamento, que perde, a cada dia, sua força vital de normatividade.

Não temos dúvidas de que essas práticas comprometem a efetividade da jurisdição principalmente quando figura no polo passivo a Fazenda Pública.

Nesse contexto, entendemos que é necessário fazer uma interpretação da constituição à luz dos seus princípios norteadores. Pois, caso fosse feito, não seria possível a aplicação do artigo 100 aos seus jurisdicionados.

Com muita coragem, o Ministro do Superior Tribunal de Justiça, José Augusto Delgado, ministrando palestra para magistrados, sob o título Precatório Judicial e Evolução Histórica, Advocacia Administrativa na Execução contra a Fazenda Pública e Impenhorabilidade dos bens públicos. Continuidade do serviço Público, publicado na Série Cadernos do CEJ, 23, assim se manifestou:

A norma tem que ser colocada dentro de um sistema, e não pode ser interpretada de modo isolado; se colocada dentro de um sistema e puder dar uma solução, como juiz, devo aplicá-la, porque estamos atuando dentro de um sistema. Como lhes mostrei há pouco, dentro do sistema referente a precatório não podemos interpretar o artigo 100 de modo isolado, porque ele está integrado a um corpo, que chamo corpo da cidadania para a entrega da prestação jurisdicional.<sup>65</sup>

Neste diapasão, o Tribunal Superior do Trabalho, na busca da máxima efetividade da norma e em homenagem a uma tutela jurisdicional efetiva, editou a Instrução Normativa nº 11/1997, que assim estabelece:

III – o não cumprimento da ordem judicial relativa à inclusão, no respectivo orçamento, pela pessoa jurídica de direito público condenada, de verba necessária ao pagamento do débito constante de precatório regularmente apresentado até 1º de julho, importará na preterição de que tratam os §§ 1º e 2º do art. 100 da Constituição Federal da República e autorizará o Presidente do Tribunal Regional do Trabalho, a requerimento do credor, expedir após ouvido o Ministério Público, a ordem de seqüestro nos limites do valor requisitado.

[...]

XII – Na hipótese ressalvada no item anterior<sup>66</sup>, caso efetivado o pagamento por meio inidôneo, a menor, sem a devida atualização ou fora do prazo legal, poderá o Juiz da Execução, a requerimento da parte interessada, requisitar ao Presidente do Tribunal o seqüestro da quantia necessária à satisfação do crédito, após a atualização do débito e oficiada a entidade devedora com prazo para pagamento.<sup>67</sup>

Não restaram críticas a esse posicionamento do Superior Tribunal do Trabalho, quanto ao aspecto da inconstitucionalidade da Instrução Normativa. No entanto, se visto à luz dos princípios e da vontade da Constituição, a norma deveria ser considerada

---

<sup>65</sup>DELGADO, José Augusto. **Precatório judicial e evolução histórica. Advocacia Administrativa na execução contra a Fazenda Pública. Impenhorabilidade dos bens públicos. Continuidade do Serviço Público.** Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/revista/seriecadernos/vol23/artigo05.pdf>>. Acesso em 16.07.2010.

<sup>66</sup> O item anterior, referido no item XII da IN nº 11/97, traz o seguinte: “XI – Ficam ressalvadas no que couber, quanto à observância do estabelecido nesta Resolução, as situações alcançadas pelo que dispõe o art. 57, §3º, da Constituição do Estado de São Paulo, segundo o qual os créditos de natureza alimentícia – cujos precatórios observarão ordem cronológica própria – serão pagos de uma só vez, devidamente atualizados até a data do efetivo pagamento”.

<sup>67</sup> OLIVEIRA, Antônio Flávio de. **Precatórios: Aspectos administrativos, constitucionais, financeiros e processuais.** Belo Horizonte: Fórum, 2007.

constitucional, pois inconstitucional deve ser a norma que frustra e macula o cidadão em detrimento da administração.

É muito comum não ser feito o pagamento das obrigações da Fazenda Pública com a justificativa do interesse público não poder ser preterido em face do interesse privado.

Porém com muita maestria, lecionou Raquel Cavalcanti Ramos Machado, para quem somente é possível referir-se à supremacia do interesse público sobre o particular, quando se tratar de conflito entre interesse público primário e interesse particular protegido por direito fundamental. Isso prova que o interesse público constitui em conceito vago ou indeterminado, merecendo análise no caso concreto para, diante do princípio da proporcionalidade, ser verificada sua presença.<sup>68</sup>

A questão deve ser analisada e deveria ter uma maior atuação por parte do Ministério Público uma vez que se torna comum a não inclusão no orçamento sobre o pretexto da continuidade do serviço público. No entanto, não se deixam de prever no orçamento verbas para publicidade, para festas carnavalescas, juninas etc.

Não é razoável inadimplir com obrigações ou até mesmo se estabelecer o sistema de precatório quando o Município faz doação de alguns milhões para uma instituição carnavalesca de outro Estado. Não é coerente e não guarda decorrência lógica se investir cerca de R\$ 680.000,00 (seiscentos e oitenta milhões de reais) nos jogos olímpicos, enquanto há centenas de aposentados que não puderam sequer ver o direito que foi garantido no Estatuto do Idoso e aguardam o pagamento de seus precatórios.

Um país com tantas diferenças não pode admitir que, por parte das comunidades acadêmica e jurídica não surjam movimentos na busca de uma máxima efetividade da interpretação constitucional.

Vale ressaltar, mais uma vez, o pensamento do Exmo Sr. Ministro do Superior Tribunal de Justiça, que trouxe como meditação para os mestrandos da Faculdade de

---

<sup>68</sup>MACHADO, Raquel Cavalcanti Ramos. **Interesse Público e direitos do contribuinte**. São Paulo: Dialética, 2007, n.4.2.4, p.119.

Direito de Belo Horizonte: o artigo 100 da Constituição Federal não seria um tipo de norma de inconstitucionalidade dentro da Constituição?

Disse o Ministro:

Não fiquem vinculados àquilo que lhes foi ensinado de que é uma heresia, no Brasil, se falar em norma constitucional inconstitucional, porque a evolução do pensamento jurídico brasileiro está chegando a esse nível. Observando que houve com a interpretação da Contribuição Provisória sobre Movimentação Financeira (CPMF) e com o que está havendo com a Ação Direta de Inconstitucionalidade (Adin), que foi interposta a respeito da Emenda Constitucional nº 30. Será que esta emenda está harmonizada com os princípios da razoabilidade, da proporcionalidade e como todos os princípios a que aqui já mencionei?<sup>69</sup>

Na doutrina pátria, encontramos eco na questão da inconstitucionalidade de norma constitucional no célebre professor Ivo Dantas, que assim asseverou:

Neste sentido, o posicionamento que defendemos, todo ele baseado na visão do texto constitucional como um sistema, nunca em critérios suprapositivos, evidentemente, tem implicações práticas, como se vê:

- a) em determinados casos, o exercício interpretativo apenas impõe uma direção traçada pelas diversas espécies de princípios para a correta compreensão da norma;
- b) em outras situações, admitindo-se a existência de normas constitucionais inconstitucionais, o fazemos não só em relação àquelas oriundas do denominado Poder de Reforma (hipótese em que não haveria maiores discussões), mas, igualmente, àquelas outras oriundas do próprio Poder Constituinte<sup>70</sup>

De forma franca, reconheceu Ivo Dantas que, na doutrina nacional, quando os autores se voltam contra a possibilidade de norma constitucional inconstitucional,

---

<sup>69</sup> DELGADO, José Augusto. **Precatório judicial e evolução histórica. Advocacia Administrativa na execução contra a Fazenda Pública. Impenhorabilidade dos bens públicos. Continuidade do Serviço Público.** Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/revista/seriecadernos/vol23/artigo05.pdf>>. Acesso em 16.07.2010.

<sup>70</sup> DANTAS, Ivo. **Constituição & Processo.** 2. ed. Curitiba: Juruá, 2008, p. 427.

limitam-se ao uso do argumento de autoridade, principalmente do Tribunal Constitucional Alemão, ao negar a teoria de Otto Bacchoff.<sup>71</sup>

No entanto, para fins deste trabalho, a análise da inconstitucionalidade de norma constitucional, seja ela originária ou proveniente do procedimento do poder constituinte reformador, é questão fulcral haja vista que a efetividade do processo nas execuções, por quantia certa em face da Fazenda Pública, culminará na odiosa espera dos precatórios estabelecidos no artigo 100 da Constituição Federal de 1988, que vem ao longo do tempo sofrendo modificações mediante emendas cuja constitucionalidade são discutidas há anos no Supremo Tribunal Federal.

É certo que grande parte da doutrina e jurisprudência pátria divergem da possibilidade do reconhecimento da inconstitucionalidade de norma constitucional originária. Porém vale trazer neste trabalho as discussões concernentes à matéria a fim de que, ao final, estabeleça-se o posicionamento proposto quanto a essa questão.

Originariamente Otto Banchof levantou a possibilidade da inconstitucionalidade de norma constitucional inconstitucional<sup>72</sup>, tendo sua doutrina sofrido reprimenda pelo Tribunal Constitucional Alemão.

Banchof, em sua obra, trabalhou com a possibilidade da existência de direito supralegal (direito pré-estadual, supra-estadual, suprapositivo, direito natural). Esse direito seria composto por “normas” que antecedem a existência do Estado, que não se referem tão somente aos direitos naturais dos indivíduos (vida, liberdade). Sua pré-existência, para os defensores, impõe a observância por todos os Estados, independentemente da positivação na Constituição.

Assim sendo o Poder Constituinte originário estaria limitado a observar esse direito supralegal existente.

Ivo Dantas, acatando a possibilidade da existência de norma constitucional inconstitucional, oriunda do poder constituinte, diverge do doutrinador germânico

---

<sup>71</sup> DANTAS, Ivo. **Constituição & Processo**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2008 p. 425.

<sup>72</sup> BACHOF, Otto. **Normas Constitucionais Inconstitucionais?** Coimbra: Atlântida Editora, 1977.

quanto ao que chamou a existência de um Direito da Ocupação, referindo-se que inobservância de um direito natural na formação de uma constituição é uma questão de hiato constitucional não sendo uma questão de controle da constitucionalidade.<sup>73</sup>

Nesse caminho na coerência do que denominou de hierarquia de princípios sobre as normas constitucionais, estando os Princípios Fundamentais no ápice da pirâmide e, em seguida, os Princípios Gerais ou Setoriais firmado de forma intermediária entre os Princípios Fundamentais e as normas.

Assim defende a inconstitucionalidade de forma sistêmica e nunca em critérios suprapositivos tal qual asseverou Bachof.

Já o constitucionalista português Canotilho asseverou que a inconstitucionalidade de norma constitucional escrita é possível desde que se conceba uma relação de hierarquia entre as próprias normas constitucionais. Dito por outras palavras: a inconstitucionalidade de uma norma constitucional resulta do fato de esta norma ser considerada hierarquicamente inferior e estar em contradição com outra norma de constituição julgada hierarquicamente superior<sup>74</sup>. No entanto o mesmo não defende em sua obra tal possibilidade, contudo não negou a existência.

Partindo-se da premissa posta por Ivo Dantas, da hierarquia entre princípios, conclui-se que o princípio da tutela jurisdicional efetiva, constituído como direito fundamental, ocupa uma posição hierárquica superior à norma estabelecida no artigo 100 da Constituição Federal de 1988, o que deveria levar o afastamento da norma em face do direito garantido ao cidadão de uma tutela jurisdicional efetiva, uma vez que o dispositivo obsta qualquer possibilidade de efetividade do processo nas ações de execução por quantia certa em face da Fazenda Pública. Isso posto, considere-se que a norma foi constituída pelo poder constituinte originário.

---

<sup>73</sup> DANTAS, Ivo. **Constituição & Processo**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2008. p. 427.

<sup>74</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Almedina, 7. ed. e reimpressão, 2003, p. 1232-1233.

A questão restaria na discussão da competência para declaração da inconstitucionalidade uma vez que o Supremo Tribunal Federal já se manifestou incompetente no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 815-3, do Distrito Federal, relatório da lavra do Ministro Moreira Alves, que optou por não conhecer da ação por impossibilidade jurídica do pedido.

O Pretório Excelso, infelizmente, afastou o cabimento da questão, mas não tomou posição quanto ao problema de fundo.

Ainda na doutrina pátria afirmou Nogueira Silva:

No caso brasileiro, que por inadequada observância – intencional – do mandamento constitucional pelo Congresso, como por deficiente capacitação do legislador, são flagrantes e inumeráveis as normas constitucionais inconstitucionais, que induzem o jurisdicionado a não depositar confiança no sistema.

Quanto à primeira hipótese, a da intencional inobservância do mandamento constitucional, basta lembrar o grande número de projeto de lei, e até de emendas constitucionais que, aprovados em uma Casa do Congresso, são ‘aprovados’ na outra Casa com modificações no texto, sem remessa à de origem: com relação aos projetos de emenda constitucional, são remetidos à promulgação conjunta pela Mesas da Câmara e do Senado. No entanto, o art. 65, da Constituição, exige que todas as matérias sejam apreciadas pelas duas Casas e, obviamente, o que foi modificado na segunda, não terá sido apreciado pela primeira.<sup>75</sup>

*Prima facie* poderá concluir-se que a questão trazida por Nogueira Silva refere-se à questão de inconstitucionalidade de norma constitucional proveniente de poder reformador, contudo, Ivo Dantas, trouxe, em sua obra *Constituição & Processo* (2008), questão que demonstra a inconstitucionalidade de texto constitucional aprovado pelo Poder Constituinte, que será trazido a colação:

Diz a CF/88 em seu

Art. 86 [...]

§ 4º O presidente da República, na vigência do seu mandato, não pode ser responsabilizado por atos estranhos ao exercício de suas funções.

---

<sup>75</sup> SILVA, Paulo Napoleão Nogueira da. **A Evolução do Controle da Constitucionalidade e a Competência do Senado Federal**. São Paulo: Editora RT, 1992, p. 74.

Contudo o § 1º do artigo 86 assim determina:

O Presidente da República ficará suspenso de suas funções:

I – nas infrações penais comuns, se recebida a denúncia ou queixa-crime pelo Supremo Tribunal Federal.

Está assegurada ao Supremo Tribunal Federal a competência originária para:

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição cabendo-lhe:

I – processar e julgar, originariamente:

a)-----

b) nas infrações penais comuns, o Presidente da República, o Vice-Presidente, os membros do Congresso Nacional, seus próprios Ministros e o Procurador-Geral da República.

Disse, ainda Ivo Dantas:

Evidentemente, que, mesmo na hipótese de que não estivessem explícitos os mandamentos constitucionais que determinam a suspensão das funções e a competência para o julgamento do Presidente da República em infrações comuns, a existência dos princípios mencionados – Estado Democrático de Direito e República Federativa – imporia a conclusão de ser inconstitucional o mencionado art. 86 § 4º.<sup>76</sup>

A questão colocada pelo Ministro Moreira Alves da impossibilidade jurídica do pedido na Adin nº 815-3 ficaria como no caso de uma Ação Direta de Inconstitucionalidade das normas previstas no § 4º do artigo 86 da CF/88? É claro que seria necessária a manifestação do Supremo Tribunal Federal. É importante abandonar o argumento de autoridade do Tribunal Constitucional Alemão e enfrentar a questão na Constituição brasileira, pois os casuísmos que se apresentam demonstram a fragilidade do sistema e fechar os olhos para essa realidade é negar o direito protegido a quem necessita.

É claro que, para esse posicionamento, será necessária a quebra de paradigma, a que, infelizmente, a cultura jurídica resiste tanto, mas o avanço é demonstração de

---

<sup>76</sup> DANTAS, Ivo. **Constituição & Processo**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2008. p. 425.

amadurecimento e reconhecimento das ‘impurezas’ no bojo do texto constitucional que leva a um verdadeiro descrédito do mesmo.

Felizmente a inconstitucionalidade de norma oriunda do poder reformador já está pacificada, porém ainda não se faz tão suficiente assim haja vista a morosidade do Pretório Excelso para julgar por exemplo a Ação Direta de Inconstitucionalidade referente à Emenda Constitucional nº 30/2000 e à mais inconstitucional de todas: a Emenda Constitucional nº 62/2009.

Diante do explicitado arrazoado, busca-se aguçar, no operador do direito, o debate na busca do fortalecimento da doutrina, a fim de que se possa viver dias nos quais a coerência, a ordem e a unidade sejam mais respeitadas no sistema jurídico pátrio.

É necessário, sim, fazer um enfrentamento da norma Constitucional prevista no artigo 100 com os princípios que o norteiam, pois, numa interpretação sistêmica, deveria ser ponderado o princípio da máxima efetividade da constituição, deveria ser protegido o direito do cidadão a uma prestação jurisdicional efetiva, de modo que possa ter o seu bem tutelado em tempo hábil.

Não é razoável que o Estado, o responsável para prestar uma Tutela Jurisdicional Efetiva, possa manejar instrumentos procrastinatórios para não entregar a tutela devida ao cidadão que se socorre desse Estado Tutor.

## **2.7 A Constituição e o princípio da efetividade**

Na moderna constitucionalística, a riqueza de formas da constituição corresponde à multifuncionalidade das normas constitucionais.

No entendimento de CANOTILHO<sup>77</sup> *apud* DWORKIN, deve-se abandonar a distinção de normas e princípios e, em sua substituição, estabelecer que regras e

---

<sup>77</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p.1160.

princípios sejam duas espécies de normas e a distinção entre regras e princípios, uma distinção de duas espécies de normas.

Distinguir, no âmbito do conceito maior “norma”, entre regras e princípios, traduz-se numa particular complexidade, podendo ser vários os critérios sugeridos por Canotilho, como:

- a) Grau de abstração: os princípios são normas com um grau de abstração relativamente elevado; de modo diverso, as regras possuem uma abstração relativamente reduzida.
- b) Grau de determinabilidade na aplicação do caso concreto: os princípios, por serem vagos e indeterminados, carecem de mediações concretizadoras (do legislador, do juiz), enquanto as regras são suscetíveis de aplicação direta.
- c) Caráter de fundamentalidade no sistema das fontes de direito: os princípios são normas de natureza estruturante ou com um papel fundamental no ordenamento jurídico, devido a sua posição hierárquica no sistema das fontes (ex.: princípios constitucionais) ou à sua importância estruturante dentro do sistema jurídico (ex.: princípio do Estado de Direito).
- d) Proximidade da ideia de direito: os princípios são “Standards” juridicamente vinculantes radicados nas exigências de “justiça” ou na ideia de direito; as regras podem ser normas vinculantes com um conteúdo meramente funcional.
- e) Natureza normogenética: os princípios são o fundamento das regras, isto é, são normas que estão na base ou constituem a *ratio* de regras jurídicas, desempenhando, por isso, uma função normogenética fundamentante.<sup>78</sup>

Os sentidos histórico, político e jurídico da constituição são de extremo valor e devem ser conservados e protegidos. Nesse sentido, o texto constitucional é uma ordem fundamental de uma sociedade, estabelecendo os termos de direito e, com os meios do

---

<sup>78</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. reimpressão Coimbra: Almedina, 2003, p. 1160 -1161.

direito que são instrumentos de governo, a garantia dos direitos fundamentais e a individualização de fins e tarefas. Nesse norte, as regras e princípios, como foram estabelecidos, são constituídos de diversas naturezas e densidades. Contudo, no seu conjunto, regras e princípios constitucionais valem como “lei”: O direito constitucional é direito positivo. CANOTILHO apud Garcia de Enteria relatou que neste sentido se fala na constituição como norma<sup>79</sup> e na “Força Normativa da Constituição”(K. Hesse)<sup>80</sup>.

Canotilho<sup>81</sup> ainda afirmou: Neste condão, o direito constitucional é direito positivo. Se a constituição vale como lei, então as regras e princípios constitucionais devem obter normatividade regulando jurídica e efetivamente as relações da vida, dirigindo condutas e dando segurança a expectativas de comportamentos.

Partindo-se da premissa da natureza sistêmica da Carta Política Brasileira e da sua composição de regras e princípios, emerge a necessidade de trazer o constitucionalizado princípio da efetividade aplicado ao processo.

## **2.8 Os movimentos de reforma e a efetividade do processo em face da Fazenda Pública**

A Efetividade do Processo é, sem dúvida alguma, o tom de grande relevância dos movimentos de reforma no Processo Civil. A Emenda Constitucional nº 45/2004 trouxe a necessidade de um processo que, sob o aspecto temporal, seja resolvido num razoável lapso temporal.

Nessa toada, passaram a vigorar, no direito processual pátrio, normas cuja marca é a busca que dá acesso à prestação jurisdicional como um Direito Fundamental em um Estado Democrático de Direito.

---

<sup>79</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. reimpressão. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1176.

<sup>80</sup> HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Frabris, 1992.

<sup>81</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. reimpressão. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1176.

Como sintetizou Cândido Rangel Dinamarco, “a Reforma é uma resposta aos clamores doutrinários e integra-se naquela onda renovatória consistente na remodelação interna do processo civil, com vista a fazer dele um organismo mais ágil, coexistencial e participativo”.<sup>82</sup>

O movimento de reforma do Código de Processo Civil vem, assim, ao encontro do verdadeiro drama por que vêm passando, no Brasil, os consumidores do serviço jurisdicional.

É fato que o sistema por si só se mostra ineficiente para atender às demandas que recebe. Contudo, busca-se com as reformas trazer o que se espera da onda renovatória: conforme a lição de Mauro Capelleti, um processo que alcance a almejada efetividade, focando nos resultados sob uma menor ótica de seus produtores e mais sob a ótica dos consumidores da atividade jurisdicional.<sup>83</sup>

Não restam dúvidas de que o esforço implementado para alcançar esses resultados tem sido imenso. Foi possível, por exemplo, extinguir o processo de execução, transformando-o em cumprimento de sentença, resultando uma maior celeridade processual.

Não se discute que a ressonância dos clamores pela reforma tem ecoado, porém há algo que não pode ser negado, pois, se, por um lado, busca-se o objetivo de uma modernização do processo com instrumentos capazes de apresentar uma resposta célere e eficiente às demandas que chegam ao Poder Judiciário, por outro, o Poder Executivo implementa, vergonhosamente, a chamada contrarreforma. Aliás, as inovações processuais relacionadas à Fazenda Pública acabam sendo algo verdadeiramente inverso à tão desejada agilização da efetividade da prestação jurisdicional.

Em recente modificação da Lei do Mandado de Segurança, que culminou na Lei nº 12.016/2009, o legislador estabeleceu, no § 2º do art. 7º, a impossibilidade de concessão de liminares no caso de compensação de créditos tributários, a entrega de mercadorias e bens provenientes do exterior, a reclassificação ou equiparação de

---

<sup>82</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. **Nasce um Novo Processo Civil**. Sávio de Figueiredo Teixeira (Coord.), São Paulo: Saraiva, 1996, p. 7.

<sup>83</sup> CAPELLETTI, Mauro. Problemas de Reforma do Processo civil nas sociedades contemporâneas. **Revista de Processo**. São Paulo, n. 65, ano 17, jan-mar.1992, p. 128

servidores públicos e a concessão de aumento ou a extensão de vantagens ou pagamento de qualquer natureza.

A nova lei reproduz o retrocesso de um período obscuro na qual a democracia, o Estado de Democrático de Direito, não existia. Ao reproduzir esse óbice para concessão de liminares, o ordenador legitima as mesmas restrições impostas no nebuloso período ditatorial.

Nesse diapasão dos movimentos de reforma, em que todo avanço se situa na esfera da relação processual no âmbito privado seria mais honesto que se estabelecesse um código processual civil para as demandas em face da Fazenda Pública, pois somente assim ficaria bem evidente o verdadeiro desrespeito e retrocesso que são praticados pelo Estado.

Na busca de respostas aos clamores da sociedade, foi promulgada a Lei nº 12.153 de 22 de dezembro de 2009 e foi estabelecida a criação dos juizados especiais da Fazenda Pública. A nova lei possibilita aos Estados, Distrito Federal, Municípios e Territórios ter as causas cíveis de até sessenta salários mínimos processadas e julgadas pelos tribunal especial da Fazenda Pública. Ficaram fora dessa possibilidade as ações de mandado de segurança, de desapropriação, de divisão e demarcação, populares, por improbidade administrativa, execuções fiscais e as demandas sobre direitos ou interesses difusos e coletivos. Também não foram contempladas as causas sobre bens imóveis dos Estados, Distrito Federal, Territórios e Municípios, autarquias e fundações públicas a eles vinculadas e as causas que tenham como objeto a impugnação da pena de demissão imposta a servidores públicos civis ou sanções disciplinares aplicadas a militares.

Constata-se que, até nas módicas propostas de modificação do sistema processual em busca da efetividade em face da Fazenda Pública, não se vislumbra qualquer disposição na busca da efetividade.

## 2.9 A efetividade do processo e a Fazenda Pública

Não restam dúvidas de que, frente à proteção garantida pelo texto constitucional de uma tutela jurisdicional efetiva, não é possível que algum segmento da sociedade pudesse ficar à margem desse comando. As reformas estabelecidas no sistema processual brasileiro buscam trazer concretização ao clamor por respostas de todos aqueles que necessitam de uma prestação jurisdicional que se efetive por força dos instrumentos disponibilizados.

Nesse condão, percebe-se que houve um deslocamento dos movimentos em direção ao alcance de uma resposta que representasse a concretização da chamada efetividade do processo.

Esse movimento constante trouxe ondas renovatórias que movimentaram as bases das percepções do processo como um todo.

*In prima facie*, podemos trazer as três fases metodológicas no estudo da matéria processual.

A primeira fase é chamada fase do sincretismo, na qual a ação correspondia ao próprio direito material a ser defendido. Nesse momento, não havia sequer a autonomia científica do direito processual.

Em seguida, foi caracterizada a fase denominada de autonomista, notabilizada pelas teorias acerca da natureza jurídica da ação e do processo e também pelo estudo das condições da ação e dos pressupostos processuais. Nessa fase, ocorreu a afirmação da autonomia científica do Direito Processual, destacado pelo pensamento de Chiovenda.<sup>84</sup> Essa fase caracterizou-se por uma visão totalmente introspectiva sem preocupação com o resultado do processo na vida das pessoas.

Por fim surge a fase do instrumentalismo, que se ateve a preocupar-se com o resultado do processo na perspectiva de seus consumidores. A essa fase Mauro Cappelletti denomina de revolução copernicana. Nessa fase instrumentalista, há um

---

<sup>84</sup> VIANA, Juvêncio Vasconcelos. **Efetividade do processo em face da Fazenda Pública**. São Paulo: Dialética, 2003, p. 14.

deslocamento do pensamento processualista que deixou de se considerarem somente os institutos fundamentais do processo como jurisdição, ação e processo para olhar outras temáticas como o custo e a demora processual, que afetam diretamente o cidadão que aguarda uma prestação jurisdicional.

É evidenciado que as mudanças não são marcadas desse momento, mas de um período após a Segunda Guerra Mundial, quando o processo precisou adequar-se as necessidades da sociedade moderna.

Conforme magistério do professor Juvêncio<sup>85</sup>, a fase da instrumentalidade tem-se caracterizado por certos movimentos ou, se preferirmos, por determinadas “ondas renovatórias”. A Primeira onda deu ênfase à assistência judiciária aos necessitados; a segunda deu ênfase à tutela em juízo dos grupos sociais (tutela coletiva); a terceira onda volta-se, justamente à efetividade da prestação jurisdicional, caracterizando-se por uma reforma da técnica processual que atenda a “pontos sensíveis” do sistema.

Nessa terceira onda renovatória, não se abandonaram as tentativas que lhe foram precedentes, contudo, essa onda teve um alcance mais amplo.

Cândido Dinamarco sintetizou que a efetividade do processo “constitui expressão resumida da idéia de que o processo deve ser apto a cumprir integralmente toda a sua função sociopolítico-jurídica, atingindo em toda a plenitude todos os seus escopos institucionais.”<sup>86</sup> Acrescenta o ilustre professor, em outra passagem, que, “a efetividade do processo, entendida como se propõe, significa a sua almejada aptidão a eliminar insatisfações, com justiça e fazendo cumprir o direito, além de valer como meio de educação geral para o exercício e respeito aos direitos e canal de participação dos indivíduos nos destinos da sociedade e assegurar-lhes a liberdade.”<sup>87</sup>

A problemática acerca da efetividade do processo foi assim sintetizada por José Carlos Barbosa Moreira:

---

<sup>85</sup> VIANA, Juvêncio Vasconcelos. **A efetividade do processo em face da Fazenda Pública**. São Paulo: Dialética, 2003. p.16

<sup>86</sup> DINAMARCO, Candido Rangel. **A instrumentalidade do Processo**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 270.

<sup>87</sup> DINAMARCO, Candido Rangel. **A instrumentalidade do Processo**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 271.

- a) “o processo deve dispor de instrumentos de tutela adequados, na medida do possível, a todos os direitos (e outras posições jurídicas de vantagem) contemplados no ordenamento, que resultem de expressa previsão normativa, quer se possam inferir do sistema;
- b) esses instrumentos devem ser praticamente utilizáveis, ao menos em princípio, sejam quais forem os supostos titulares dos direitos (e das outras posições jurídicas de vantagem) de cuja preservação ou reintegração se cogita, inclusive quando indeterminado ou indeterminável o círculo dos eventuais sujeitos;
- c) impende assegurar condições propícias à exata e completa reconstituição dos fatos relevantes, a fim de que o convencimento do julgador corresponda, tanto quanto puder, à realidade”;
- d) em toda a extensão da possibilidade prática, o resultado do processo há de ser tal que assegure à parte vitoriosa o gozo pleno da específica utilidade a que faz jus segundo o ordenamento;
- e) cumpre que se possa atingir semelhante resultado com o mínimo de dispêndio de tempo e energia.”<sup>88</sup>

Dentre as questões levantadas pelo professor José Carlos Barbosa para a temática da efetividade da tutela jurisdicional em face da fazenda pública é importante o que se encontra na letra “d”, pois o que é necessário é saber se a parte vitoriosa pode ter o gozo pleno da específica utilidade da decisão proferida em seu favor.

Na onda renovatório do Processo Civil, a efetividade do processo é a palavra de ordem; sendo assim, é necessário que seja compatibilizada esta onda nas ações de execução por quantia certa em face da Fazenda Pública.

A Fazenda Pública recebeu, por parte do legislador, um tratamento diferenciando, caracterizado como prerrogativas processuais, sendo tais prerrogativas um grande óbice para a concretização da efetividade. O legislador estabeleceu que a Fazenda Pública faz jus conforme estabelecido no art. 188 do CPC à contagem do prazo em quádruplo para

---

<sup>88</sup>MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Notas sobre o Problema da Efetividade do Processo**. Temas de Direito Processual Civil, 3ª série, São Paulo: Saraiva, 1984, p. 27-42, p 27-28.

contestar em dobro para recorrer. Também revestiu a Fazenda Pública do manto da inalienabilidade, o que não permite que a execução possa atingir os bens públicos. Ficou garantido o estabelecido no art. 730 e no 731 do CPC, sendo o procedimento nos processos de execução de forma diversa do que estabeleceu os movimentos reformistas pela efetividade da tutela jurisdicional, conforme o que estabeleceu a lei nº 11.232/2005, deixando de fora a Fazenda Pública dessa nova tendência, a fim de possibilitar não só a exclusão de um processo de execução como também a complementação da fase de conhecimento com o chamado cumprimento de sentença.

Também foi garantido à Fazenda Pública o direito a ter as sentenças proferidas em seu desfavor ao reexame necessário, além de não ser possível a execução provisória, entre outras prerrogativas que serão abordadas posteriormente que conflitam com a tônica constitucionalista, que buscou garantir o direito fundamental a uma tutela jurisdicional efetiva e um processo com uma duração razoável.

A celeuma deste trabalho encontra-se exatamente nesse enfrentamento. Seria possível a concretização da efetividade do processo quando o sucumbente é a Fazenda Pública nas ações de execução por quantia certa?

Seriam legítimas essas prerrogativas garantidas quando afrontam as garantias constitucionais? Seria razoável que as reformas que buscam a efetividade do processo passassem ao largo das lides em que a Fazenda Pública figura no polo passivo?

Essas reflexões irão conduzir-nos a um posicionamento quanto a essas questões com fito de propormos alguns caminhos aos problemas enfrentados.

## CAPÍTULO III - ACESSO À JUSTIÇA COMO CONCRETIZAÇÃO DA EFETIVIDADE DO PROCESSO

### 3.1 O acesso à justiça na visão capelletiana

Na percepção Cappelletiana, o conceito de acesso à justiça transcende a possibilidade do simples acesso ao Poder Judiciário. É fato que o acesso ao Poder Judiciário é condição *sine qua non* para que se viabilize a efetividade do processo, dessa forma, Mauro Cappelletti pontuou as diversas fases ou ondas pelas quais o processo deve passar em busca do acesso à justiça *stricto sensu*.

*In prima facie*, estabelece-se como a primeira onda a assistência judiciária, a segunda onda a representação dos interesses difusos, a terceira onda consistiu no acesso à representação em juízo a uma concepção mais ampla de acesso à justiça.

Então, entende-se que o acesso à justiça será concretizado quando houver a entrega do bem da vida pelo qual houve a litigância. Essa concretização deve ser o objetivo de todos os atores do processo.

Dessa forma, o verdadeiro acesso à justiça é efetivado quando ocorre a entrega do bem da vida ao demandante da prestação jurisdicional. No entanto, para que esta entrega seja efetiva, é necessário que ela responda, de forma positiva, ao fator tempo do processo, uma vez que não é admissível que a entrega da prestação jurisdicional não considere o fator tempo para concretizar a efetivação.

A Emenda Constitucional nº 45/2004 trouxe como uma forma de consolidação ao princípio da efetividade do processo o inciso LXXVIII, que estabeleceu terem todos o direito, no âmbito administrativo ou judicial, a uma razoável duração do processo.

Na contramão da celeridade processual esta a segurança jurídica, embora o sentido da expressão não seja de refutar a celeridade processual ou descartá-la por comprometer a segurança jurídica. Na realidade o que se buscou ponderar foi a

celeridade não comprometer a segurança jurídica ou seja, ser implementada a celeridade processual sem que seja observado o devido processo legal, a ampla defesa e o contraditório.

Contudo, há uma certa morosidade para concretização do processo cuja resposta é a segurança jurídica; nesta toada, tem-se a segurança jurídica como motivo para que não se traga uma maior celeridade processual.

A questão é que coube ao Estado a responsabilidade de conceder uma prestação jurisdicional que homenageie os princípios constitucionais. Essa busca deve ser constante, deve ser diligente e, acima de tudo, deve ser um ideal, não podendo ser encarado como utopia.

Sendo assim, é necessário que se estabeleça, de forma precisa, uma prestação jurisdicional que se concretize de forma efetiva, e isto é necessário que se considere a forma, célere e eficaz. É como se, em pleno século XXI, o Estado brasileiro ainda não viabilizasse o acesso à justiça.

Neste condão, entendemos que não se poderá permitir que a Fazenda Pública esteja acima desses princípios constitucionais, como se estivesse imune à responsabilidade de fazer com que a tutela jurisdicional seja efetiva.

O legislador constituinte originário, repetindo comandos constitucionais anteriores, estabeleceu a prerrogativa à Fazenda Pública de ver seus débitos provenientes de decisão judicial serem pagos mediante o odioso sistema do precatório. Não bastasse esse instrumento de inefetividade processual, o constituinte derivado, mediante várias emendas, vem modificando a forma de pagamento dos precatórios, de forma que a efetividade fique cada vez mais distante da concretização. Entretanto o trabalho explorará este instituto nos capítulos seguintes.

### **3.2 A questão da utilidade das decisões como forma de efetividade da tutela jurisdicional efetiva nas ações de execução por quantia certa em face da Fazenda Pública**

A busca da concretização do direito levará à necessidade da quebra de paradigma na percepção processual, buscando a verdadeira paridade de armas e igualdade de condições, uma vez que será necessário render-se ao princípio da isonomia e fazer com que a Fazenda Pública desça de seu pedestal supremo em busca do bem comum, que é a verdadeira paz social.

É inegável a tamanha dificuldade da quebra desse paradigma, uma vez que parte das prerrogativas concedidas à Fazenda Pública teve sua gênese não como uma necessidade da proteção do Erário, mas, sim, na tentativa da diminuição do poder do juiz.

Essa redução do poder do juiz tem sua origem ainda nas consequências da Revolução Francesa, uma vez que, naquela ocasião, a execução poderia gerar maiores riscos do que a sentença declaratória. Uma vez que os magistrados anteriores à Revolução Francesa eram considerados aliados da nobreza e do clero, a burguesia nutria justificada desconfiança em relação aos juízes. Desse entendimento, surge a intenção de manter o judiciário submisso ao Legislativo e destituído de poderes de execução.

Conclui, assim, Montesquieu, que o poder do juiz é um poder nulo<sup>89</sup>. Nessa arena, surge a gênese do processo de conhecimento, que tem como condão a verificação dos fatos e da declaração da lei trazendo uma nulificação do poder do juiz.

Surge, então, a separação entre conhecimento e execução, com o propósito de evitar que o juiz concentre, no processo de conhecimento, os poderes de julgar e de executar.

---

<sup>89</sup> MONTESQUIEU, Barão de Charles-Louis de Secondat. **Do espírito das leis**. São Paulo: Abril Cultural, 1973, p. 160.

Nesse espírito, surge o processo de execução de forma independente. Não é possível desprezar que, *in prima facie*, a intenção de limitação do poder do juiz teve o condão de proteger a sociedade das relações existentes do Judiciário com o antigo regime. Em seguida, passou a ser utilizada para dar guarida às pretensões da burguesia, para quem era necessário um Estado que garantisse sua plena liberdade para se desenvolver nos planos social e econômico. Para tanto, um poder de julgar que estivesse limitado a afirmar a autoridade da lei seria perfeito.

É mister que hoje se faça uma releitura dessas prerrogativas, uma vez que, com a inauguração do Estado Democrático de Direito, surgiu a necessidade de estabelecer uma relação pela qual o Estado tomasse a iniciativa de prestigiar os princípios fundamentais estabelecidos na Carta Política de 1988.

É descabido ver assegurado o princípio da efetividade somente de forma simbólica, quando se tratar de relações em que a Fazenda Pública é sucumbente em suas lides.

É necessária a quebra de paradigma, pois não há razão para a manutenção dessa verdadeira aberração ao Estado Democrático de Direito.

O discurso de quem defende essas prerrogativas encontra-se cada vez mais esvaziado de sentido e razoabilidade, e tal esvaziamento fica evidente na sociedade contemporânea, na qual a informação e a convivência com outras realidades é facilmente percebida.

Não é fácil a aceitação de que, quando uma lide é estabelecida nos Estados Unidos entre um cidadão comum e o Estado Americano, não é necessário submeter-se a um processo de execução, pois a execução só se faz necessária pelo descumprimento da ordem judicial e, naquela sociedade, as autoridades administrativas cumprem as decisões das cortes.

Não poderia o Estado ser o primeiro a descumprir uma decisão da qual foi sucumbente. Execução nada mais é do que instrumento a afligir o sucumbente inadimplente com sua obrigação.

Recentemente, na ocorrência da tragédia área onde colidiram uma aeronave brasileira e uma aeronave com matrícula americana, foi noticiado que os familiares das

vítimas estabeleceram a demanda contra a empresa americana nos E.U.A., tendo em vista o reconhecimento de que o Poder Judiciário americano era célere e rigoroso.

É desgastante ver a imagem do Judiciário brasileiro manchada, acusada de morosidade pelo cumprimento das leis que lhes são impostas e pelo desprestígio com o magistrado de primeiro grau.

Se há algo a ser feito a fim de homenagear o princípio da efetividade, uma ação urgente é a valorização da decisão do magistrado de primeiro grau, pois é descabida a manutenção desse desprestígio, sob o manto de prerrogativas que protegem o interesse público, beneficiando a Fazenda Pública tal qual ocorria no passado quando o magistrado tinha uma íntima relação com o poder.

Na atualidade, o magistrado de primeiro grau tem todas as possibilidades de agir de forma independente, através das garantias constitucionais previstas, pois ingressam na carreira mediante concursos de provas e títulos, não sendo o que ocorre no segundo grau, quando muitos dos que ali emergem são fruto de acirrada disputa política, comprometidos com o poder executivo e acabando por decidir de forma casuística.

É necessário um zelo nos procedimentos de uniformização da jurisprudência, pois, se, por um lado, este surge como um grande avanço e até um instrumento de um processo judicial mais célere, por outro, poderá não prevalecer o direito concebido de forma imparcial, mas, sim, um direito provido de interesses políticos sob o manto do fadado “interesse público”.

Ademais, é necessária uma verdadeira reflexão sobre para quem tem sido concebido o direito material? Será que esse direito posto tem a verdadeira intenção de buscar a paz social ou legitimar o poder usando o Poder Judiciário como um instrumento de legitimação da vontade política dos que concentram o poder?

O interesse de que uma sentença em desfavor à Fazenda Pública seja reapreciada através do Reexame Necessário protege o interesse público ou a Administração Pública, que, de forma irresponsável, gere a coisa pública e depois busca justificar a necessidade de proteção ao erário.

Como justificar a necessidade de ainda existirem prazos alongados, se hoje a Advocacia Pública é altamente capacitada, bem remunerada e, por força da legislação,

tem dedicação exclusiva, quando o cidadão que litiga contra a União, o Estado ou Município tem que se valer da assistência judiciária, que, até hoje, não foi implementada em todos os Estados do país.

Na obra, *Acesso à Justiça*, de Mauro Capelletti<sup>90</sup>, o mestre estabelece que como soluções práticas do problema do acesso à justiça tem-se como primeira onda a Assistência Judiciária aos pobres. A depender dessa onda, mesmo com todas as garantias constitucionais, o acesso à justiça não é possível pelas camadas menos desfavorecidas da sociedade, pois a implementação da Defensoria Pública depende da ação do Estado, que, no entanto, figura na maioria das demandas no polo passivo. Por que estabelecer a Defensoria Pública se isso é instrumentalizar os pobres para litigar contra o próprio Estado? Talvez nesse questionamento esteja a resposta pela morosidade de implementação e a falta de valorização na maioria dos 27 Estados da Federação brasileira, para a carreira dos defensores públicos.

O Poder Judiciário brasileiro encontra-se de mãos atadas no sentido de buscar a implementação da efetividade, pois, afinal, ao poder judiciário cabe fazer a jurisdição e ao Poder Legislativo cabe legislar. É necessário que as reformas que foram trazidas ao Código de Processo Civil, desde 1994, não tivessem sido benevolentes com o Estado, pois, enquanto se preocupou o legislador em diminuir as fases do processo, modificando a execução nos litígios entre os particulares, em nada alterou a execução em face da Fazenda Pública, que continua morosa e benevolente em favor do Estado em detrimento do Direito a uma tutela jurisdicional efetiva protegida pela Carta Republicana de 1988.

Caso não haja um esforço da comunidade científica para sensibilizar a classe política do legislativo, com a finalidade de fazer uma releitura das prerrogativas da Fazenda Pública, corre-se o risco de ser transformada em folclore a tão buscada efetividade. Como poderá, pois, ser útil uma decisão que somente é cumprida anos após ter sido proferido a sentença?

É racional considerar útil uma sentença que foi proferida no primeiro grau, submeteu-se ao juízo *ad quem* com o fito de ser confirmada mediante o reexame necessário, e, depois, é atacada mediante apelação para ser confirmada.

---

<sup>90</sup> CAPELLETTI, Mauro. **Acesso à Justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1998.

Não bastasse depois de sagrar-se um vencedor nominal, é necessário passar o processo por todo procedimento executório, com embargos do devedor, até que, ao final, o litigante tenha como resultado um ofício requisitório que irá simplesmente levá-lo a uma fila denominada precatório.

Atentando contra o princípio da efetividade, surge a modificação na Constituição, mediante emenda, a fim de modificar o art. 100 e possibilitar o Estado a fazer leilão e pagar àquele que estiver na fila e se submete a conceder desconto do valor que lhe é devido. Poderá considerar-se que uma decisão dessa em desfavor da Fazenda Pública presta para o fim a que se destinou, que é trazer a paz social que o litígio desestabilizou, entregando uma prestação jurisdicional, justa, célere e que restabelece o *status quo* antes do litígio?

São com esses óbices que se convive com o processo no Brasil. Não porque não tenha uma justiça bem equipada, com pessoas preparadas, mas porque as leis são cada vez mais casuísticas em favor de quem tem o poder, subjugando o cidadão comum a um processo que não é de resultados e cuja prestação jurisdicional, quando em desfavor da Fazenda Pública, não tem, na maioria das vezes, utilidade a quem necessita.

## CAPÍTULO IV – A FAZENDA PÚBLICA

### 4.1 A Fazenda Pública e seu conceito

A expressão Fazenda Pública é, normalmente, reconhecida como a representação da feição patrimonial das pessoas jurídicas de direito público interno, tanto mais quando observadas sob sua atuação.

Para o festejado processualista Cândido Rangel Dinamarco, o termo Fazenda Pública é a personificação do Estado, especialmente consideradas as implicações patrimoniais das relações jurídicas em que se envolve e em processo civil, Fazenda vale como o Estado em juízo.<sup>91</sup>

Nesse conceito de Fazenda Pública, estão inclusas a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e suas respectivas autarquias e fundações. Também se insere nesse conceito as Agências às quais se tem atribuído a natureza jurídica de autarquias especiais.<sup>92</sup> Também se inseriu nessa categoria, por força de decisão do Supremo Tribunal Federal, a Empresa de Correios e Telégrafos – ECT, caracterizando-se em excepcionalidade.

Em função dessa personificação jurídica, o legislador Constituinte e também o legislador ordinário conferiram à Fazenda Pública diversas prerrogativas, tais como prazos processuais diferenciados, duplo grau obrigatório, impenhorabilidade dos bens públicos, execução diferenciada da nova onda processualista, tudo isso pautado na prevalência do interesse público sobre o interesse privado.

Nessa senda, conferiu-se à União, aos Estados, ao Distrito Federal, aos Municípios e às respectivas, autarquias e fundações a denominação de Fazenda Pública sempre que as mesmas se encontrem litigando.

O Poder Judiciário buscou especializar-se para que pudesse melhor atender às demandas criando Varas especializadas.

---

<sup>91</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do Processo Civil moderno**. v. I, p 179-180. São Paulo: Malheiros, 2004.

<sup>92</sup> CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **A Fazenda Pública em juízo**. 5. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Dialética, 2008, p. 17.

Em 22 de dezembro de 2009, foi criado o Juizado Especial da Fazenda Pública, através da Lei nº 12.153/2009, de 22 de dezembro de 2009. A nova lei estabeleceu que deverão ser criados pelo Poder Judiciário estadual os juizados especiais da fazenda pública, que terão competência absoluta nos estados onde foram implantadas.

Sendo ajuizadas as demandas nos novos juizados, as prerrogativas previstas nas leis processuais serão afastadas, razão pela qual surge mais um importante motivo para se repensar a legitimidade ou não de tais prerrogativas.

Nesse diapasão, passa-se à análise das prerrogativas garantidas para a Fazenda Pública em juízo.

#### **4.2 O interesse público *versus* o interesse da Fazenda Pública**

A justificativa para a manutenção das prerrogativas da Fazenda Pública encontra-se na necessidade de proteger a supremacia do interesse público, que não pode ser mitigado em detrimento do interesse privado.

É curial a compreensão desse conceito jurídico indeterminado, a fim de que se possa encontrar justificativa para manutenção das prerrogativas, que constituem num grande óbice para a garantia da efetividade do processo e da utilidade das decisões em desfavor da Fazenda Pública.

Há críticas (com as quais nos filiamos) sobre esse tão promiscuamente invocado princípio da supremacia do interesse público.

Em artigo publicado na *Revista Trimestral de Direito Publico*, nº 24, p. 170 – 172, Humberto Bergmam Ávila assim se expressou:

tal como ele (o interesse público) é descrito – como um princípio jurídico de supremacia – ele não encontra fundamento de validade, simplesmente porque não pode ser descoberto no ordenamento jurídico (dedução ou indução, análise das palavras ou de seu conjunto etc.). (...) Trata-se, em verdade de um dogma até hoje descrito sem qualquer referibilidade à Constituição vigente. A sua qualificação como axioma bem o qualifica. Esse nominado princípio não encontra fundamento de validade na Constituição brasileira (...)

Marçal Justen Filho, celebrado administrativista, assim se expressou: existe, no entanto, forte cunho de indeterminação do conceito de interesse público, o que dá margem ao risco de aplicação”.<sup>93</sup> Carolina Tupinambá: “o axioma ‘supremacia do interesse público’ antes dogma incontestável, ou ‘superjustificativa-para-tudo’, felizmente, tem merecido releituras<sup>94</sup>

É emergencial uma releitura das prerrogativas da Fazenda Pública a fim de que se possa usufruir da onda renovatória da efetividade do processo, também quando no polo passivo figurar o Estado.

Não é possível confundir o interesse público com o interesse do Estado. Embora possa parecer ser a mesma coisa, é completamente distorcido o emprego do interesse público, quando, travestido, encontra o interesse do Estado.

É primordial trazer à baila, também, o posicionamento do professor Juarez Freitas:

A Administração Pública, por conseguinte, goza de prerrogativas, não tanto por supremacia, mas por legitimidade funcional, Nessa linha gradativamente temos que rever antigos conceitos, porquanto faz-se indispensável reconhecer que a Administração resulta tão ou mais devedora de obediência ao princípio da dignidade da pessoa humana, mormente quando se espera que seja exemplar o seu acatamento dos princípios, não apenas o da legalidade, mas do complexo inteiro dos princípios supremos. Em outras palavras, temos que reverter a caldo de cultura que permite ao Estado despontar, não raro, como um bizarro Estado de não-Direito<sup>95</sup>

Helio do Valle Pereira apud Alessi assim definiu: o interesse público em primeiro plano não é singelamente “interesse do Estado”, ao menos em sua conformação tecnicista.<sup>96</sup>

O interesse público traduz-se como dever para com a sociedade, trazendo-lhe a convicção que os princípios constitucionais serão respeitados, que o princípio da

---

<sup>93</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. Conceito de interesse público e a personalização do direito administrativo. **Revista Trimestral de Direito Público**. São Paulo, n. 26, p. 116, abr.-jun. 1999

<sup>94</sup> TUPINAMBÁ, Carolina. **A Fazenda Pública e o Processo do Trabalho**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 195.

<sup>95</sup> FREITAS, Juarez. **Controle do Atos Administrativos e os princípios fundamentais**. 2. ed. rev. ampl. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 55.

<sup>96</sup> PEREIRA, Helio do Valle. **Manual da Fazenda Pública em juízo**. 3. ed. revista, atualizada e ampliada. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p.40.

dignidade da pessoa humana deve ser sopesado quando confrontado com esse tão evocado princípio.

Não se pode perder de vista a quantidade de vezes que se utiliza o interesse público para manifestar o interesse da Administração, pois o interesse público é ver o rigoroso cumprimento da Lei Maior e não a utilização de ardilosos artifícios com o fito de postergar a prestação jurisdicional.

### 4.3 As prerrogativas

Uma vez que se estabeleceu que a Fazenda Pública é a personificação do Estado e que o estado representa o interesse de todos, foi estabelecido que o mesmo não podia figurar em uma demanda judicial sem que tivesse a seu favor um tratamento diferenciado.

*In prima facie*, as prerrogativas são questionadas em face do princípio constitucional da isonomia, contudo, a essa contestação busca-se fazer valer as diversidades de cada um, trazendo à baila a vetusta lição aristotélica que estabelece consistir a igualdade em tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais.<sup>97</sup>

A questão das prerrogativas é fulcral para se analisar a efetividade do processo, pois é necessário buscar o enfrentamento entre as prerrogativas e o direito fundamental tutelado que garante a todos uma razoável duração do processo e sua efetividade.

Assim, quando as prerrogativas colidirem com a efetividade, qual ponderação deve ser feita? Será comum obter como resposta que as prerrogativas homenageiam o princípio da igualdade, que é direito fundamental tutelado também na carta política. Contudo, seria realmente o direito à igualdade em todas as prerrogativas previstas?

---

<sup>97</sup> CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **A Fazenda Pública em Juízo**. 8. ed. São Paulo: Dialética, 2010. p. 31.

Passa-se, então, a análise das prerrogativas que influenciam diretamente na efetividade do processo, levando ao devido contraponto entre os mesmos e à busca da efetividade do processo.

#### ***4.3.1 Os prazos e a efetividade do processo***

O artigo 125 do Código de Processo Civil atribui ao juiz um poder-dever de assegurar às partes igualdade de tratamento. No entanto, aprovou o legislador estabelecer tal equilíbrio mediante normas processuais diferenciadas, que, em tese, retirou do juiz esse dever quando figura em um dos polos processuais a Fazenda Pública.

Primeiramente, trazemos a questão prevista no artigo 188 do Código de Processo Civil, que estabeleceu sejam computado em quádruplo o prazo para contestar e em dobro para recorrer quando a parte for a Fazenda Pública. Esse dispositivo foi combatido como inconstitucional em função do tratamento diferenciado entre as partes.

É mister que se traga a lume que essa prerrogativa não se encontrava no anteprojeto do Código em vigor. Sugeriu Alfredo Buzaid a não existência de privilégios: “Art. 207. Para falar nos autos terão o representante da Fazenda Pública e o órgão do Ministério Público prazo igual ao das partes.”<sup>98</sup>

Como abordado anteriormente, o *discrímen* passou a ser tolerado sob o ponto de vista da máxima aristotélica de que a igualdade é tratar igualmente os iguais na medida de suas igualdades e desigualmente os desiguais na medida de suas desigualdades.

De início, é necessário procurar definir-se qual a desigualdade da Fazenda Pública no processo a fim de que pudesse gozar desse prazo favorecido diferentemente da sua parte oponente.

---

<sup>98</sup> VIANA, Juvêncio Vasconcelos. **Efetividade do processo em face da Fazenda Pública**. São Paulo. Dialética, 2003, p. 28

Que, em princípio, a Fazenda Pública defende o erário e que o mesmo pertence a toda a sociedade: disso não restam dúvidas. Porém, se isso é o suficiente para que os prazos sejam diferenciados, talvez não seja a justificativa mais plausível, pois à medida de que se busca a efetividade como resposta a necessidade de que se garanta, inclusive a dignidade da pessoa humana, o legislador começou a flexibilizar esta intocável prerrogativa, vejamos o que estabeleceu a Lei nº 12.153/2009 que criou os juizados especiais da Fazenda Pública que em seu artigo 7º estabeleceu que não haverá prazo diferenciado para prática de qualquer ato processual pelas pessoas jurídicas de direito público.

Tão antiga quanto as prerrogativas para a Fazenda Pública são as justificativas apresentadas para legitimar sua manutenção no ordenamento jurídico pátrio.

Parte da doutrina justifica o tratamento diferenciado tendo em vista a falta de aparelhamento do Estado para poder apresentar, de forma eficiente, sua defesa em juízo. Essa justificativa deve ser hoje analisada sob a ótica do novo formato da Fazenda Pública. Já faz mais de duas décadas que a carreira jurídica, mais precisamente, a Advocacia Pública, goza de um novo *status* na sociedade. Aliás, de uma forma considerável, passou a ser uma das carreiras mais cobiçadas por uma grande parcela dos profissionais do direito.

Essa valorização na carreira trouxe como consequência uma capacidade de selecionar profissionais bem qualificados. Nesse contexto, não é possível perceber o estado como o hipossuficiente, pois, ao contrário, o Estado detém toda a possibilidade de equipar seus órgãos de assessoramento, provendo-os de todos os meios necessários para o exercício da atividade profissional nas melhores condições possíveis.

É até mesmo desonesto manter o mesmo discurso de cinquenta anos atrás, pois a estrutura da Advocacia Geral da União, a valorização da carreira, o processo seletivo mediante concurso público e os subsídios que hoje recebe um Advogado da União, por exemplo, não justifica o discurso de falta de aparelhamento do Estado com razão para a manutenção das prerrogativas de prazos.

A Fazenda Pública recebeu tratamento diferenciado em muitos aspectos em suas relações processuais. Essa diferenciação na questão dos prazos tem sido muito

contestada, pois há o entendimento de que, para que houvesse a paridade das armas, seria necessário que os prazos fossem iguais.

Há parte da doutrina que entende que os prazos diferenciados não são privilégios, porém prerrogativas em função da Fazenda Pública ser a personificação do Estado, que é o conjunto de todos os cidadãos que formam a sociedade, devendo, desta forma, receber uma maior proteção.

Dessa forma, o tratamento diferenciado que traz prerrogativas à Fazenda Pública é em função da proteção que deve ser dada ao erário, uma vez que este pertence a toda a sociedade. A *res publica* deve ser protegida em face do interesse privado.

No entanto, esse entendimento soa como se a Fazenda Pública fosse hipossuficiente frente aos seus oponentes numa lide estabelecida. Em função disso, a mesma deve receber uma proteção do Estado.

Entende-se que, outrora, pudesse ser justificável já que não pode ser visto da mesma maneira, pois hoje não há quem possa negar não ser a Fazenda Pública a parte frágil da relação processual que necessite de cuidados diferenciados para equilibrar a balança. Ao contrário, as prerrogativas têm desequilibrado, de forma acentuada, as relações processuais, trazendo descrédito ao próprio Poder Judiciário.

Não é admissível que, numa lide entre um cidadão que busca a tutela jurisdicional do Estado a fim de ter reparado um direito junto à Previdência, as prerrogativas da Fazenda Pública se fazem necessárias para trazer paridade de armas. É necessário afastar os melindres e admitir que as prerrogativas da Fazenda Pública destroem toda e qualquer possibilidade de equidade num processo como esse.

A realidade é que, em grande parte das lides estabelecidas frente à Fazenda Pública e o cidadão que procura a tutela jurisdicional do Estado, para reparação de um dano causado pela previdência, este não tem sequer condições de se fazer representar por um profissional de sua escolha. Em grande parte, sua representação é feita pelas associações de aposentados, por exemplo, que litigam por seus associados durante anos, uma vez que as prerrogativas fazem do processo uma eternidade.

Para se tomar posse do ensinamento aristotélico, seria necessária uma análise de caso, pois, na maioria das vezes, é o cidadão comum o hipossuficiente que necessita de proteção para ter garantido o seu direito.

Dessa forma, faz-se necessário refletir sobre as prerrogativas estabelecidas, que, por sinal, não são poucas.

O Código de Processo Civil em vigor estabeleceu, no art. 188, que à Fazenda Pública computar-se-á em quádruplo o prazo para contestar e em dobro para recorrer quando a parte for a Fazenda Pública ou o Ministério Público.

Já foi tratado anteriormente que o conceito de Fazenda Pública tem uma grande abrangência, sendo considerado a União, Estados, Distrito Federal, Municípios, Territórios, Autarquias e Fundações, não esquecendo-se que o Supremo Tribunal Federal, em RE 220.906/DF, reconheceu que à Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, para fins de execução, deveria ser aplicado o procedimento próprio das execuções contra a Fazenda Pública.

Os prazos processuais concedidos por força de lei à Fazenda Pública têm uma influência direta quanto ao aspecto da efetividade do processo. No objeto de estudo desse trabalho, limitando-se a analisar os prazos na execução por quantia certa, tem-se, primeiramente, que aguardar o prazo necessário para julgamento do reexame necessário, da sentença condenatória contra a Fazenda Pública.

O prazo para o reexame necessário caracteriza-se como impróprio, pois refere-se ao encaminhamento de ofício do juízo *a quo* a juízo *ad quem*. Enquanto não ocorrer a confirmação pelo juízo de segundo grau, a sentença prolatada não transita em julgado.

À Fazenda Pública, no caso de sentença condenatória, terá o direito de apelar da mesma, sendo, nesse caso, o prazo para apelação contado em dobro, tendo, no caso, a Fazenda Pública têm trinta dias para apresentar a apelação.

Em seguida, mais uma vez por tratar-se de prazo impróprio, a apelação será julgada pelo segundo-grau num tempo que dependerá de vários fatores, como a quantidade de processos anteriormente existentes dependente de julgamento.

Após julgamento da apelação, o processo retorna ao *juízo a quo* e aguarda o trânsito em julgado para, em seguida, ter início o processo de execução.

Após ajuizada a execução, a Fazenda Pública fará jus à oportunidade de opor embargos, pelo prazo de 10 (dez) dias conforme estabelece o artigo 730 do Código de Processo Civil. No entanto, a Medida Provisória 2.180-35 modificou o art. 1º B da Lei nº 9494/97, alterando o prazo para oposição de embargos para 30 (trinta) dias, sendo reiteradamente discutida a inconstitucionalidade da medida que estabeleceu regras processuais.

Fato é que, uma vez recebidos os embargos, o processo de execução será suspenso, aguardando o julgamento do embargo, que será julgado em prazo impróprio, ou seja, mais uma vez se ficará à mercê de todas as dificuldades da gestão do serviço do Poder Judiciário, não tendo prazo fixado para julgamento.

Em sendo assim, constata-se que os prazos concedidos à Fazenda Pública constituem-se um grande óbice para a garantia da tutela jurisdicional efetiva.

#### ***4.3.2 Desnecessidade do pagamento da multa prevista no inciso II do art. 498 do CPC no caso de ações rescisórias inadmitidas ou julgadas improcedentes por unanimidade de votos***

Dentre as prerrogativas previstas para a Fazenda Pública, foi estabelecida a desnecessidade do depósito prévio para o ajuizamento da ação rescisória. *In prima facie*, argumenta-se ser descabida a exigência uma vez que as despesas judiciais são pagas ao final do processo. Não é incoerente o raciocínio de que a perniciosa malícia é evidenciada pelo fato de que foi inserida nesta isenção a necessidade de pagamento da multa prevista no art. 494 do CPC, tendo essa possibilidade sido inserida no ordenamento jurídico pátrio pela vergonhosa prática do uso das Medidas Provisórias, cuja prerrogativa figura mediante alteração do art. 1º da Lei nº 9.494/97, alterada pela medida provisória nº 2.180-35 de 24 de agosto de 2001.

A questão que não pode deixar de ser analisada é se o não pagamento da multa seria motivo de busca do equilíbrio das partes no processo, pois a razão para o uso da

máxima aristotélica é o uso da igualdade entre os iguais e a desigualdade entre os desiguais a fim de que possa trazer a igualdade entre as partes. No entanto, fica claro, cristalino e límpido que não há nexos algum entre a prerrogativa da Fazenda, pelo menos no que concerne à multa e ao interesse público que deve ser protegido.

### 4.3.3 O duplo grau obrigatório

O reexame necessário ou duplo grau obrigatório é instituto não comum nas legislações estrangeiras, o que faz com que alguns autores afirmem que a mesma não encontra parâmetros no direito comparado.<sup>99</sup>

Contudo, segundo anota Cleide Previtalli, o reexame necessário deita raízes na Roma antiga, ocasião em que as funções jurisdicionais eram divididas entre o povo e o poder, desenvolvendo-se durante a época de cristianização do direito pagão, com a preocupação de evitar possíveis erros ou injustiças. Aperfeiçoou-se com o advento da Revolução Francesa, vindo a ser considerado fundamental para o exercício da democracia.<sup>100</sup>

É indubitável que o instituto encontrou matizes mais fortes no processo penal, tendo como principal objeto a proteção ao réu, condenado à pena de morte. O que é perfeitamente aceitável, pois, neste caso, um reexame poderia salvar a vida de um réu condenado injustamente.

No bojo das Ordenanças Afonsinas, o reexame necessário, que era denominado de *recurso de ofício*, era interposto pelo próprio juiz, contra as sentenças que julgavam crimes de natureza pública ou cuja apuração se iniciasse por devassa, tendo como finalidade “corrigir o rigor do princípio dominante e os exageros introduzidos no processo inquisitório.”<sup>101</sup>

---

<sup>99</sup> SIDOU, J.M. Othom. **Processo Civil Comparado**. Rio de Janeiro: Forense, 1976, p. 302

<sup>100</sup> CAIS, Previtalli Cleide. **O Processo Tributário**. 2. ed. São Paulo: RT, 1996, p. 71

<sup>101</sup> BUZAID, Alfredo. **Da Apelação “ex Officio” no Sistema do Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 1951, p. 23-24

O contexto histórico do instituto remonta também às Ordenanças Manuelinas, que se estenderam às decisões interlocutórias mistas. Naquela ocasião, o juiz que não interpusesse contra sua própria sentença o recurso de ofício, estaria sujeito a graves sanções, podendo inclusive sofrer a perda do cargo.

É notório que o intuito do instituto foi trazer contrapeso nos processos inquisitórios para minimizar possíveis exageros.

No dizer de Juvêncio Vasconcelos Viana, é curioso, para não falar em manifesta atecnia – dizer que o juiz pudesse interpor medida de irresignação (recurso) contra sua própria sentença.<sup>102</sup>

Na seara do processo penal, diríamos que seria até razoável, pois, ao sopesar o direito à liberdade e uma decisão monocrática seria, para a consciência do magistrado, o reexame um fator de alívio. No entanto, no processo civil, a medida torna-se inadmissível.

O instituto do reexame necessário é, no dizer de Hélio do Vale Figueiredo<sup>103</sup>, um dos institutos que mais antipatia geram quando se tem em consideração o direito processual público.

Eládio Torret Rocha assim se expressou:

ainda que reconhecidamente de proa voltada para atualidade e efetividade da jurisdição e, via de conseqüência, para um presente e futuro menos sombrio do que aquele que se descortina no horizonte do Poder Judiciário, a nau do Movimento Reformista, em tema de reexame necessário, deixou-se atada às amarras do passado, perdendo, por isso mesmo, a oportunidade de banir do Código de Processo Civil está prática que em nada merece o estágio de excelência que a legislação processual brasileira busca alcançar.<sup>104</sup>

---

<sup>102</sup> VIANA, Juvêncio Vasconcelos. **Efetividade do Processo em face da Fazenda Pública**. São Paulo: Dialética, 2003, p. 128

<sup>103</sup> PEREIRA, Helio do Vale. **Manual da Fazenda Pública em juízo**. 3. ed. Revista, atualizada e ampliada. Rio de Janeiro: Renovar, 2008 p. 141.

<sup>104</sup> ROCHA, Eladio Torret. **Sistema recursal ordinário & a reforma do código de processo civil**. Curitiba: Juruá. 2004, p. 126.

Justifica-se que há despropositada desconfiança nos juízes de primeiro grau, prestigiando-se desnecessariamente as instâncias recursais.<sup>105</sup>

Vigora autêntico poder censório dos tribunais sobre os juízes singulares, inibindo os avanços jurisprudenciais. O reexame necessário insere-se nessa principiologia, seja pelo descaso com a decisão singular (que surge como presumivelmente equivocada), seja pela homenagem ao indispensável prolongamento do processo.

Ofende-se, ainda, o serviço de assessoramento processual estatal, entendendo-se que está ele jungido à atuação relapsa, fadado a desprezar a utilização de recursos ou, quando menos, a perder prazos.

Não bastasse a grande corrente contrária ao instituto soma-se a dificuldade encontrada no ordenamento jurídico pátrio para definir o mesmo.

*In prima facie* não ficou uniformizada a nomenclatura do instituto, sendo considerado por uns como recurso de ofício, duplo grau necessário e reexame necessário.

No Código de 1939, o instituto com o nome de *recurso de ofício* tinha como previsão, no art. 822, a apelação das: (a) sentenças de nulidade de casamento, (b) sentença homologatória de desquite amigável; e (c) proferidas contra a União, o Estado e Município.

Na tentativa de minimizar as controvérsias quanto à natureza do instituto, o Código Civil de 1973 retirou a feição recursal deslocando-o para o capítulo referente à coisa julgada. Nesse diapasão, buscou atender aos reclames de parte da doutrina que entende despropositado o juiz estar inconformado com sua própria sentença e clamar por uma decisão mais acertada no juízo de segundo grau.

Não há lógica nesse procedimento, pois, uma vez insatisfeito com sua sentença, poderia o juízo *a quo* reformá-la.

---

<sup>105</sup> SILVA, Ovídio A. **Baptista da. Decisões Interlocutórias e sentenças liminares, Sentença e Coisa Julgada.** 3. ed. rev. e aum. Porto Alegre: SAFE, 1995. p. 299.

Fica clarividente a busca daqueles que doutrinariamente procuram respaldar a criação do instituto como a necessidade de preservar o interesse público, fato que nem sempre é o que prevalece, pois, muitas vezes, o que se quer proteger é o interesse da administração, que não necessariamente guarda similaridade com o interesse público conforme mencionado alhures.

A Lei nº 10.352/2001 buscou dar vazão ao movimento reformista e trouxe o esvaziamento da necessidade do duplo grau em algumas circunstâncias, sendo retirada do sistema a necessidade do duplo grau no caso de anulação do casamento e corrigiu a atecnia que previa o duplo grau para a sentença que julgasse improcedente a execução da dívida ativa da Fazenda Pública, substituindo o inciso II para a sentença: [...] II – que julgar procedentes em todo ou em parte, os embargos à execução de dívida ativa da Fazenda Pública.

Portanto, pecou o legislador reformista na manutenção da necessidade do reexame necessário de forma geral, a uma, pelo fato de que o Ordenamento jurídico pátrio já estabelece, no art. 496 do CPC, o rol de instrumentos cabíveis pela irrisignação da parte sucumbente na lide. A outra porque, na práxis, o que se vislumbra é somente a homenagem à morosidade processual além do já levantado desprestígio com a decisão do magistrado do primeiro grau.

Na vertente se manifestou o Ovídio A. Baptista da Silva:

Antes que sejamos acusados de defender um anárquico sistema processual, que prescindiria dos recursos, impõe-se um esclarecimento: Nosso empenho limita-se a mostrar o que, em nosso sistema, pode se identificado como expressão de uma ideologia centralizadora e autoritária. O princípio que nos irá nos guiar esta investigação sustenta-se na idéia de que o recurso constitui necessariamente a expressão da desconfiança no julgador. Desconfiança no magistrado que decidira, porém confiança nos estrados mais elevados da burocracia judicial. Os recursos são, ao mesmo tempo, expressão de desconfiança no magistrado de grau inferior, e esperança depositada nos escalões superiores da hierarquia judicial, até que se atinja seu grau mais elevado, contra cujas sentenças não mais caiba recurso. A compreensão deste fenômeno processual, tal como o vemos, deve-se à crise da democracia representativa. Claro, quando o sistema processual esteja inserido numa experiência autenticamente democrática, com forte legitimação representativa, então o poder político dominante, expresso na

“vontade geral” rousseuniana, será o poder nacional. Temo porém, que em nossas circunstâncias isto não passe de utopia.<sup>106</sup>

É compreensível a desconfiança da parte sucumbente que busca rever uma decisão com os instrumentos disponíveis, embora também ser em alguns casos um odioso meio de procrastinação.

Seria cabível quando essa desconfiança surja da parte sucumbente. Mas quando a parte sucumbente é a Fazenda Pública, que não recorre da decisão, e, por força do dispositivo legal, o Poder Judiciário, pode ser usado para o interesse da administração, obrigando-se a remessa necessária. Isso macula o princípio da imparcialidade, vital a realização da justiça.

Filia-se à opinião da necessidade do surgimento de doutrinadores com a coragem de Ovídio Baptista que exerce posição crítica sem buscar explicar o inexplicável, pois não há argumentos suficientes que possam validar a existência dessa verdadeira aberração jurídica.

É notório que não passa de um instrumento procrastinatório que não guarda similitude com qualquer ordenamento jurídico de países desenvolvidos. É necessária uma reflexão profunda sobre o ordenamento, embora o atual estágio de um Estado Democrático de Direito, desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, ainda esteja muito comprometido pelas sombras do autoritarismo vivenciado em décadas passadas.

Ora, na busca do reconhecimento como nação desenvolvida, é necessário abrir mão das práticas autoritárias para que se estabeleça uma verdadeira democracia, cuja sociedade receba uma prestação jurisdicional efetiva e isenta.

A preocupação da busca de uma efetividade no processo deve partir de todos, mas, principalmente, do Poder Judiciário, que não deve curvar-se ante os ditames de um Poder Legislativo que não serve à sociedade e, sim, aos interesses do Poder Executivo, único interessado na manutenção de instituto odioso como esse do Reexame Necessário.

---

<sup>106</sup> SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Processo e Ideologia**: o paradigma racionalista. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

Neste diapasão, manifestou-se o Exmo. Sr. Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Sr. José Augusto Delgado, em seu discurso publicado na Série Cadernos do CEJ, 23 que peço *venia* para trazer à baila:

Após 1988, penso que houve uma mudança estrutural na chamada composição das forças estatais. Até 1988, podemos afirmar que éramos súditos do Estado; obedecíamos a ele e procurávamos cumprir as ordens que nos dava por intermédio dos seus comandos legais, de modo acomodado e sem nenhum posicionamento que revelasse algum inconformismo. Com a Constituição de 1988, esse panorama foi totalmente transformado, e aquela pirâmide que sempre foi constituída tendo o Estado no topo, como sempre é, medindo as razões de comando, e nós obedecendo, está totalmente invertida com os parâmetros filosóficos que estão postos na Constituição Federal de 1988. No topo da pirâmide, hoje, está o cidadão. O Estado é o súdito. Saiu da sua posição de comando para ter uma posição de comandado.<sup>107</sup>

Falou ainda o Ministro:

Estamos nos esquecendo de que o processo, como instrumento científico que é, não está alcançando a sua finalidade: o processo, hoje, é um cirurgião, a que se reivindica a sua presença para a solução de um conflito, e que esse cirurgião, no momento em que vai efetuar os seus atos cirúrgicos, cria um conflito muito maior que a posição inicial.

Então, não estamos atentos aos aspectos psicológicos do processo e não estamos percebendo que eles estão a nos afligir e, conseqüentemente, levando o descrédito para o Poder Judiciário em face de que o instrumento que está sendo utilizado pelo Poder Judiciário não está sendo via de satisfação para o jurisdicionado.<sup>108</sup>

Comunga-se do entendimento esboçado no sentido do reflexo desse ordenamento protecionista ao extremo da Fazenda Pública que tem levado à descrença

---

<sup>107</sup> DELGADO, José Augusto. **Precatório judicial e evolução histórica. Advocacia Administrativa na execução contra a Fazenda Pública. Impenhorabilidade dos bens públicos. Continuidade do Serviço Público.** Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/revista/seriecadernos/vol23/artigo05.pdf>>. Acesso em 16.07.2010.

<sup>108</sup> DELGADO, José Augusto. **Precatório judicial e evolução histórica. Advocacia Administrativa na execução contra a Fazenda Pública. Impenhorabilidade dos bens públicos. Continuidade do Serviço Público.** Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/revista/seriecadernos/vol23/artigo05.pdf>>. Acesso em 16.07.2010.

no Poder Judiciário, que não é o poder competente para legislar. Entretanto, a omissão por parte do Judiciário faz recair sobre ele a culpa de todo um anacronismo do sistema processual.

A parte legítima para propor as mudanças necessárias deve ser o Poder Judiciário, pois sobre ele recai o resultado da ineficiência do Estado na prestação de uma tutela jurisdicional efetiva.

A doutrina é solidária ao anacronismo quando, na busca de “mercantilizar” suas publicações, se reserva escrever o que é vendável, ficando verdadeiramente neutra e não provocando reflexões pelas críticas às leis descabidas que legitimam uma morosidade e lentidão na entrega da prestação jurisdicional.

Muito se debate acerca da validade ou mesmo da simples conveniência de manter-se, nos tempos atuais, a remessa oficial.

Na ótica de alguns, a providência, que teria fundamento na inépcia administrativa e na falta de confiança em relação às sentenças de primeiro grau (José Frederico Marques), estaria maculada por vício de inconstitucionalidade,<sup>109</sup> ao propiciar o indevido tratamento diferenciado às partes.

Oreste Nestor de Souza Laspro, entendendo que não é admissível norma que traga tratamento desigual às partes do processo, a não ser no intuito de fazer equiparação de forças (e a regra do 475, CPC aí não se enquadraria), afirma que “somente há um caso no direito positivo brasileiro em que se impõe o reexame necessário e não padece de inconstitucionalidade: é o art. 6º da Lei nº 5.145, de 2º de outubro de 1969, que alterou o § 3º do art. 4º da Lei nº 818, de 18 de novembro de 1949, que trata das causas da especificação da nacionalidade brasileira”<sup>110</sup>

Unindo-se na luta pela efetividade da jurisdição, o Ministro do Superior Tribunal de Justiça assim assinalou: “A jurisdição, para ser efetiva, necessita que a tutela por ele

---

<sup>109</sup> MARQUES, José Frederico. **Manual de Direito Processual Civil, V. I.** São Paulo: Saraiva. 1987, p. 76.

<sup>110</sup> LASPRO, Oreste Nestor de Souza. **Duplo Grau de Jurisdição no Direito Processual Civil.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 1995, p. 171.

prestada seja eficaz, isto é, que o vencedor da demanda obtenha o bem da vida pleiteado no processo em um período de tempo razoável.”<sup>111</sup>

É também importante ressaltar que a jurisprudência pátria já se tem manifestado sobre o instituto, para isso trazemos à baila o Acórdão da 3ª Turma do Tribunal Regional Federal da 1ª Região:

Remessa de Ofício – Instrumento odioso nos tempos atuais, quando a União Federal tem um quadro organizado e eficiente de procuradores, é inconcebível a existência de remessa de ofício, que constitui um instrumento odioso e ofensivo. Odioso, porque é uma demonstração de desconfiança da competência e diligência de seus procuradores. O legislador já deveria ter eliminado tal instituto do Código de Processo Civil. Mas a norma aí está e deve ser cumprida.”(Acórdão Um. Da 3ª Turma Publicado em 20.6.1997 – ED-Rem. Ex Off. 1997.01.00.005401-0-AC, Rel Juiz Tourinho Neto).

Talvez, a princípio, poderíamos sublimar esse instituto e silenciar como se ele não existisse, porém entendemos que são as aparentes “pequenas questões” que causam os grandes entraves do processo e que é um dever da comunidade acadêmica criticar as questões que ficam escondidas provocando um verdadeiro caos no sistema processual.

#### ***4.3.4 O pagamento de condenações de quantia certa mediante precatório***

O instituto do precatório, figura tipicamente brasileira, encontrou ressonância no ordenamento jurídico pátrio a partir da Constituição de 1934, tendo sido aperfeiçoado na Constituição de 1967, na qual, no § 1º, do art. 112, tornava obrigatória a inclusão, no orçamento das entidades de direito público, de verba necessária ao pagamento de seus débitos constantes de precatórios judiciais, quando esses tivessem sido apresentados até primeiro de julho.

---

<sup>111</sup> ROCHA, Cesar Asfor. **A Luta pela efetividade da jurisdição**. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 39.

Essa previsão constitucional não era concebida ainda na plenitude que hoje ocorre, uma vez que, nas Constituições de 1934 e 1937, a previsão do precatório era apenas para Fazenda Pública Federal. A partir da Constituição de 1945, em seu art. 204, é que o regime foi estendido, de forma plena, a todas as esferas da Fazenda Pública, tais como as fazendas estaduais e municipais.

No advento da Constituição da República de 1988, foi praticamente preservado, através de seu art. 100, o sistema que vinha sendo utilizado na vigência da Constituição anterior. Contudo, no *caput* do artigo, os créditos de natureza alimentícia constituíram exceção da ordem cronológica.

É notório que a efetividade do instituto requeria estrita observação no que disciplina a matéria nas questões de cunhos constitucional, financeiro e administrativo.

O estabelecimento do instituto de *prima facie* teve como condão afastar a possibilidade da advocacia administrativa, aliada à impenhorabilidade dos bens públicos, fato que diferencia as execuções em face da Fazenda Pública e as de natureza privada. Também se preocupou o legislador em estabelecer o discutido princípio da reserva do possível para fins de cumprimento dos ofícios requisitórios do precatório. Contudo, de uma forma evolutiva, foi estabelecida a necessidade do precatório a fim de possibilitar a administração no seu planejamento orçamentário, fato que culminou na necessidade de que o ofício requisitório seja encaminhado para o poder executivo até a data de primeiro de julho.

Nesse caso o precatório somente poderá ser pago com a devida previsão orçamentária aliada à restrita ordem cronológica de suas apresentação.

Dessa forma, fica evidenciado que o processamento do precatório tem uma natureza administrativa, não sendo ato de natureza jurídica.

No dizer do Ministro do Superior Tribunal de Justiça, José Augusto Delgado, a raiz histórica deu-se nas ordenações Manuelinas e Filipinas onde pode ser observado que a execução contra a Fazenda Pública se processava da mesma forma como contra qualquer pessoa, inclusive com penhora. Segundo o Ministro, o Brasil passou por um processo de involução, pois, em vários países, não há a preocupação sobre a execução

contra a Fazenda Pública, pelo contrário, a preocupação é a execução contra o particular<sup>112</sup>.

O Código Civil Brasileiro trouxe, no art. 730, o procedimento para execução em face da Fazenda Pública. Estabeleceu o legislador ordinário o seguinte:

Art. 730 Na execução por quantia certa contra a Fazenda Pública, citar-se-á a devedora para opor embargos em 10 (dez) dias; se esta não os opuser, no prazo legal, observar-se-ão as seguintes regras:

I – o juiz requisitará o pagamento por intermédio do presidente do tribunal competente;

II – far-se-á o pagamento na ordem de apresentação do precatório e à conta do respectivo crédito.

O precatório é o documento que instrumentaliza a ordem de pagamento dirigida à Fazenda Pública, vale dizer que é o veículo formal da determinação do Presidente do Tribunal competente no sentido de que a Fazenda Pública providencie os recursos através de inclusão no orçamento do ente público de verba necessária para o adimplemento da obrigação.

Conforme visto, anteriormente, o pagamento via precatório recebeu status constitucional, matéria que não é tratada em nenhum outro país com força constitucional.

Não há dúvida de que o maior óbice para que seja efetivo o processo em face a Fazenda Pública encontra-se na manutenção desse instituto. É de certa forma compreensível que o sentimento de acomodação existente na sociedade brasileira contamina toda a comunidade jurídica, sejam magistrados, doutrinadores e juristas. O certo é que se demonstra um certo pudor em criticar ou estabelecer movimentos que possam extirpar do ordenamento jurídico este que é o principal certificado de legalização e legitimação das atitudes irresponsáveis dos administradores públicos – o precatório.

---

<sup>112</sup>DELGADO, José Augusto. **Precatório judicial e evolução histórica. Advocacia Administrativa na execução contra a Fazenda Pública. Impenhorabilidade dos bens públicos. Continuidade do Serviço Público.** Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/revista/seriecadernos/vol23/artigo05.pdf>>. Acesso em 16.07.2010.

Esse instituto, que, na fala do Ministro do Superior Tribunal de Justiça, José Augusto Delgado<sup>113</sup>, é figura tipicamente tupiniquim, representando uma afronta ao que estabeleceu o art. 3º da Constituição Federal de 1988, que constituiu como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil: I – construir uma sociedade livre, justa e solidária”. Qual a solidariedade que o Estado está tendo com um cidadão em conflito, se está utilizando, por via legal, a execução nos moldes previstos no artigo 100 da Constituição Federal?

A efetividade do processo em face da Fazenda Pública necessariamente terá que passar por uma profunda discussão sobre o instituto do precatório. Percebe-se que os autores que buscam refletir sobre a questão da efetividade em face da Fazenda Pública acabam por mergulhar numa grande crise existencial, peço vênia para colacionar a expressão do sentimento do Professor Cássio Scarpinella Bueno:

O leitor terá observado que, no Capítulo V, traí, brevemente, minha premissa metodológica. **Desesperei-me**, em verdade. Não vi – **por mais que tentasse – salvação** para o fim da efetividade dos processos quando dirigidos ao Poder Público. **Desisti**, naquele instante, **de justificar, de buscar encontrar razão bastante para ineficácia processual declarada, dentre tantos, também pelo novo art. 2ºB da Lei n. 9494/97.**(grifamos)<sup>114</sup>

Valorizou a excelente obra do Professor Cássio Scarpinella Bueno a franqueza e a coragem de expor que não é possível ficar buscando justificar o injustificável, a verdade é que a manipulação do ordenamento jurídico para atender ao interesse do Estado em detrimento ao interesse público é flagrante, e a academia, a magistratura e todos os operadores do direito não se podem calar diante de tal afronta.

Não se vislumbra êxito na efetividade do processo em face da Fazenda Pública, enquanto não se assumir que efetividade e precatório não se coadunam.

Ao se buscar amparo na legislação alienígena, percebe-se que não se encontra em qualquer outro país do mundo a matéria tratada com status constitucional e não seria necessária a comparação a países denominados de primeiro mundo, com economia

---

<sup>113</sup> DELGADO, José Augusto. **Precatório judicial e evolução histórica. Advocacia Administrativa na execução contra a Fazenda Pública. Impenhorabilidade dos bens públicos. Continuidade do Serviço Público.** Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/revista/seriecadernos/vol23/artigo05.pdf>>. Acesso em 16.07.2010.

<sup>114</sup> BUENO, Cássio Scarpinella. **O poder público em juízo.** 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 211-212.

estável. Percebe-se que, na América Latina, países como o Chile não têm disposição semelhante ao artigo 100 da Constituição Brasileira.

O Uruguai segue com maior proximidade ao que prevê o art. 730 do CPC, porém não com o status constitucional.

Na Alemanha, desde a entrada em vigor da Lei Fundamental de Bonn, 1949, há permissão da execução forçada como imperativo à efetiva tutela jurisdicional.

Na França, em todas as Constituições, com todas as modificações, não há nenhuma preocupação a respeito, bem como na Constituição italiana.

Na Grã-Bretanha, desde a Carta Magna de 1215, a Petição de Direitos, de 1628; a Declaração de Direitos, de 1689; a Lei sobre Parlamento, de 18 de agosto de 1911; o Estatuto de Westminster, de 11 de dezembro de 1949; a Lei sobre Parlamento, de 1949; não há nenhuma preocupação a respeito.

A Constituição de Portugal, pelo contrário, no seu artigo 210, diz: “As decisões dos tribunais são obrigatórias para todas as entidades públicas e privadas e prevalecem sobre as de quaisquer outras autoridades. A Lei regula os termos da execução das decisões dos tribunais relativamente a qualquer autoridade e determina as sanções a aplicar aos responsáveis pela inexecução.

A Constituição espanhola determina que os administradores sejam responsáveis diretamente pelo não cumprimento das decisões judiciais, enquanto que, no Brasil, é fixado o sentimento de irresponsabilidade pelo não cumprimento das decisões judiciais, porque não temos, em nossa história, nenhuma responsabilidade aplicada em concreto pelo descumprimento de decisão judicial que determine o pagamento pela via do precatório.

Explica-se a ausência em tais ordenamentos uma vez que a praxe do Estado seria o de pagamento de suas dívidas.

Karl-Peter Sommermann apud Otto Mayer (1846-1924)<sup>115</sup>, contrário à necessidade de que houvesse constrição ao Estado para pagamento de suas dívidas, expressou que: “a execução forçada contra o Estado feriria sua dignidade. Enquanto Estado de Direito, não precisaria ele ‘ser coagido...para que respeitasse e satisfizesse seu próprio direito.

É compreensível tal posicionamento quando se parte da premissa de uma cultura de um Estado cumpridor de seus deveres. Infelizmente, essa área de irresponsabilidade e impunibilidade que paira na nação brasileira é consolidada, em muito, pela manipulação da ordem jurídica, que presta um desserviço ao interesse público.

Recentemente, em março de 2010, por força da entrada em vigor da Emenda Constitucional nº 62/2009, questão que será tratada *a posteriori*, o Supremo Tribunal Federal encaminhou aos estados determinação de informação a respeito dos precatórios a fim de que pudesse julgar os pedidos de intervenção que se encontram naquela Corte. Aliás, não temos nenhuma notícia da aplicação dessa medida interventiva, apesar de figurar no bojo da Constituição Federal.

O então Presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministro Gilmar Mendes, determinou que os estados do Espírito Santo, Paraíba, Paraná, Goiás, Rio Grande do Sul apresentem um plano de pagamento dos precatórios em no máximo quinze dias. A determinação deve-se ao fato de o Ministro ser o relator em 42 (quarenta e dois) processos de Intervenção Federal referente a esses seis estados.

O Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal estabelece, em seu artigo 351, Inciso I, que o Presidente da Corte, ao receber o pedido de intervenção federal “tomará providências oficiais que lhe parecerem adequadas para remover administrativamente, a causa do pedido”.

Com a devida vênia, constata-se incoerência no dispositivo, uma vez que não há plausibilidade na tentativa de resolução administrativa ao que já foi ajuizado, pois, no

---

<sup>115</sup>SOMMMERMANN, Karl-Peter. **A execução forçada por quantia certa no direito alemão.** Tradução GRECCO, Luiz. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/revista/seriecadernos/vol23/artigo04.pdf>>. Acesso em 16.07.2010.

caso em questão, todas as quarenta e duas ações já tramitavam no Supremo Tribunal Federal.

O que cabe ao Supremo, no caso, é fazer cumprir o que previu a Constituição. Talvez se as medidas fossem tomadas pelo Supremo, dar-se-ia crédito às decisões judiciais.

Ao determinar as informações, o Ministro classificou a Inadimplência de “fato notório e preocupante”: a situação de inadimplência por parte dos estados, municípios e da União. Se, de um lado, está a escassez de recursos e a reserva do financiamento possível, de outro, vislumbra-se, hoje, um quadro de profundo desânimo e descrença da população na quitação de tais débitos, disse o presidente do STF. Na avaliação do Ministro Gilmar Mendes, “não é possível justificar o não pagamento de créditos, muitas vezes de natureza alimentícia, apenas com alegações genéricas de falta de recursos materiais.

Na ocasião, foram citados os precedentes da Corte no julgamento das IF 2915 e 2953, em que ficou decidido que, “enquanto o Estado se mantiver diligente na busca de soluções para o cumprimento integral dos precatórios judiciais, não estarão presentes os pressupostos para a intervenção federal ora solicitada.

Questão fulcral a ser levantada é: se, no caso das intervenções analisadas pelo Supremo Tribunal Federal, caberiam, em primeiro lugar, a tentativa de retirada de forma administrativa da causa do pedido, uma vez que o regimento determina que caberá o presidente essa medida quando do recebimento do pedido de intervenção.

A exemplo, a Intervenção Federal nº 3122, do Estado do Espírito Santo, uma das quarenta e duas intervenções que receberam determinação para apresentar plano de pagamento, foi distribuída ao Ministro Presidente do Supremo Tribunal Federal em 26 de setembro de 2001, ou seja, há aproximadamente dez anos. Somente após quase dez anos foi aplicada medida na tentativa de solução administrativa para remoção da causa do pedido.

Esse fato demonstra o descaso do cumprimento da Constituição Federal e até mesmo do Regimento do Supremo Tribunal Federal, razão pela qual se estabelece o sentimento por parte dos administradores de estarem imunes a receberem reprimenda,

umentando, sobremaneira, o descrédito ao Poder Judiciário, que se tem mostrado à serviço da Administração e não do direito de cidadania garantido na Constituição Federal de 1988.

Ainda, discutindo a posição do Supremo Tribunal Federal pelo descumprimento de ordem judicial que determina o pagamento dos precatórios, aquela Corte, por intermédio de seu Presidente, determinou o encaminhamento do detalhamento de seus esforços voltados ao cumprimento dos precatórios judiciais, no prazo de quinze dias. Contudo, é importante trazer à baila que os referidos Estados descumprem determinação para pagamento nos seguintes prazos: Espírito Santo – Intervenção Federal (IF 3122) contra o Estado do Espírito Santo em razão do descumprimento de ordens de pagamento de precatórios judiciais vencidos desde 1993. Paraíba – Intervenção Federal (IF 5.108) contra o Estado da Paraíba em razão do descumprimento de ordens de pagamento de precatórios judiciais vencidos desde 2004. Paraná – Intervenção Federal (IF 5.111) contra o Estado do Paraná, em razão do descumprimento de ordem de pagamento de precatório judicial vencido em 31 de dezembro de 2006, avaliado em R\$ 29.818,51, em valor atualizado em 31 de maio de 2005. Goiás – Intervenção Federal (IF 5.112) contra o Estado de Goiás, em razão do descumprimento de ordens de pagamento de precatórios judiciais vencidos, desde 2002. Rio Grande do Sul – Intervenção Federal (IF 5.114) contra o Estado do Rio Grande do Sul, em razão do descumprimento de ordens de pagamento de precatórios judiciais vencidos desde 2003. São Paulo – Intervenção Federal (IF 5.158) contra o Estado de São Paulo e outros 22 processos semelhantes, em razão do descumprimento de ordens de pagamento de precatórios judiciais vencidos. Os processos em questão são os seguintes: IF 3.192/ 5.109/ 5.110/ 5.116/ 5.120/ 5.121/ 5.123/ 5.124/ 5.137/ 5.138/ 5.139/ 5.140/ 5.146/ 5.148/ 5.149/ 5.150/ 5.151/ 5.157/ 5.159/ 5.173/ 5.176/ 5.177.

Demonstra-se, com essa medida, o prenúncio do mérito do julgamento das Ações Diretas de Inconstitucionalidade n<sup>os</sup> 2363 e 2356 contra o artigo 2º da Emenda Constitucional n<sup>o</sup> 30, que foram distribuídas em 06/12/2000 e 28/11/2000, ou seja, há aproximadamente dez anos, cujo objeto de questionamento era o parcelamento dos precatórios em até dez anos. Agora, passados dez anos sem o cumprimento dos parcelamentos e editada nova Emenda Constitucional de n<sup>o</sup> 62/2009, que já possui duas Ações Diretas de Inconstitucionalidade ajuizadas, a de n<sup>o</sup> 4357, de 15/12/2009, do

Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, e a nº 4372, de 22/01/2010, interposta pela Associação Nacional dos Magistrados, contra a Emenda Constitucional nº 62/2009, que inaugurou o mais novo, longo e desrespeitoso calote aos credores da Fazenda Pública, questão que será discutida adiante.

Esse prenúncio desenha a proposta dos Estados, que apresentarão plano de pagamento em 15 (quinze) anos, conforme o novo regime de precatório estabelecido pelo artigo 97 da ADCT.

Será que nunca houve descumprimento de determinação judicial a fim de que ensejasse a medida interventiva ou será que o Supremo Tribunal Federal tem mitigado tal medida, por estar influenciado por uma prática constante da judicialização da política?

Não se justifica, nos dias atuais, de uma economia estável, de moeda consolidada, permanecer tal dispositivo constitucional que opera uma verdadeira afronta ao princípio da efetividade.

Os avanços que a economia estatal alcançou ocorreram a partir da tomada de medidas duras para o cumprimento de metas, como o Fundo Monetário Internacional – FMI, a fim de que o estado brasileiro figurasse como uma economia forte e respeitada. Contudo, as mesmas medidas duras não são tomadas a fim de que o Estado Brasileiro e o Poder Judiciário ganhassem credibilidade frente à sociedade, pois o descumprimento de ordem judicial, desde então, tem sido constante e protegido a cada dia por instrumentos jurídicos que alimentam a postura de irresponsabilidade estatal, aliada a um permissividade do Supremo Tribunal Federal, conforme demonstrado, atitude essa que afronta a Constituição Federal e fulmina o Estado Democrático de Direito.

Frente ao demasiado descaso com o princípio constitucional da efetividade do processo, não é possível que se silencie ante a um instituto que foi constitucionalmente protegido, salvaguardando interesses de maus administradores.

O Ministro do Superior Tribunal de Justiça, em aula ministrada no encerramento do Curso de Mestrado em Direito da Faculdade de Direito de Belo Horizonte, entregou aos mestrandos a seguinte meditação questionando se o artigo 100 da Constituição Federal seria um tipo de norma de inconstitucionalidade dentro da Constituição: Não fiquem vinculados àquilo que lhe foi ensinado de que é uma heresia, no Brasil, se falar e

norma constitucional, inconstitucional, porque a evolução do pensamento jurídico brasileiro está chegando a este nível. Observem o que houve com a interpretação da Contribuição Provisória sobre Movimentação Financeira [...].<sup>116</sup>

Cabem três comentários à fala pertinente do Ministro: primeiro, que o tempo oportuno para que o STF se manifestasse chega a aproximadamente 10 (dez) anos, sendo silente a respeito dessa odiosa afronta à coisa julgada. Segundo, que a manifestação do pretório em relação à cobrança do CPMF aos entes públicos feria interesse da Fazenda Pública, e não do interesse público, pois a este seria de grande utilidade se a contribuição fosse utilizada em sua destinação inicial, que era a saúde pública. Em terceiro, e derradeiro, é que, nesse ínterim, surgiu mais uma odiosa Emenda Constitucional, a de nº 62/2009, que aumenta ainda mais o prazo para o calote da Fazenda Pública, dando-lhe um prazo de até 15 (quinze) anos, que chegando ao fim, como foi caso do prazo concedido pela Emenda Constitucional nº 30/2000, ensejará nova emenda que determinará muito possivelmente novo prazo, quiçá de 20 (vinte) anos.

A esperança, ao que parece, não poderá ser depositada no Supremo Tribunal Federal. Constata-se que, nessa matéria, o Pretório Excelso tem prestado um desserviço à sociedade, contudo, ainda é possível acreditar no movimento doutrinário que alardeia toda a sociedade sobre o descaso para com as decisões judiciais por parte da União, dos Estados, Distrito Federal e Municípios, sem contar todas as autarquias e fundações públicas. E, assim, provocar uma transformação que enseje a possibilidade de extirpar da Constituição Federal esse instrumento de protelação ao cumprimento das decisões judiciais.

---

<sup>116</sup>DELGADO, José Augusto. **Precatório judicial e evolução histórica. Advocacia Administrativa na execução contra a Fazenda Pública. Impenhorabilidade dos bens públicos. Continuidade do Serviço Público.** Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/revista/seriecadernos/vol23/artigo05.pdf>>. Acesso em 16.07.2010.

#### ***4.3.5 Impossibilidade de concessões de liminares e a impossibilidade da execução provisória***

A Constituição estabeleceu a divisão entre os poderes, obedecendo, de forma acertada, à proposta de *Montesquieu*. Contudo, a divisão entre Executivo, Legislativo e Judiciário não tem encontrado perfeita ressonância em solo pátrio, uma vez que o Poder Executivo arvora-se da atividade legiferante e estabelece diversas medidas provisórias, que, por força do controle político nas casas legislativas, exercido pelo executivo, transformaram as medidas provisórias em leis que não representam em nada os anseios daqueles que os elegeram para os representarem na casa do Povo.

Evidenciam-se esses atos através das Medidas Provisórias 1.798-1 de 11 de fevereiro de 1999, que modificou a Lei nº 9.494/92, inserindo na mesma o art. 2º B, que trata especificamente da vedação da execução provisória em face do Poder Público.

A Emenda Constitucional nº 32/2001, em seu art. 2º, trouxe um congelamento às Medidas Provisórias. Dessa forma, às vésperas do congelamento, é reeditada a Medida Provisória nº 2.180-35, de 24 de agosto de 2001, ousando criar uma nova regra ao pedido de suspensão. E fê-la com um novo § 9º do art. 4º da Lei nº 8437/92 com a seguinte redação: “A suspensão deferida pelo Presidente do Tribunal vigorará até o trânsito em julgado da decisão de mérito na ação principal. Ora, esta medida fez nada menos do que aniquilar a eficácia da decisão liminar concedida em ação cautelar àquele que apresenta ter maior probabilidade de êxito no desfecho da ação. O intuito da tutela de urgência é, inegavelmente, esta: proteger quem aparenta ser o verdadeiro titular de situações jurídicas subjetivas mesmo antes de o contraditório e a respectiva cognição jurisdicional a ele inerente ter-se desenvolvido plenamente. Deixar de proteger imediatamente quem aparenta ter mais razão é negar o que a tutela de urgência, expressamente reconhecida, declarada e garantida pelo art. 5º, XXXV, da Constituição Federal de 1988, tem de mais importante.

A regra do art. 2º B, como diz Cássio Scarpinella Bueno, é, em grande parte, repetição do que constava do art. 5º e de seu respectivo parágrafo único da Lei nº 4.348/64, segundo o qual não será concedida a medida liminar de mandados de

segurança impetrados visando à reclassificação ou equiparação de servidores públicos, ou à concessão de aumento de extensão de vantagens. Os mandados de segurança a que se refere o artigo serão executados depois de transitada em julgada a respectiva sentença.<sup>117</sup>

A nova lei do Mandado de Segurança Lei nº 12.016/2009 revogou a Lei nº 4348/64, lei que, conforme citação supra estabelecia o formato processual no mandado de segurança e estabelecia a impossibilidade de ser concedida medida liminar nas situações acima mencionadas.

Embora odioso o procedimento que comprometia a efetividade da tutela jurisdicional em face da Fazenda Pública, a mesma era compreensível por ser fruto de um momento na história brasileira em que não se reconheciam direitos individuais, estado democrático de direito e todas as garantias concedidas com o advento da Constituição Federal de 1988.

Constata-se que a nova Lei 12.016/2009 repetiu-as e ainda estendeu a outras possibilidades as odiosas restrições no § 2º do art. 7º da Lei nº 12.016/2009, o que não coaduna com os movimentos reformistas que têm buscado a efetividade da tutela jurisdicional.

Uma reflexão séria deve ser feita: seriam ou não justificáveis essas prerrogativas que, diferentemente, de outras que foram estabelecidas tais como duplo grau, prazo em dobro. Essas não somente atribuem um tratamento injustificadamente diferenciado, mas, sobretudo, restringe direito àqueles que buscam a tutela jurisdicional, tornando completamente inefetiva as tutelas jurisdicionais em face da Fazenda Pública.

Leciona Cássio Scarpinella Bueno: “Toda disciplina legislativa restritiva ao mandado de segurança e de sua liminar a esse respeito migrou para a ação cautelar e, logo após sua criação, também para a antecipação de tutela contra o Poder Público. Se amanhã a técnica processual incorporar ao direito processual público seguir-se-á ato normativo que o discipline adequadamente. Há razões para duvidar disso? Infelizmente não. Essa realidade não pode deixar de ser enfrentada uma vez que constata-se que enquanto for possível a Administração pública seguirá na contramão dos movimentos

---

<sup>117</sup> BUENO, Cássio Scarpinella. **O Poder Público em juízo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 204

de reforma que buscam a efetividade do processo envidando esforços a fim de que não se concretize a efetividade do processo em face da Fazenda Pública”.<sup>118</sup>

Certamente a abordagem do subitem não refere-se exclusivamente a execução por quantia certa em face da Fazenda Pública que é a temática desse trabalho, no entanto demonstra os ardilosos artifícios na modificação do ordenamento jurídico com fito de obstaculizar a efetividade do processo em face da Fazenda Pública.

#### **4.4 A execução por quantia certa em face da Fazenda Pública**

Na onda renovatório dos movimentos reformistas em busca de uma real efetividade do processo, estabeleceu-se até o advento da Lei nº 11.232/05, a necessidade de um processo de execução autônomo para fins de materialização do direito reconhecido em sentença civil condenatória proferida contra particulares. Contudo, após a promulgação da Lei nº 11.232/05, extinguiu-se o processo de execução autônomo do título judicial quando se tratar de particular, sendo a execução apenas uma fase do processo por onde tramita a ação executiva *lato sensu*. No ordenamento jurídico brasileiro, o devedor é intimado (e não mais citado) para pagar a dívida em quinze dias, sob pena de multa e penhora dos seus bens, podendo oferecer impugnação sem efeito suspensivo.

Percebe-se que realmente o novel instituto buscou trazer efetividade e também credibilidade ao Poder Judiciário.

No entanto, quando o executado é a Fazenda Pública nas ações por quantia certa, não há essa permissão, o que torna o tratamento diferenciado numa odiosa prerrogativa, causando óbice à tão esperada efetividade do processo.

No caso da Fazenda Pública, é vigente o que dispõe o art. 730 e 731 do Código de Processo Civil, que estabelece uma sistemática demasiadamente morosa e inefetiva.

---

<sup>118</sup> BUENO, Cássio Scarpinella. **O Poder Público em juízo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 206

Antes mesmo de adentrar na execução por quantia certa em face da Fazenda Pública, é mister que se traga a concepção a opinião de Borba quando citou Chiovenda para quem a execução por quantia certa é normalmente o paradigma da execução por sub-rogação, significando os <sup>119</sup> meios com que os órgãos jurisdicionados objetivam, por sua conta, fazer conseguir para o credor o bem a que tem direito, independente de participação e, portanto, da vontade do obrigado.

Entende-se então que, na sub-rogação os órgão jurisdicionais influem na esfera da vontade do obrigado, compelindo-o à prestação devida.

Contudo quando a execução por quantia certa é contra a Fazenda Pública não é possível a utilização dos meios de sub-rogação. O óbice da utilização de meios de sub-rogação é ocasionada, primeiramente, por uma questão política, vez que ocasiona uma contradição decorrente do fato de que o próprio Estado (-jurisdição) vai obrigar o Estado (-Administração) ao cumprimento de seus deveres. E, em segundo, pela natureza do regime dos bens existentes entre nós, que são revestidos do manto da impenhorabilidade.

Na verdade, por ser o Estado o responsável pela jurisdição caberia a ele, quando vencido numa lide que transitou em julgado, reconhecer a dívida e não necessitar ser compelido ao pagamento, devendo providenciar o pagamento do mesmo sem necessitar de um odioso processo de execução.

Embora não sendo admitida a sub-rogação, na prática, com sub-rogação ou não, o que ocorre com a execução é a exigência da entrega do direito reconhecido na sentença condenatória. É inadmissível que o Estado não cumpra com esse dever, necessitando de uma execução reconhecida por parte de alguns doutrinadores como execução imprópria.

É certo que a execução é instrumento de coação ao mau pagador, pois o bom pagador, ao se ver vencido na lide, tem o dever de reconhecer a dívida e providenciar o pagamento.

---

<sup>119</sup> FRANCO, Fernão Borba. **Execução em face da fazenda pública**. São Paulo: Ed. Juarez de Oliveira, 2002, p. 123.

Não há justificativa cabível para que o Estado necessite ser executado, é até compreensível que, uma vez vencido, em certos casos, seria necessário um planejamento para que se efetivasse o pagamento, porém o que é descabido é que, após o exaurimento da questão ao longo do processo de conhecimento, seja necessário um outro processo para a execução.

A execução por quantia certa em face da Fazenda Pública constitui uma ficção, pois, na realidade, a execução não ocorre, tendo em vista todas as prerrogativas atribuídas à Fazenda Pública. Da forma como está posta no ordenamento jurídico a execução da Fazenda consiste na materialização de um ditado popular que diz – devo não nego e pago quando puder (quiser).

Na prática, é isso que ocorre, pois, além de possibilitar postergação do cumprimento da obrigação, quando o processo executivo chega ao fim, estabelece-se o procedimento para que o Presidente do Tribunal requirite ao órgão vencido o devido processamento do precatório.

Essa solicitação, quando ocorrer até o primeiro dia do mês de julho de cada ano, terá possibilidade de ser incluída na proposta da Lei de Diretrizes Orçamentária, que irá ser a base da Lei Orçamentária Anual.

Caso essa solicitação seja incluída até o dia primeiro de julho, o credor terá a possibilidade de ver sua obrigação começar ser adimplida até o dia 31 de dezembro do ano subsequente.

Esse é o cenário da execução por quantia certa em face da Fazenda Pública, se for considerada a execução na forma que estabeleceu Chiovenda, como significando os <sup>120</sup>meios com que os órgãos jurisdicionados objetivam, por sua conta, fazer conseguir para o credor o bem a que tem direito, independente de participação e, portanto, da vontade do obrigado, não seria possível admitir que exista execução em face da Fazenda Pública, pois toda a sua atipicidade implica considerar que o procedimento com a finalidade da persecução do bem da vida reconhecido através da sentença transitada em julgado em face da Fazenda Pública não é execução.

---

<sup>120</sup> FRANCO, Fernão Borba. **Execução em face da fazenda pública**. São Paulo: Ed. Juarez de Oliveira, 2002, p. 123.

Lecionou Mauro Spalding<sup>121</sup>, que hoje é possível concluir que não existe propriamente uma execução por quantia certa contra a Fazenda Pública, simplesmente pela patente falta de efetividade processual decorrente do esvaziamento dos atributos da coercibilidade e da imperatividade das normas jurídicas, quando impunham obrigações de pagar quantia certa à Fazenda Pública, pondo até mesmo sob dúvida o caráter jurídico de tais regras de comportamento.

O Código de Processo Civil estabeleceu no capítulo IV do Título II, que versa sobre as diversas espécies de execução, mais precisamente nos art. 730 e 731, o procedimento para transformar o resultado da sentença transitada na entrega efetiva da prestação jurisdicional. Não é possível considerar execução em seu sentido *stricto*, tendo em vista a impossibilidade de constrição ao Estado para efetuar o pagamento.

Cássio Scapinella Bueno aduz que,

Analisando a questão dentro do sistema processual civil codificado, não há como fugir da clássica definição de que a execução propriamente dita (a execução forçada) é aquela que tem por finalidade conseguir por meio do processo, e sem o concurso da vontade do obrigado, o resultado prático a que tendia a regra que não foi obedecida. É difícil verificar em que medida a expedição de precatórios, tendo o presente o modelo de execução por quantia certa em face da Fazenda Pública, pode ser submetida ao conceito destacado acima. Isso por razão simples e, lamentavelmente, bastante freqüente: o que acontece se o precatório não for pago? No que diz respeito ao não-pagamento, nada, Nada acontece quando o precatório não é pago para fins de pagamento. Trata-se apenas de um fato: o precatório não foi pago e pouco há para ser feito em prol de seu efetivo pagamento.<sup>122</sup>

Essa impossibilidade de coercibilidade à Fazenda Pública expõe a fragilidade das tutelas condenatórias em desfavor da Fazenda Pública. Elas ostentam uma natureza jurídica muito próxima das eminentes declaratórias do que as tutelas que, genuinamente, têm por característica intrínseca a imposição de uma sanção ao devedor.

De forma acertada Cândido Rangel Dinamarco lecionou:

---

<sup>121</sup> SPALDING, Mauro. **Execução contra a Fazenda Pública federal**. Curitiba: Juruá, 2008.

<sup>122</sup> BUENO, Cássio Scapinella. Execução por Quantia Certa contra a Fazenda Pública – Uma proposta atual de Sistematização. In: WAMBIER, Tereza Arruda Alvim; SHIMURA, Sérgio (Coords.) **Processo de Execução**. São Paulo: RT, 2001. p.118-119.

Embora a lei cuide de matéria no livro das execuções (CPC, art. 730, 731), o certo é que verdadeira execução não é aquela que se volta contra a Fazenda Pública, pois não há invasão imperativa do patrimônio do estado juiz (ou seja, pelo próprio Estado). É o devedor mesmo que paga (voluntariamente), estimulado pelo ofício requisitório da autoridade judiciária.<sup>123</sup>(sic)

O que fica evidente é que toda essa impossibilidade é imposta por força de uma vontade constitucional que faz com que continue não existindo a execução forçada contra a Fazenda Pública.

Essa impossibilidade imposta pela Constituição tem influenciado para que se perpetue um comportamento de irresponsabilidade por parte dos agentes da administração. Esse manto de proteção constitucional acaba por trazer, na prática, a fase da irresponsabilidade administrativa, não de forma clara como outrora era estabelecido, quando o Estado não assumia a responsabilidade alguma pelos atos de seus administradores. Porém, uma vez que a direção dos órgãos executivos é intensamente rotativa, por força dos processos eleitorais, absorveu-se a cultura de sempre que possível deixar a herança de dívida para o governo que virá após. Dessa forma, para todo novo governo, as prioridades são os seus planejamentos e nunca resolver os problemas deixados por seus antecessores.

Embora tendo sido inaugurado com a Constituição de 1988, o Estado Democrático de Direito, constata-se que, nas questões que implicam a responsabilização da Fazenda Pública, um Estado completamente absolutista onde todo ordenamento foi imposto de forma a blindar a Administração contra todos os possíveis meios de se ter a efetiva concretização do direito daqueles que litigam contra a Fazenda Pública.

No estado absolutista, a autoridade do Estado perante seus administrados colocava-o em posição incontestável, uma vez que a regra inglesa *The King can do no wrong* (o rei não pode fazer mal) impedia que fosse atribuída ao Estado qualquer responsabilidade, sob pena de restar ferido tal princípio com a consequente nivelação do rei aos seus súditos.

---

<sup>123</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. **Execução Civil**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, p. 315

Esse é o quadro da chamada execução por quantia certa em face da Fazenda Pública, um cenário que representa a contrarreforma do processo civil, no qual a efetividade não tem qualquer possibilidade de ser concretizada em função do ordenamento jurídico, com característica pró Fazenda, que possibilita aos administradores públicos manterem um comportamento irresponsável pela excessiva proteção disfarçada com a necessidade de prevalência do interesse público sobre o privado.

Cândido Rangel Dinamarco atribui parte da responsabilidade pela falta de efetividade das tutelas ao próprio Estado, ao afirmar que

Mais grave é a situação , até porque contraditoriamente, quando o próprio Estado opor óbices à efetividade da tutela que ele mesmo se comprometeu a conceder a quem ostenta direitos lesados. Tal é a figura do Estado-inimigo, de que venho seguidamente falando e que se consubstancia no Estado como grande responsável pelo acúmulo de litígios em juízo. Renega os postulados democráticos solenemente afirmados em sua Constituição o Estado que se volta obstinadamente contra as decisões de seus próprios juizes e, com isso, concorre para o enfraquecimento de suas próprias instituições.(...)<sup>124</sup>

Não há como negar que a execução por quantia certa em face da Fazenda Pública, da forma como está posta no ordenamento jurídico pátrio, está esvaziada de qualquer possibilidade de efetividade. A efetividade que se busca no processo depende de adoção de diversas medidas, dentre elas, a revisão legislativa que permita uma maior e eficaz prática de atos tipicamente executórios no processo, atos que representem, como já se disse, “aqueles que têm por finalidade conseguir do processo, e sem o concurso da vontade do obrigado, o resultado prático a que tendia a regra jurídica que não foi obedecida.”<sup>125</sup>

Essa efetividade que é garantida pela Constituição e que por ela mesma é negada, por força de suas inúmeras reformas que traduzem, acima de tudo, a vontade dos administradores, haja vista a recente Emenda Constitucional nº 62/2009, parece estar cada vez mais distante de ser concretizada, sendo necessário que se levantem

---

<sup>124</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do Processo Civil Moderno**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. t.I, p. 594.

<sup>125</sup> LIEBMAM, Enrico Tullio. **Processo de Execução**. Araras: Bestebook, 2001, p. 18.

verdadeiros arautos no sentido de provocar uma discussão destituída de acordos políticos e interesses momentâneos, na busca de demonstrar não somente para a comunidade acadêmica, mas sobretudo para a sociedade, propiciando assim que a sociedade aberta dos intérpretes da constituição, como afirmou Peter Häberle, possa provocar mudanças essenciais a fim de que se possa ter um novo cenário quando se tratar de execução em face da Fazenda Pública.

#### **4.5 Os embargos à execução**

Uma vez distribuída a chamada ação de execução, a Fazenda Pública é chamada a opor os embargos.

Após a entrada em vigor da Lei nº 11.232/05, que extingue os embargos nas execuções entre os particulares, transformando em fase de cumprimento de sentença, onde cabe ao vencido somente a impugnação, não tendo contudo este efeito suspensivo, não há como negar que a permanência do embargos em face da Fazenda Pública constitui hoje mais uma prerrogativa da Fazenda Pública.

Os embargos têm a natureza de ação e recebem, após a modificação do art. 1ºB da Lei nº 9494/97, o prazo de 30 (trinta) dias para que seja feita sua oposição.

Os embargos são recebidos no efeito suspensivo conforme estabeleceu o art. 736, modificado pela Lei nº 8953, de 13 de dezembro de 1994. No entanto, com a entrada em vigor da Lei nº 11.382, de 06 de dezembro de 2006, o conteúdo do art. 739 passou a vigorar no artigo 739-A, que extingue a suspensão automática, dependendo de pedido formal ao juízo que deferirá os efeitos, caso restem comprovados relevantes os fundamentos e, caso haja o prosseguimento da ação, poderá causar ao embargante dano de difícil reparação ou incerta reparação, porém esse dispositivo estabeleceu a necessidade da garantia da execução mediante penhora ou caução suficiente.

Uma vez que da Fazenda Pública, por força da impenhorabilidade de seus bens, é dispensada a penhora, esse dispositivo ficou sem aplicação, porém, por dedução lógica, fica evidente que é necessária a aplicação do efeito suspensivo, pois, para fins de

expedição do precatório, é necessário que ocorra o trânsito em julgado da sentença, e, nesse caso, não seria o trânsito em julgado da sentença do processo de conhecimento, pois ele possibilitou o início do processo de execução, restando, então, o aguardo do trânsito em julgado do embargo, para que seja admitida a expedição do ofício requisitório, que não poderá ser expedido enquanto não se tornar incontroverso o valor cobrado.

Com muita maestria, Leonardo Carneiro da Cunha (2010) dirimiu toda a possibilidade de controvérsia quando fez a observação de que, anualmente, as Leis de Diretrizes Orçamentárias têm trazido dispositivo no qual deixa claras as condições para que sejam inclusos no orçamento os valores referentes ao precatório, estabelecendo o seguinte: Lei Orçamentária somente incluirá dotações para pagamento de precatórios cujo processos contenham certidão de trânsito em julgado dos embargos à execução ou, em seu lugar, certidão de que não tenham sido opostos embargos à execução ou qualquer impugnação aos respectivos cálculos.

Essa observação traz uma questão interessante que demonstra como o Poder Executivo invade a competência dos demais poderes. Vejamos que a Constituição Federal estabeleceu em seu § 1º do art. 100 que é obrigatória a inclusão, no orçamento da entidades de direito público, de verbas necessárias ao pagamento de seus débitos oriundos da sentença transitada em julgada.

Nessa toada, poderia deduzir-se que o trânsito em julgado da sentença do processo de conhecimento poderia ensejar a inclusão do precatório. Essa questão deveria ser dirimida pelo Supremo Tribunal Federal, no entanto, quem interpretou o § 1º do artigo 100 da Constituição Federal foi o próprio Poder Executivo, que é responsável pela elaboração da Lei de Diretrizes Orçamentárias e a Lei do Orçamento Anual, leis que o congresso tem limitação para alterá-las. Resta comprovada que o Poder Executivo não admite qualquer possibilidade da concretização da tutela jurisdicional efetiva quando a Fazenda Pública figura no polo passivo de uma ação de execução por quantia certa.

O Código de Processo Civil limitou, no art. 741, as matérias sobre as quais poderão versar os embargos opostos pela Fazenda Pública, sendo o inciso I a falta ou nulidade da citação, se o processo correu em revelia; II – inexigibilidade do título; III –

ilegitimidade das partes; IV – cumulação indevida de execução; V – excesso de execução; VI – qualquer causa impeditiva, modificativa ou extintiva da obrigação como pagamento, novação compensação, transação ou prescrição, desde que superveniente à sentença.

Os embargos constituem então ação incidental que irá discutir algumas das questões previstas nos incisos do art. 741 do CPC, que trouxe, de forma taxativa, as questões passíveis de serem discutidas nos embargos.

Nas ações de execução por quantia certa, estabeleceu-se, no inciso II do art. 614 do CPC, que cumpre ao credor, ao requerer a execução, apresentar o demonstrativo do débito atualizado até a data da propositura da ação. Poderiam pairar dúvidas quanto à dicção do inciso, pois a data seria da propositura da ação de conhecimento ou da ação de execução? Se levamos em consideração que a Lei nº 11.232/05 extinguiu a fase de execução nas ações entre particulares, estabelecendo uma única fase, que é o processo de conhecimento com o pedido de cumprimento de sentença. Restaria o entendimento de que a exigência da apresentação dos cálculos atualizados conforme previsto no artigo 614, II do CPC. Nesses casos, seria na inicial do processo de conhecimento.

No caso de lide em que, no polo passivo, figure a Fazenda Pública, constata-se que a apresentação do demonstrativo de débito atualizado será no processo de execução, que terá início após o trânsito em julgado da sentença no processo de conhecimento, o que geraria a possibilidade de discussão nos embargos sobre o excesso ou não de execução, que, de certa forma, estenderia ainda mais a conclusão do processo executivo até o cumprimento a ulterior requisição do precatório.

Esse é o cenário dos entraves do ordenamento jurídico a fim de que possa ser concretizado o princípio constitucional que garante um processo efetivo, que, de forma patente, estabelece um sentimento de impotência a todos aqueles que necessitam da tutela jurisdicional do estado em face da Fazenda Pública.

#### **4.6 O pagamento das dívidas oriundas de sentença judicial transitada em julgado mediante Requisição de Pequeno Valor (RPV)**

A Emenda Constitucional nº 30/2000 trouxe, em seu § 3º, que não se aplica o disposto no *caput* do artigo 100 da CF, ou seja, o pagamento mediante precatório, aos pagamentos de obrigações definidas em lei como de pequeno valor que a Fazenda Federal, Estadual, Distrital ou Municipal deverá fazer em virtude de sentença judicial transitada em julgado.

Conforme dispôs o § 4º da CF, o art. 97, § 12, do ADCT dispõe que, se a lei referida no artigo 100 não tiver sido publicada até 180 (cento e oitenta) dias contados da publicação da emenda constitucional, para os Estados e Municípios, o valor será de 40 (quarenta) salários mínimos e, para os Municípios, de 30 (trinta) salários mínimos. No âmbito federal, o pequeno valor foi determinado pelo art. 17, § 1º, da Lei dos Juizados Especiais Federais (Lei 10.257/2001) e confirmado pelo art. 2º da Resolução 373/2004 do Conselho Federal de Justiça Federal em 60 (sessenta) salários-mínimos (art. 17, § 1º).

Essa nova forma de pagamento termina por esvaziar a justificativa até então imposta para a manutenção do instituto do precatório, uma vez que uma das justificativas para sua existência é a necessária oportunidade para que a administração tenha condições de se planejar para o pagamento do débito, haja vista que é necessária a inclusão do precatório no orçamento do ente devedor.

Prova cabal de que não existe justificativa para a manutenção da forma de pagamento por meio de precatório, para possibilitar a organização das finanças públicas mediante uma previsão orçamentária dentro da Lei Orçamentária Anual, foram os dados colhidos do sítio do Conselho da Justiça Federal<sup>126</sup>, que confirma a desnecessidade de tal medida, uma vez que a União Federal pagou, no ano de 2008, mediante Requisição de Pequeno Valor, o montante de R\$ 3.392.818.907 (três bilhões, trezentos e noventa e dois milhões, oitocentos e dezoito mil novecentos e sete reais), e pagou mediante

---

<sup>126</sup> Dados colhidos no site do Conselho Justiça Federal. Disponível em: <<http://daleth.cjf.jus.br/atlas/Internet/Rpvs%20e%20preatorios.htm>>, Acesso em 16.07.2010.

precatório a quantia de R\$ 5.509.830.188 (cinco bilhões, quinhentos e nove milhões, oitocentos e trinta mil, cento e oitenta e oito reais).

Esses números provam que a questão dos precatórios é meramente um meio protelatório para descumprimento das decisões judiciais.

No entanto, caso a Previdência seja condenada ao pagamento de, por exemplo, do valor referente a 60 (sessenta) salários mínimos a 1000 (mil) aposentados que se tornaram vencedores de uma lide terá que dispor, em um só momento, de aproximadamente R\$ 3.600.000,00 (três milhões e seiscentos mil reais), e este valor deverá ser pago em até 60 (sessenta) dias com crédito por meio de depósito na Caixa Econômica Federal ou Banco do Brasil, e diga-se, sem a devida previsão orçamentária, até mesmo pelo fato de ser a União a principal demandada e são comuns a busca por reparação de valores de aposentadorias podendo esse exemplo ser multiplicado pela enésima potência, o que culminará num descumprimento de ordem judicial para Requisição de Pequeno Valor, tal qual se descumpre a ordem para pagamento de precatórios, o que não será absurdo, devido a maneira com que a Administração trata as determinações judiciais e pela parcimônia da Corte Suprema para fazer cumprir tais medidas.

Se é possível o pagamento de tantas Requisições de Pequeno Valor que enseje num montante como o exemplo acima, por qual motivo se manter ainda a necessidade de encaminhamento do ofício requisitório até primeiro de julho. Essa nova possibilidade demonstra que os precatórios não passam de um meio protelatório para descumprimento da decisão judicial além da desnecessária ação de execução se a Fazenda Pública obedecesse às ordens judiciais ao final de um processo de conhecimento que determinou a ela o pagamento de obrigação de pagar quantia certa.

#### **4.7 O impacto da Emenda Constitucional nº 62/2009 na efetividade do processo garantida pela Constituição Federal**

Antes de adentrar no conteúdo da Emenda Constitucional nº 62/2009, é necessário examinar todos os óbices trazidos com a finalidade de provocar moratória às dívidas da Fazenda Pública.

Na entrada em vigor da Constituição Federal de 1988, o art. 33 do ADCT trouxe, de antemão, a primeira moratória às dívidas de precatórios, estabelecendo o seguinte: “Ressalvados os créditos de natureza alimentar, o valor dos precatórios judiciais pendentes de pagamento na data da promulgação da Constituição, incluído o remanescente de juros e correção monetária, poderá ser pago em moeda corrente com atualização, em prestações anuais, iguais e sucessivas, no prazo máximo de oito anos, a partir de 1º de julho de 1989, por decisão editada pelo Poder Executivo até cento e oitenta dias da promulgação da Constituição.

Passados onze anos, e sem que houvesse ocorrido o pagamento dos precatórios da primeira moratória, foi feita a Emenda Constitucional nº 30/2000, que inaugura uma moratória ainda maior e estabelece o prazo para pagamento de 10 (dez) anos, conforme estabeleceu o art. 78 do ADCT.

Essa Emenda sofreu a interposição de duas Ações Diretas de Inconstitucionalidade: a Adin nº 2363 e a de nº 2356.

O objeto dessas duas Adins era a flagrante inconstitucionalidade do art. 2º do ADCT nº 78, que estabelecia a possibilidade de parcelamento das dívidas no prazo máximo de 10 (dez) anos.

Essas Adins foram interpostas no Supremo Tribunal Federal em 06/12/2000 e 28/11/2000 respectivamente.

Após quase dez anos ainda não foram julgadas tais medidas. No dia 10 de fevereiro de 2010, formou-se maioria de seis votos para suspender a parte do dispositivo que incluiu, no parcelamento, os precatórios decorrentes de ações ajuizadas

até 31 de dezembro de 1999, ou seja, de créditos que sequer tinham sentença na época da promulgação da Emenda Constitucional.

Esse julgamento já perdura aproximadamente 10 (dez) anos, tendo, em 2002, dois anos após sua distribuição, sido solicitado vistas pela Ministra Elen Gracie, que somente devolveu o processo em setembro de 2004.

O início do julgamento se deu com o voto do Ministro Cesar Peluso, que pediu vista ao processo em 2004, tendo ele, em seu voto, proferido as seguintes palavras:

A Emenda Constitucional 30 aboliu direitos e garantias individuais de certas classes de cidadãos”, afirmou o ministro. Segundo ele, “a inadimplência sistemática das Fazendas Públicas, cuja evocação é a única coisa concebível como escusa desse excesso do constituinte derivado, era e é fruto não de dificuldades financeiras súbitas e imprevisíveis, senão do permanente descaso administrativo e da rotineira prevalência de outros interesses sobre o dever de cumprir as decisões judiciais e a Constituição mesma”. E ele completou: “Não pagar precatórios sempre foi entre nós apanágio da má política.

Em relação à parte do dispositivo que trata do parcelamento de precatórios pendentes de pagamento na data de promulgação da EC nº 30, houve empate de cinco votos pela concessão da liminar e, portanto, suspensão do dispositivo, e outros cinco votos pela manutenção da norma até o julgamento final das ações.

Nessa senda, manifestou-se a Ministra Cármen Lúcia da seguinte forma:

o problema foi causado, em grande parte, por absoluta falta de responsabilidade e de compromisso em se cumprir as decisões judiciais sobre precatórios remetidas ao Poder Executivo. Não há democracia que possa sobreviver sem a confiança do cidadão no Estado, sobretudo no Estado-juiz.

O Ministro Marco Aurélio assim disse: “esses precatórios que hoje somam valor altíssimo, e que eu reconheço que as entidades públicas nem sempre podem pagar de

uma vez, não foram acrescentados apenas em razão de problemas de ordem financeira”, avaliou.

Marco Aurélio destacou a segurança jurídica como um direito básico do cidadão violado pela Emenda Constitucional nº 30/00, incluindo, ainda, a dignidade do homem frente ao Estado. Segundo ele, a nova forma de liquidação dos débitos de precatórios criada pela emenda foi “imposta goela abaixo”, sem se preservar a autonomia dos credores. “A lei não poderá, e aqui a lei é tomada em sentido abrangente, prejudicar o ato jurídico perfeito, a coisa julgada e o direito adquirido”, disse ele, acrescentando que a emenda constitucional tem “contornos fascistas”, de um “Estado que tudo pode”. “É hora de caminhar-se para um basta, de caminhar-se para se ter a submissão à Carta Federal, que a todos indistintamente submete.”

A divergência ficou com os ministros Dias Toffoli e Lewandowski, que se alinharam integralmente aos ministros Eros Grau e Joaquim Barbosa, no sentido de negar a concessão da liminar. Lewandowski ressaltou que a norma já tem quase dez anos de vigência. “Se nós, agora, através de uma medida cautelar, revertemos o processo, vamos instaurar o absoluto caos nas finanças públicas”, alertou.

Para o ministro Toffoli, além de os requisitos necessários para a concessão de liminar (o perigo de lesão na demora da decisão e o juízo de probabilidade do bom direito) não estarem presentes no caso, a norma também não ofende a garantia do acesso à jurisdição e à coisa julgada, como alegam os autores das ações. Ele acrescentou que também não vê, no caso, “nenhuma irrazoabilidade” no prazo fixado para o parcelamento ou violação à divisão dos Poderes da República. “O que se está a falar aqui é de dívida do Estado e o Estado é um só”, afirmou.

Conforme demonstrado, após dez anos de ajuizada a ação até o presente momento, não houve julgamento delas; para piorar ainda mais, a questão nasce a Emenda Constitucional nº 62/2009.

Essa emenda apresenta, da mesma forma da anterior, grave afronta aos princípios constitucionais.

A Emenda Constitucional 62/2009 modificou substancialmente o art. 100 da CF, e as principais modificações são objeto de análise neste trabalho.

As modificações propostas foram pouco positivas para não se dizer que foram todas muito ruins, contudo, a pior de todas foi a nova redação dada ao art. 97 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

Esta alteração fez com que a Emenda Constitucional passasse a ser chamada de Emenda do Calote, que consiste numa verdadeira vergonha nacional e uma demonstração cabal do desrespeito dos governantes e da classe política brasileira, pois as modificações impostas afrontam a ética e a boa fé.

O novel dispositivo cria outra ordem para recebimento dos precatórios, estabelecendo como previsto no § 2º a prioridade ao pagamento do credores de débitos de natureza alimentícia com 60 (sessenta) anos ou mais na data da expedição dos precatório e portadores de doença grave.

Entretanto a prioridade está limitada ao fator idade e também valores, pois somente serão pagos os precatórios que estejam dentro do limite do previsto para pagamento de Requisição de Pequeno Valor que, na União, se estabeleceu o teto de 60 (sessenta) salários mínimos. Sendo assim, os valores atuais, possíveis de recebimento por idoso ou por portador de doença grave e de até ao limite de R\$ 91.800,00. Esse valor poderá ser pago com prioridade na fila do precatório, mas é necessário que não se tenha a ilusão que esse valor seja pago imediatamente. O que ocorrerá será um rearrumação na fila dos precatórios. E, diga-se, que será para aqueles que se encontrarem nessa situação, no momento da expedição do precatório, tendo permanecido silente para aqueles que já se encontram na fila do precatório e que estejam com 60 (sessenta) anos ou mais ou seja portador de doença grave.

Pode-se ter a ilusão de que esse dispositivo estabeleceu um regime de pagamento tal qual o previsto nas Requisições de Pequeno Valor, no entanto, somente estabeleceu que haverá uma fila para tais fins e para pagamento até o limite de até três vezes o valor para pagamento máximo das RPVs, conforme mencionado anteriormente.

Não é motivo de avanço, uma vez que, no § 4º do artigo 1º da Emenda, o legislador deixou livre a definição dos valores limites para os demais entes, estabelecendo somente que o valor mínimo que poderá estabelecer a lei local será igual ao valor do maior benefício do regime geral da previdência; sendo assim, os entes poderão estabelecer o valores ínfimos se comparados à União.

A nova Emenda cuidou de responsabilizar o Presidente do Tribunal responsável pela emissão do precatório, que, por ato comissivo ou omissivo, retarda ou tenta frustrar a liquidação regular em crime de responsabilidade e também perante o Conselho Nacional de Justiça.

O § 6º do artigo 1º trouxe, quando confrontado com o *caput* do artigo 1º, uma antinomia, pois, no artigo primeiro, ficou estabelecido que é proibida a designação de casos ou de pessoas nas dotações orçamentárias e nos créditos adicionais abertos para tal fim.

O §6º estabeleceu como um dos critérios para que seja determinado o sequestro à não alocação orçamentária do valor necessário à satisfação do débito do credor. No entanto, a alocação com denominação certa é proibida, razão pela qual essa medida nunca poderá ser aplicada por esse dispositivo.

A medida buscou estabelecer a possibilidade do sequestro pela inércia da administração em não planejar o seu orçamento com a previsão de valores para o pagamento dos precatórios, contudo, uma vez que está proibida a designação de pessoas ou valores, não terá nenhuma aplicação o dispositivo.

O § 9º estabeleceu algo absurdo, arbitrário muito além do que foram as medidas no regime autoritário, pois o mesmo estabelece que, no momento da expedição do precatório, independente de regulamentação, seja abatido, a título de compensação, valor correspondente aos débitos líquidos e certos, inscritos ou não em dívida ativa e constituídos contra o credor original pela Fazenda Pública devedora, incluídas parcelas vincendas de parcelamentos.

A leitura do dispositivo poderá, para os menos desavisados, aparentar estar se tratando de dispositivo de um país de regime autoritário, nunca de um país republicano, mas, na realidade, esse dispositivo está hoje impresso na Carta Política brasileira.

Longe está, este dispositivo dos ideais democráticos cuja classe política dominante atual sempre esbravejou antes de 1984, quando ainda reinava entre nós a Ditadura Militar.

Nem naquele regime se viu tanto autoritarismo. É inacreditável o que previu essa emenda, pois o parágrafo prevê a obrigatoriedade de compensação entre o montante do

precatório a ser recebido com débitos líquidos e certos, inscritos ou não em dívida ativa e constituídos contra o credor original pela Fazenda Pública devedora.

Percebe-se, pela leitura do dispositivo, que essa obrigatoriedade de compensação não leva em consideração a vontade do titular do crédito, em desrespeito ao princípio da autonomia da vontade. Institui-se, a bem da verdade, meio coercitivo para o pagamento de débitos tributários sem permitir que o cidadão possa manifestar seu interesse na compensação.

De forma absurda, estabelece na compensação o abatimento das parcelas vincendas dos débitos parcelados, ou seja, aqueles débitos que ainda o credor não estava obrigado ao pagamento.

No § 12 da Emenda, ficou estabelecido outra afronta ao direito do cidadão quando se estabeleceu que a atualização de valores será feita pelo índice oficial de remuneração da caderneta de poupança e, para fins de compensação da mora, incidirão juros simples no mesmo percentual de juros incidentes sobre a caderneta de poupança.

Esse dispositivo, além de estabelecer o menor índice de correção possível, possibilita a Fazenda Pública postergar ao máximo o adimplemento da obrigação devida, pois não sofrerá com os efeitos da atualização monetária de forma que os valores corrigidos garantem o valor real da moeda.

Estabeleceu a Emenda, pelo menos, a possibilidade de cessão dos créditos, produzindo efeitos após a comunicação por meio de petição protocolizada ao tribunal de origem, sem a necessária anuência do devedor, contudo não lhes permitiu que fosse ao cessionário concedido a possibilidade da garantia de preferência a que fazia jus o cedente, ou seja, nem que o cedente tenha 60 (sessenta) anos ou mais ou seja portador de doença grave, terá o cessionário direito à preferência.

Também não possibilitou a cessão de créditos dentro do limite estabelecido para pagamento de requisição de pequeno valor.

O § 16 trouxe uma grande inovação um tanto casuística, que foi a possibilidade da União assumir débitos oriundos de precatórios, de Estados, Distrito Federal e Municípios, sem estabelecer os critérios para que isso ocorra, o que possibilitará tratamento desproporcional. Além disso, não estabeleceu de onde sairia esse recurso,

pois os recursos para pagamento de precatórios devem estar dispostos na Lei Orçamentária, para os precatórios inscritos até o dia 1º de julho. No caso de pagamento assumido pela União, esses valores deveriam ou não ser alocados até 1º de julho do ano para pagamento até 31 de dezembro, do ano seguinte, ao ente beneficiado? Se a resposta for não. Os precatórios de outros entes pagos pela União, através de repasses voluntários, podem descaracterizar a desnecessidade de inclusão no orçamento de verba destinada a pagamento de precatório, o que desconfiguraria o instituto como condição de planejamento e, sim, como mero instrumento protelatório de cumprimento das decisões judiciais.

Não resta dúvida de que a inserção desse dispositivo tem o condão de trazer favorecimento a quem interessa. A maneira como a Constituição é modificada casuisticamente leva a crer que, em breve, essa benesse irá ser descoberta e será evidente que colherá o fruto quem plantou tal dispositivo.

O § 2º da referida Emenda Constitucional extermia de vez toda e qualquer possibilidade de que haja a concretização da efetividade do processo em face da Fazenda Pública em ações de execução por quantia certa, pois o mesmo estabelece um novo regime de pagamento, suspendendo a aplicabilidade do artigo 100, até a edição de Lei Complementar, que também não determinou o prazo para sua edição, o que se pode esperar que nunca venha ser editada, até que chegue o prazo dos quinze anos de moratória.

Dessa forma, inaugurou o chamado regime especial de pagamento dando uma legitimação à prática da inadimplência de aproximadamente 20 (vinte) anos desde a promulgação da Constituição Federal de 1988.

Neste regime, ficou estabelecido que poderão os Estados, o Distrito Federal e os Municípios ficar sujeitos ao regime especial e fazer a opção pelo depósito mensal do valor referente a 1/12 (um doze avos) do valor calculado percentualmente sobre as respectivas receitas correntes líquidas, apuradas no segundo mês anterior ao mês de pagamento, ou seja, se o pagamento for realizado no mês de junho, calcula-se o percentual sobre as receitas correntes líquidas do mês de abril, tendo a vigência desse regime o prazo de 15 (quinze) anos ou até quando os valores dos precatórios forem superiores aos valores da receita corrente líquida.

Fixou a Emenda os percentuais que cada ente deverá estabelecer para o depósito mensal em conta específica, ou seja, foi fixado para os Estados da Região Norte, Nordeste e Centro Oeste, em cujo estoque de precatório pendente em sua administração seja de até 35% da receita corrente líquida, o valor correspondente a 1/12 (um doze avos) do percentual de, no mínimo, 1,5% (um inteiro e cinco décimos por cento) da Receita Corrente Líquida. O estados da região Sul e Sudeste - se os precatórios pendentes corresponderem a mais de 35% da receita corrente líquida -, deverão depositar 1/12 (um doze avos) do percentual de, no mínimo, 2% (dois por cento) do valor da receita corrente líquida e os municípios cujo estoque de precatório pendente seja de até 35% estarão obrigados a fazer o depósito mensal de 1/12 (um doze avos) de no mínimo, 1% da receita corrente líquida; e os que têm o estoque de precatórios acima de 35% da receita corrente líquida terão que depositar 1/12 (um doze avos) do percentual de 1,5% da receita corrente líquida.

Em resumo, conclui-se que os estados e municípios deverão, em média, provisionar entre 1% a 2% dos valores correspondentes a suas receitas (Corrente Líquida), que deverão ser depositados, mensalmente, em conta a ser administrada pelo Tribunal de Justiça local.

No caso do Estado de Pernambuco, a projeção de sua Receita Corrente Líquida para o exercício de 2010 é na ordem de R\$ 12,18 bilhões de reais, o que levará, em se fazendo a opção do regime especial, o provisionamento de R\$ 121.800.000,00 (cento e vinte um mil e oitocentos milhões de reais).

Foi publicado no dia 06 de julho de 2009, no jornal o Estado de São Paulo as seguintes informações sobre as dívidas de precatório dos Estados:

As dívidas dos 26 Estados e do Distrito Federal relacionadas a precatórios - resultantes de sentenças judiciais - aumentaram 76% em cinco anos, em termos reais, corrigidas pela inflação. O valor, que estava na casa dos R\$ 20,6 bilhões no início de 2004, saltou para R\$ 36,2 bilhões até o último cálculo consolidado, de abril de 2009.

O levantamento, realizado com base nos relatórios de gestão fiscal das 27 unidades da Federação demonstra que São Paulo tem o maior saldo devedor. A dívida paulista saltou de R\$ 11,5 bilhões em 2004 para a casa dos R\$ 20 bilhões em 2009. O valor atual corresponde a 70% do total das dívidas estaduais. A evolução do saldo da dívida paulista em cinco anos bate na casa dos 72% - perto da média nacional.

O crescimento da dívida está relacionado a dois fatores principais - ritmo lento de pagamento e correção por juros altos. Os principais devedores não obedecem ao cronograma de pagamentos determinados pela Justiça. E boa parte dos precatórios é corrigida por juros de 12% ao ano, mais correção monetária.

Entre os principais devedores do País aparecem ainda o Paraná, com R\$ 4,3 bi, e o Distrito Federal, com R\$ 3,3 bi. A situação do Distrito Federal, porém, é peculiar. Segundo os relatórios, sua dívida com precatórios protagonizou um salto estratosférico de quase 14.000% de uma hora para a outra. A secretaria da Fazenda descobriu, em 2005, que devia R\$ 1 bilhão a mais do que acreditava.

De acordo com o atual subsecretário da Fazenda, André Clemente, o governo do Distrito Federal não pagou nem sequer um precatório durante 10 anos. E a dívida, que se acumulava ano a ano, não era contabilizada. As ações dos credores estavam pulverizadas na Justiça. Não havia meios de consolidar o valor final.<sup>127</sup>

Foi preciso que, em 1999, uma equipe de advogados começasse uma "garimpagem" nos Tribunais de Justiça para descobrir o tamanho do rombo. "Foi um trabalho pesado", observou Clemente. Segundo ele, a dívida não foi paga assim que descoberta porque "isso poderia gerar sequestro de receita, se um precatório fosse pago fora da ordem cronológica".

Quando, enfim, os dados foram consolidados, cinco anos depois, o valor bilionário apareceu pela primeira vez em um relatório de gestão fiscal do Distrito Federal.

De acordo com ele, o governo está reservando 1% da receita corrente líquida anual para o pagamento de precatórios - cerca de R\$ 90 milhões ao ano. "Estamos estudando aumento da previsão orçamentária."

Livres mesmo de situações como a do Distrito Federal estão apenas seis Estados, que não devem precatórios. Segundo os relatórios de gestão fiscal, Roraima, Alagoas, Amazonas, Amapá, Goiás, Maranhão e Pará têm saldo zero. Em contrapartida, nos últimos cinco anos, entraram para o clube dos devedores Mato Grosso do Sul, Paraíba, Rondônia e Tocantins.

Além de estabelecer um teto anual para os pagamentos feitos por Estados e Municípios, a emenda prevê leilões de deságio. Com esse mecanismo, os credores que derem descontos maiores poderão passar na frente da fila de pagamentos.

A Emenda Constitucional, ao estabelecer que as atualizações dos precatórios passarão a ser feitas pelo índice de correção da caderneta de poupança, busca conter a

---

<sup>127</sup> Disponível em <[http://www.estadao.com.br/estadaodehoje/20090706/not\\_imp398318.0.php](http://www.estadao.com.br/estadaodehoje/20090706/not_imp398318.0.php)> Acesso em 28.09.2010

evolução da correção dos valores, que, anteriormente, alcançava a ordem de 12% (doze por cento) ao ano.

A questão é que a correção inferior é um incentivo para o não cumprimento das ordens judiciais, trazendo, assim, um grande impacto para a concretização do processo em face da Fazenda Pública.

Não poderia ser diferente tendo sido impetrada duas Ações Direta de Inconstitucionalidade: uma pela Associação Nacional dos Magistrados Estaduais e outra pela Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, sendo uma de número 4357 e a 4372.

As associações e o Conselho Federal da OAB fizeram sua parte no que diz respeito à defesa da sociedade pelo flagrante desrespeito à Constituição. Restará ao Supremo Tribunal Federal não se omitir em seu papel de guardião da constituição e defendê-la ante a afronta imposta pelo poder constituinte reformador.

#### **4.8 O regime especial como instrumento de retardo no cumprimento das obrigações da Fazenda Pública junto aos credores**

Dentre os diversos dispositivos da Emenda Constitucional que afrontaram os princípios fundamentais, o que culmina numa total aberração e descaso da classe política com a sociedade, foi o que previu o art. 2º da Emenda Constitucional nº 62/2009. Esse dispositivo estabeleceu o art. 97 do ADCT e prevê uma moratória de 15 (quinze) anos para pagamento por parte dos entes públicos que estejam em mora com os precatórios vencidos e inclusive os instituídos a partir da vigência da Emenda Constitucional.

Esse dispositivo criou uma nova forma de provisionamento de recursos para pagamento dos precatórios, tendo estabelecido o depósito mensal de 1/12 (um doze avos) referente aos percentuais de 1%, 1,5% e 2% da receita corrente líquida na forma acima explicitada.

Também possibilitou o pagamento referente ao montante dos precatórios devidos nos termos do § 1º do art. 2º da Emenda Constitucional 62/2009, que trouxe a possibilidade do Estado, Distrito Federal e os Municípios optarem ou pelo depósito em conta especial ou pela adoção do regime especial pelo prazo de 15 (quinze) anos, caso em que o percentual a ser depositado corresponderá, anualmente, ao saldo dos precatórios devidos, acrescido do índice oficial da remuneração básica da caderneta de poupança dividido por 15 (quinze) anos.

Desse montante que, a princípio, seria provisionado, estabeleceu a emenda que, pelo menos, 50% serão para pagamento dos débitos de precatórios oriundos da ordem cronológica de apresentação, ressalvadas as preferências estabelecidas pelos §§ 1º e 2º no caso os de natureza alimentar para idosos a partir de 60 (sessenta) anos de idade, os portadores de doença grave e os alimentares que não estão inclusos nessa condição.

Os outros 50% servirão para que seja pago mediante ‘negociatas’ por parte dos administradores e credores.

De início, temos que esse dispositivo acaba por esvaziar toda a argumentação alimentada por anos por parte da doutrina favorável à forma de execução por quantia certa em face da Fazenda Pública.

Nos primórdios da instituição do instituto do precatório, as justificativas foram a necessidade de possibilitar o planejamento orçamentário para cumprir com o adimplemento de suas obrigações. Também se justificava a necessidade de moralização para pagamento, onde havia preterição de sua ordem cronológica. Ainda se buscava evitar a possibilidade da advocacia administrativa, em que pessoas influentes conseguiam receber seus haveres enquanto outras pessoas nunca eram contempladas com o pagamento de seus créditos.

Quanto ao necessário provisionamento, a instituição das Requisições de Pequeno Valor deixaram claro que não se justifica, pois poderá ter centenas e milhares de requisições de pequeno valor em face da Fazenda Pública, como por exemplo, em face da previdência, e as mesmas deverão ser adimplidas dentro do prazo de até 60 (sessenta) dias, sem que, para isso, seja necessário inclusão em precatório. Fato que, se somado, milhares de requisições poderão impactar no orçamento público de forma mais gravosa do que o pagamento de um precatório.

Quanto à negativa de preterição na ordem do pagamento, a emenda constitucional estabeleceu essa possibilidade uma vez que 50% dos recursos depositados poderão servir para pagamento aos credores mediante acordos, na forma estabelecida por lei própria da entidade.

Esses tais acordos possibilitam, mais uma vez, o pagamento sem a observância do princípio da impessoalidade, pois os critérios serão estabelecidos dentro da discricionariedade do administrador, o que ficará longe do controle do Poder Judiciário.

O regime especial estabeleceu, então, o sistema de pagamento mediante a modalidade de leilão, que será pago na forma de deságio aos credores que se encontrarem habilitados na forma do inciso II do § 9º, que previu para a habilitação de precatórios ou parcela de cada precatório indicada pelo seu detentor, em relação aos quais não esteja pendente, no âmbito do Poder Judiciário, recurso ou impugnação de qualquer natureza, permitida por iniciativa do Poder Executivo com débitos líquidos e certos, inscritos ou não em dívida ativa e constituídos contra devedor originário pela Fazenda Pública devedora até a data da expedição do precatório.

Ficaram duvidosas as consequências pela não liberação tempestiva dos recursos de que tratam o inciso II do § 1º e §§ 2º e 6º do artigo.

Por um lado, porque a dicção do § 10 fala sobre liberação tempestiva, ou seja, leva ao entendimento que o sequestro de quantias nas contas de Estados, Distrito Federal e Municípios devedores será realizado pela não liberação de valores referentes aos precatórios.

No entanto, numa leitura atenta, fica evidente que o correto não é a não liberação, mas, sim, o depósito referente às parcelas mensais, pois o inciso II do § 1º faz menção aos depósitos mensais referentes a 1/12 (um doze avos) dos percentuais de 1%, 1,5% ou 2% conforme o caso. Então, não se trata de liberação tempestiva de recurso, é sim depósito das parcelas para formação do montante que irá adimplir as obrigações com precatórios vencidos ou a vencer, pelo regime especial, pois o ente público, pelo que estabeleceu a Emenda, não tem mais poder sobre a Conta aberta para esse fim, que ficará sob a responsabilidade do Tribunal local.

A omissão no dever de efetuar o depósito, e não a liberação, conforme a dicção do § 10 do art. 2º trouxe, pela primeira vez algumas consequências para o administrador público e a administração inadimplente, quais sejam: o sequestro de quantia nas contas do Estado, Distrito Federal e Municípios, até o limite do valor não depositado; transformação em compensação automática dos débitos líquidos lançados contra o credor e, ainda, a possibilidade de fazer a compensação tributária de tributos de Estados, Distritos Federal e Municípios.

Curioso no texto da Emenda é que ela não estabelece a possibilidade de que as compensações ou o sequestro recaiam sobre a União. Essa omissão faz crer que não há precatórios, por parte da União, ou serão adimplidos na forma do Regime Especial ou então não trouxe o constituinte reformador tal possibilidade.

Foi contemplada, também, a possibilidade de responsabilizar o Chefe do Poder Executivo por descumprimento da Lei de Responsabilidade Fiscal e a Lei de Improbidade Administrativa, contudo não aponta quais condutas caracterizariam atos de improbidade.

Estabeleceu, ainda, que, enquanto perdurar a omissão, a entidade devedora não poderá contrair empréstimos externos ou internos e ficará impedida de receber transferências voluntárias, o que impediria os Estados e Municípios de firmarem convênios com a União, o que, por exemplo, impediria a todos os entes em inadimplência de recebimento das verbas do Programa de Aceleração do Crescimento.

Esse dispositivo conduz à constatação de que será norma sem aplicabilidade, pois politicamente há o interesse da União de que o PAC seja concretizado a fim de solidificação da plataforma política da corrente dominante.

Uma vez que este dispositivo fosse aplicado como um dos itens do Cadastro Único de Convênios – CAUC, teria força coercitiva para fazer manter que os Estados e Municípios fiquem adimplentes com os depósitos referentes às parcelas estabelecidas no regime especial.

Outra medida coercitiva é a retenção por parte da União dos repasses Constitucionais do Fundo de Participação dos Estados – FPE e do Fundo de Participação dos Municípios – FPM, previstos no inciso V do § 10 do artigo 2º da

Emenda Constitucional nº 62/2009. Contudo, esse dispositivo muito provavelmente será alvo de Ação Direta de Inconstitucionalidade, pois, assim que houver alguma retenção dos repasses obrigatórios, os entes federativos atingidos irão questionar a constitucionalidade do dispositivo.

Basta trazer à tona que o Supremo Tribunal Federal, até os dias atuais, sempre relativizou o descumprimento das decisões judiciais que ensejaram pedido de Intervenção Federal sob a alegação de que o inadimplemento é fruto da imperiosa necessidade de recursos materiais, o que leva à crença de que essas medidas jamais serão implementadas.

Outra questão fundamental é que a Emenda não estabeleceu a forma de controle e nem o instrumento para fazer com que a norma seja efetivada. Caberá ao Presidente do Tribunal fazer o controle de todos os depósitos a fim de comunicar à União Federal, através da Secretária do Tesouro Nacional – STN, para que seja feita a retenção dos repasses de FPM e FPE?

Prova cabal da existência de inadimplemento de valores referente ao pagamento de Precatório, desde a entrada em vigor da Constituição Federal de 1988, foi que previu o § 15 do art. 2º da Emenda Constitucional nº 62/2009, quando estabeleceu que os precatórios parcelados na forma do art. 33 do ADCT, que previu o parcelamento em 08 (oito) anos, e os previstos no art. 78 do ADCT, com previsão de parcelamento em 10 (dez) anos, ingressarão no regime especial submetendo-se ao parcelamento de 15 (quinze) anos.

O legislador estabeleceu o prazo de 90 (noventa) dias para a opção do regime especial por parte dos Estados, Distrito Federal e Municípios, o que trouxe o prazo para março de 2010, contudo, não há notícias, até o momento, de providências nesse sentido por parte do entes da federação.

Esse novo regime trouxe a suspensão da aplicação do artigo 100 da Constituição Federal até ao final do regime especial, que será de 15 (quinze) anos para os entes federativos que fizeram a opção prevista nos incisos I e II do artigo 2º da Emenda Constitucional nº 62/2009.

São esses os óbices que se estabeleceram com o novel dispositivo para que se concretize a efetividade da tutela jurisdicional em face da Fazenda Pública nas ações de execução por quantia certa.

#### **4.9 A desconsideração da ordem hierárquica e a possibilidade de negociação com credores, desconsiderando o princípio da impessoalidade, possibilitando, assim, a tão combatida advocacia administrativa**

Dentre as questões que avultam com os princípios constitucionais protegidos pela Carta Política Brasileira, o que não pode deixar de ser analisado foi a aviltante possibilidade de prestigiar a advocacia administrativa e a possibilidade de negociação com credores, possibilitando, sobretudo, que parte considerável dos recursos para pagamento de precatórios seja pago através de negociações cujos limites a Lei não cuidou de estabelecer.

Quanto o constituinte reformador estabelece no III do § 8º do art. 2º da referida Emenda, a possibilidade de 50% (cinquenta por cento) dos valores referentes aos depósitos para pagamento de precatório serem disponibilizados para pagamento de acordo direto com credores.

Esse dispositivo poderá inaugurar uma nova forma de burla ao critério da ordem cronológica de apresentação dos precatórios conforme sempre prevaleceu, pois, pelo menos, a garantia da certeza de que a ordem de apresentação dos precatórios não podia ser quebrada, sob pena de sequestro nas contas do ente que burlou a fila de pagamento.

Na aplicação do novo dispositivo, é bem verdadeiro que o Leilão poderá nem sequer ser implantado, pois do montante dos 50% para recebimento daqueles que não se enquadram nos critérios de prioridade, tais como os precatórios alimentares de idosos e portadores de doença grave e os precatórios alimentares estarão inclusos dentro do montante que poderá ser transacionado diretamente com os credores.

Essa possibilidade poderá propiciar o oferecimento de comissões, pois o trato será feito administrativamente e não há controle sobre essa manifestação de vontade.

A norma não estabeleceu o procedimento para a separação desses valores, pois o § 4º do art. 2º da Emenda determina que a Administração das contas será feita pelo Tribunal de Justiça local e estabeleceu, ainda, no § 5º do mesmo artigo, que os recursos depositados não poderão retornar aos Estados, Distrito Federal e Municípios.

Dessa forma, as negociações poderão ser feitas pelos órgãos e a partir do acordo firmado, que deverá ser homologado pelo Presidente do Tribunal.

Essa nova função do Presidente do Tribunal trará uma nova leitura na natureza de sua função quando das expedições dos ofícios requisitórios, pois o que era atividade meramente administrativa ganhará o status jurídico, pois a homologação de acordo é atividade judicante.

O legislador constitucional não estabeleceu critérios, deixando-os a cargo dos entes federados. Esse talvez seja o grande risco, pois os critérios poderão ser cada um diferente dos outros, provocando uma verdadeira desordem. Uma vez que a matéria dos precatório ganhou status constitucional, não poderia a Emenda deixar a cargo dos entes estabelecer os critérios, porque a justiça é una e não pode um estado aplicá-la de uma forma e um município, dentro do mesmo estado, aplicar ao mesmo caso uma norma diferente.

É importante que se recorde que, dentre os motivos que ensejaram no estabelecimento do pagamento das dívidas provenientes de decisão judicial pela via do precatório foi a possibilidade de aniquilar a advocacia administrativa que fazia com quem tivesse influência dentro de um ente público receber seus valores em detrimento de outros que não tinham influência.

Trazendo à colação o comentário do dispositivo constitucional que previa o pagamento mediante a ordem de apresentação dos precatórios na Constituição de 1934, Juvêncio Vasconcelos faz as seguintes considerações:

Havia, antes de 1934, uma triste “realidade de bastidores”, caracterizada por privilégios e apadrinhamentos, que chegava mesmo a ferir a independência do Poder Judiciário. Tornaram-se comuns as denominadas “causas orçamentárias”, com designação nominal pelo legislativo dos credores que poderiam ser atendidos no exercício seguinte. Tudo ficava na dependência de pressões, conchavos ou mesmo deslavada corrupção. Chegava-se, ainda, absurdamente, no âmbito do Poder Legislativo, a discutir-se o teor e o acerto (ou não)

das sentenças geradoras de créditos. Se os fundamentos dessas não agradavam, negava-se o crédito solicitado. Era a submissão da coisa julgada a um controle político a posteriori.<sup>128</sup>

Esse novo formato reacende a possibilidade de firmar acordos para pagamento de crédito dos precatórios, desconsiderando os critérios de ordem cronológica e também tirando do controle do poder judiciário a possibilidade de sua “pouca coercitividade”, a fim de fazer cumprir as determinações judiciais.

Caso esse dispositivo seja mantido da forma com que foi estabelecido, sem definição de critérios, por parte do constituinte, estará inaugurado um novo tempo de burla aos princípios constitucionais para o favorecimento de poucos apadrinhados dos gestores públicos, razão pela qual é imperiosa a declaração de inconstitucionalidade da referida Emenda, tema que será abordado adiante.

#### **4.10 A execução no direito alienígena**

Em tempos de informações globalizadas e de busca, por parte do Estado Brasileiro, de reconhecimento de um país emergente, de economia forte e que pode influenciar no cenário mundial, não é possível se abster de fazer uma análise, na forma de execução, no direito alienígena como forma de fazer uma reflexão no formato adotado pelo ordenamento jurídico pátrio para as questões nas mais diversas lides, sejam entre o Estado e o cidadão brasileiro e o Estado e empresas estrangeiras.

Essa reflexão poderá acenar com questões que comprometem, dentre muitas coisas, os elevados índices denominados de Risco-Brasil, que são determinantes para a atração de capital estrangeiro para investimento no mercado brasileiro, pois, ao investir num Estado estrangeiro, faz-se necessário o conhecimento do ordenamento jurídico, do funcionamento do Poder Judiciário e sobretudo o comportamento do Estado brasileiro em face das demandas que poderão surgir contra o Poder Público.

---

<sup>128</sup> VIANA, Juvêncio Vasconcelos. **Execução Contra a Fazenda Pública**. São Paulo: Dialética, 1988, p. 74.

Dessa forma, a senda no ordenamento jurídico poderá apontar questões vitais para o desenvolvimento e atrativos de capital estrangeiro na economia nacional.

Passa-se então a fazer uma análise em diversos ordenamentos como forma de aferição do ordenamento jurídico posto no ordenamento jurídico pátrio nas ações de execução por quantia certa em face da Fazenda Pública.

#### ***4.10.1 A execução contra a Fazenda Pública na Alemanha***

No Direito Alemão, não se mostra evidente a ideia de execução forçada. No entanto, é mister que se clarifique que o posicionamento à não execução forçada é pelo fato de que, no contexto alemão, o Estado não necessitaria ser coagido para que respeitasse e satisfizesse o seu próprio direito.

Essa é premissa para que não ocorresse a execução forçada. O Estado é cumpridor de suas obrigações, contudo percebeu-se que poderia ocorrer de uma autoridade não cumprir a decisão judicial ou uma pessoa jurídica de direito público acabe em dificuldades quanto à sua solvência.

Karl Peter Sommermann<sup>129</sup> afirma que, de acordo com o entendimento moderno, tampouco a dignidade do Estado ou o princípio da separação de poderes representam argumentos decisivos contra a permissão da execução forçada contra a Fazenda Pública. Em um estado de direito liberal e consagrador da separação de poderes, o que importa é exatamente construir um sistema de *Checs and Balances*, em que haja “controle, contenção e moderação recíproca dos poderes”, o que também deve incluir, na medida do necessário, a existência de instrumentos eficazes de implementação.

Desde a entrada em vigor da Lei Fundamental de Bonn, 1946, tornou-se imperativa a possibilidade da execução forçada contra o Estado, deduzido da garantia à

---

<sup>129</sup> SOMMMERMANN, Karl-Peter. **A execução forçada por quantia certa no direito alemão.** Tradução GRECCO, Luiz. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/revista/seriecadernos/vol23/artigo04.pdf>>. Acesso em 16.07.2010.

tutela dos direitos subjetivos, foi o que estabeleceu o art. 19, IV, 1. GG: “Aquele que for lesado em seus direitos pelo poder público faculta-se-lhe o acesso à via jurisdicional”.

Para a realidade brasileira, pode-se concluir que está prevista a constrição ou a execução forçada, uma vez que o dispositivo alienígena indica a possibilidade de acesso à via jurisdicional quando o poder público houver lesado qualquer pessoa.

No entanto, fazendo um comparativo, é necessário pensar que, no caso do Brasil, a jurisdição é una; já na República Federal da Alemanha, a jurisdição é dividida em vários ramos, existindo, para cada um desses ramos, um particular código de processo. Naquele país, existem três ramos de jurisdição administrativa: a jurisdição administrativa geral, a jurisdição social e a jurisdição de finanças.

Quando o legislador estabeleceu a possibilidade de acesso à via jurisdicional em face da Fazenda Pública naquele país, tirou a restrição do estabelecimento do contencioso somente no âmbito administrativo.

Na República Federativa da Alemanha, a execução processual civil exige as leis orgânicas, para que se dê início à execução uma autorização da autoridade administrativa estatal a que o município está subordinado, desde que não se trate da persecução de direitos reais. Nessa autorização, deve a autoridade superior determinar os objetos sobre os quais serão permitida a execução forçada. Ele ainda determinará o período de tempo, no qual a execução há de ocorrer.

No caso da execução forçada por quantia certa, só será necessário proceder à execução forçada se a pessoa jurídica de direito público contra a qual se dirige a pretensão de pagamento não é capaz de pagar ou não tem vontade de fazê-lo.

As leis de diretrizes orçamentárias, na República Federativa da Alemanha, preveem, tanto para a Federação como para os Estados, regras pelas quais a solvência do Estado deve ser em princípio assegurada. De acordo com o § 37 da Lei de Federal de Diretrizes Orçamentárias (Bundeshaushaltsordnung), despesas extraordinárias podem ser efetivadas sem a elaboração de um orçamento posterior (Nachtraghaushalt), sempre que houver necessidade imprevista e inarredável.

De acordo com a jurisprudência, essa despesa suplementar pressupõe que seja, em substância, incondicionalmente necessária e, quanto ao tempo, inadiável. Existirá tal

especial necessidade que em regra se trate de pretensões jurídicas das quais não se pode esquivar a federação. Isso se refere, sobretudo, às custas processuais e obrigações de pagamento decorrentes de um título judicial. Para tais despesas, o orçamento prevê um título orçamentário próprio. Mas, no caso de não serem recursos ali alocados suficientes, a prestação será considerada uma despesa extraordinária.

A segunda exigência formulada pela jurisprudência, de que a despesa extraordinária seja inadiável, existe, em regra, nos casos de títulos executivos líquidos e certos, pois raramente se conseguirá um adiamento até que seja emitido o orçamento posterior. As leis de diretrizes orçamentárias dos Estados contêm dispositivos análogos e as leis orgânicas dos municípios preveem regras correspondentes.

De acordo com § 882, da ZPO, não se permite a execução forçada sobre coisas que sejam indispensáveis para a realização de tarefas públicas do devedor ou cuja alienação contrarie interesse público. A execução com base em títulos da jurisdição administrativa tem dispositivo análogo, que se encontra no § 170, III, VwGO.

A Literatura de comentários arrola, como bens indispensáveis para tarefas públicas, “carro de polícia ou de bombeiros, incluindo instrumentos necessários para a eliminação do perigo, armamentos dos poderes armados, meios de transporte públicos, prédios da Administração com seu inventário, e análogos. A proteção contra a execução abrange, por exemplo, também, fundos, quando servirem esses para pagamento de créditos vencidos, sendo, portanto, indispensáveis para a realização de tarefas públicas. Créditos e outros direitos patrimoniais não estão abrangidos pela proteção à execução. Em síntese, fica protegido contra a execução somente o chamado “patrimônio da Administração” (Verwaltungsvermögen), não o patrimônio financeiro (Finanzvermögen).

Na praxe, as execuções individual e coletiva contra a Fazenda Pública só têm tido importância em alguns casos. Graças, tanto à tradição e à ideia que faz de si o Estado de Direito Alemão, quanto à cultura administrativa dominante, é de notar-se que a Administração cumpre, em grande medida, as decisões judiciais. A estrita vinculação da Administração à lei, que representa um princípio fundamental do Direito Constitucional e que influencia de modo marcante a formação do serviço público, compreende também a obrigação legal de cumprir as decisões dos tribunais.

Principalmente os tribunais administrativos alemães possuem vastas funções de controle em defesa do cidadão contra Administração Pública. Essa posição dos tribunais é sustentada por um largo consenso na sociedade alemã, em virtude da experiência da época do nacional-socialismo com poder ilimitado do Executivo e com inúmeras violações a direitos humanos. De acordo com a concepção alemã de direito constitucional, não é estranho a separação de poderes que os tribunais possam, além de anular atos administrativo, obrigar a Administração à prática de ações concretas no sentido de realizar os direitos dos cidadãos.

Assim parece consequente que a tutela judicial aos direitos subjetivos inclua, quando necessário, medidas coercitivas contra autoridades. O fato de que isso só ocorre em casos excepcionais, decorre, finalmente, também de que o funcionário que não cumprir suas obrigações legais e, com isso, criar pretensões de indenização para os cidadãos, possa ser acionado regressivamente.

De resto, também o direito disciplinar do funcionalismo público contribui para o respeito estrito ao princípio da legalidade da Administração.

Karl-Peter Sommermann, em palestra proferida para juízes federais, em 2003, assim se manifestou:

É problemático, por outro lado, querer garantir a capacidade de funcionamento de entes públicos por meio de um interpretação extensiva de preceitos e proteção contra a execução. Neste caso, a tônica recai, muito rapidamente, num suposto bem comum, não se levando em conta de modo suficiente a pretensão do indivíduo à tutela judicial. Se as pretensões contra a Fazenda Pública não puderem ser realizadas a credibilidade do Estado e de suas ramificações, bem como a confiança nas instituições estatais e na racionalidade e lealdade de sua atuação. Esses efeitos se mostram também na Alemanha, no que toca a uma moral hesitante de pagar, esposada por certos administradores. Porém, esses municípios em mora não deixam que a situação chegue a uma execução.<sup>130</sup>

---

<sup>130</sup> SOMMMERMANN, Karl-Peter. **A execução forçada por quantia certa no direito alemão.** Tradução GRECCO, Luiz. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/revista/seriecadernos/vol23/artigo04.pdf>>. Acesso em 16.07.2010.

Em síntese, é de se insistir que o objetivo da atividade estatal deve ser cumprido, sem mais, as sentenças judiciais, ou seja, as obrigações de pagar e fazer daí decorrentes, bem como resultantes dificuldades práticas, e deveres precisam ser adequados às possibilidades financeiras. Levando em conta essa diretriz de comportamento, uma execução contra pessoa de direito público se torna bastante improvável. Assim, deve-se exigir um regime jurídico contra o poder público que tenha em vista, de um lado, a pretensão do cidadão à tutela de seus direitos, e, de outro, a manutenção da capacidade de funcionamento da Administração Pública. No caso de não existir essa medida subsidiária, a inobservância de sentenças judiciais, muito facilmente, pode vir a tornar-se a regra.

#### ***4.10.2 A execução contra a Fazenda Pública na Espanha***

É relevante a análise da execução em face da Fazenda Pública na Espanha, porque, no direito espanhol, o chamado privilégio fiscal surgiu originariamente como uma limitação à execução das sentenças condenatórias da Administração Pública emitidas por tribunais ordinários de justiça. Somente mais tarde, com a confirmação da jurisdição contencioso-administrativa como verdadeira jurisdição e a progressiva liquidação de um sistema de execução de sentenças contra a Administração, esse privilégio também implantou plena eficácia jurisdicional.

Mesmo desde da Lei Jurisdicional de 27 de dezembro de 1956, já se falava de um verdadeiro sistema de execução de sentenças por meio dos órgãos jurisdicionais.

A execução cabia à própria administração, daí as expressões “execução ou auto de execução administrativa” de sentenças, atribuindo à jurisdição unicamente poderes de retenção, que, como tal, não se podem considerar em sentido estrito medidas de execução.

Também na Espanha, existe, em favor da Fazenda Pública, a proteção de seus bens pelo instituto da impenhorabilidade.

É vigente também o princípio da proibição do embargo dos bens públicos, o que traz óbice ao reconhecimento do pleno poder jurisdicional de julgar e executar os julgados conforme estabelece o art. 117.3 e 118 da Constituição Espanhola. Essa proibição atinge o próprio direito fundamental de todas as pessoas a obter a tutela jurisdicional efetiva e o exercício dos direitos e interesses legítimos, sem que nenhum caso possa acontecer desamparo, conforme art. 24, I da Constituição Espanhola.

A garantia da efetividade das sentenças condenatórias dos entes públicos é um dos temas cruciais do Estado de Direito. O Ordenamento Jurídico espanhol somente traz na Constituição de 1978 e na vigente lei da Jurisdição Contencioso-Administrativa, de 13 de julho de 1988, pode-se falar de um verdadeiro sistema de execução.

A situação, de fato, mudou radicalmente. As citadas previsões constitucionais (art. 117.3 e 118), junto com o reconhecimento de direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, que garante o artigo 24.1 da mesma Constituição, determinou que, nas palavras dos professores Garcia de Enterría e Fernandez Rodriguez, foi:

[...] definitivamente roto el viejo dogma de la separación de poderes en el sentido histórico-convencional de articulación de un privilegio administrativo de exención judicial que jugaba ya solo en este último reduto de la ejecución de las sentencias, pues desde la Constitución, [...] los Tribunales contencioso-administrativos tienen [...] el poder u el deber de ejecutar sus propias sentencias frente a cualquier resistencia o pasividad de la Administración a su cumplimiento [...].<sup>131</sup>

Mesmo sem chegar a ser declarada inconstitucional a Lei Jurisdicional de 1956, o Tribunal Constitucional passou a dar uma interpretação dela conforme a Constituição fosse favorável à execução judicial das sentenças do contencioso-administrativo.

A doutrina foi rapidamente assumida pelas Salas de Contencioso-Administrativo do Tribunal Supremo. Assim se chegou à Lei da Jurisdição Contencioso-Administrativo, de 13 de julho de 1998, e estabeleceu plenamente a doutrina da possibilidade de execução das sentenças do contencioso-administrativo por meio de execução judicial.

---

<sup>131</sup>ENTERRIA, Garcia, **Curso de Derecho Administrativo**. Tradução Arnaldo Setti. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1991, p. 565.

O artigo 103.1 dispôs que o poder de execução de sentenças e outras decisões judiciais é dos tribunais de ordem jurisdicional e o seu exercício compete ao que tomou conhecimento do assunto em primeira e única instância. Essa modificação é certamente de maior importância em conformidade com os requisitos constitucionais.

A partir do princípio fundamental de que a execução das sentenças do contencioso-administrativo é de competência dos órgãos jurisdicionais, a concretização do sistema de execução que está previsto pode resumir-se da seguinte forma: a) prazo para que a administração cumpra. Ficou estabelecido que esse prazo será de dois meses, sendo ele fixado na própria sentença, sempre em prazos mais curtos pela natureza da pretensão e da efetividade da sentença; b) ante o descumprimento do prazo, os interessados podem determinar a execução forçosa da sentença por qualquer meio que seja adequado.

Ante o descumprimento de determinação emanada do órgão jurisdicional, o mesmo adotará prévia audiência das partes: as medidas necessárias para alcançar a efetividade do mandato, podendo impor as autoridades, funcionários e agentes que descumpram as determinações judiciais, prévia advertência, multas coercitivas de 25.000 a 250.000 pesetas que, em caso de ser reiteradas, são repetidas a cada vinte dias, cabendo à Administração pagar se não puderem ser individualizadas as pessoas responsáveis.

É certo que essas medidas previstas na Lei da Jurisdição do Contencioso-Administrativo não se refere ao pagamento de quantia certa, como é o foco da discussão deste trabalho. Este posicionamento doutrinário da Espanha refere-se às obrigações de fazer.

Naquele país, quando se trata de execução por quantia certa, refere-se a execução das penas de conteúdo pecuniário em face da Fazenda Pública.

A Lei do Contencioso-Administrativo introduziu importantes modificações no regime de execução de sentenças condenatórias ao pagamento de quantia certa. O regime, tradicionalmente precedido do princípio da impenhorabilidade dos bens públicos, ainda permanece em vigor.

A Lei Jurisdicional de 1998 estabeleceu, em seu artigo 106, novas regras relativas as execuções de condenação pecuniária, sendo que tais regras podem diminuir sua importância ligadas a impenhorabilidade dos bens de direito públicos.

Seguramente, a principal e mais decisiva modificação é a respeito da regulamentação de 1956 e a que se refere ao orçamento para pagamento das condenações pecuniárias com créditos extra-orçamentários, sem que seja preciso se apegarem a detalhes próprios do direito orçamentário.

O artigo 106, I da vigente Lei estabeleceu que:

Cuando la Administración fuere condenada al pago de cantidad líquida, el órgano encargado de su cumplimiento acordará el pago con cargo al crédito correspondiente de su presupuesto que tendrá siempre la consideración de ampliable. Si para el pago fuese necesario realizar una modificación presupuestaria, deberá concluirse dentro de los três meses siguientes al día de la notificación de la resolución judicial.

Esse dispositivo deixa estabelecido que o período para organização orçamentária a fim de cumprir a determinação de pagamento é de três meses após a notificação judicial.

Contudo, é possível que ocorra o caso de que o cumprimento da decisão judicial desequilibraria o orçamento da Fazenda Pública executada. Essa questão foi tratada no artigo 106. 4 da Lei do Contencioso Administrativo, que previu, neste caso, o seguinte: se a Administração condenada ao pagamento de quantia estimar que o cumprimento da sentença haverá de produzir transtorno a sua Fazenda, levará ao conhecimento do juiz ou Tribunal, acompanhado de uma proposta razoável para que, ouvidas as partes, resolva-se sobre o modo de executar a sentença de forma que seja menos gravosa para aquela.

O novo regulamento estabelece a fixação de juros de mora no processo de execução de sentença além de modificação nos chamados privilégios fiscais da Fazenda Pública.

Nessa toada, o artigo 106.3 da nova Lei do Contencioso-Administrativo previu o seguinte:

[...] transcurridos três meses desde que la sentencia firma [condenatória al pago de cantidad líquida] sea comunicada al órgano que deba cumplirla, se podrá instar la ejecución forzosa, supuesto en el que “[...] la autoridad judicial judicial, oído el órgano encargado de hacerla efectiva, podrá incrementar en dos puntos el interes legal a devengar, siempre que apreciase falta de diligencia en el cumplimiento”. sic

Percebe-se que, na Espanha, se persegue um objetivo de tornar efetivas as sentenças condenatórias em face da Fazenda Pública. Nessa busca, percebe-se que foram mitigadas prerrogativas a fim de que se pudesse trazer a efetividade das decisões dos tribunais.

É relevante tal reflexão, uma vez que aponta caminhos em busca de trazer uma luz a fim de que se possa, no Brasil, experimentar uma efetividade nas execuções em face da Fazenda Pública.

#### ***4.10.3 A execução contra a Fazenda Pública na Itália***

Na Itália, não era admitida a unidade de jurisdição sob a alegação de que o juiz comum não teria experiência para decidir questões que envolvessem o interesse público.

No entanto, em 1865, com a edição inspirada na ideia de jurisdição única, foi abolido o chamado contencioso-administrativo, sendo mantido somente uma jurisdição especial administrativa.<sup>132</sup>

Na Itália, quando se trata de execução, não são admitidos meios indiretos de coerção por completa ausência de previsão legal e em razão da vinculação dos bens públicos à sua atividade fim.

---

<sup>132</sup> SILVA, Ricardo Perlingiero Mendes da. **Execução Contra a Fazenda Pública**. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 58.

Ricardo Perlingeiro Mendes assim leciona:

O problema da execução forçada é clássico no Direito italiano. Originariamente, a execução forçada era considerada como inadmissível. Posteriormente, a opinião da jurisprudência e doutrina foi alterada. Hoje é predominante o entendimento de que cabe execução por quantia certa contra a Fazenda. Os bens públicos podem ser objeto de penhora, caso estejam no 'patrimônio disponível' da Administração Pública.<sup>133</sup>

Na Itália, há previsão no Código Penal, artigo 238, que o descumprimento das decisões pode gerar sanções disciplinares e penais para o funcionário responsável pelo descumprimento, contudo, esse dispositivo é pouco aplicado, uma vez que é raro o descumprimento de decisão da jurisdição administrativa.

A Constituição Italiana previu, em seu artigo 100, a existência do Conselho de Estado, que é um órgão de assessoramento jurídico-administrativo, e de tutela da justiça na Administração, que seria competente para apreciar recurso invocando o descumprimento da decisão da jurisdição administrativa.

O recurso perante o Conselho do Estado, na realidade, consiste numa ação de execução com grande eficácia prática, pois, não devendo o Poder Judiciário intervir no Poder Executivo, na acepção do Direito italiano, o Conselho de Estado, com a tarefa de julgar e poderes para adentrar o mérito do assunto, faz valer a decisão judicial. Inicialmente concebido para execução das sentenças proferidas pelo juiz ordinário, foi estendido ao juiz administrativo por legislação posterior.<sup>134</sup>

Há, na Itália, a preocupação com a efetividade do processo quando litiga a Fazenda Pública, contemplando mecanismos que ainda não sejam totalmente eficientes assegura a estabilidade das relações, principalmente, pela credibilidade do Estado, por ser cumpridor das sentenças proferidas em seu desfavor.

---

<sup>133</sup> SILVA, Ricardo Perlingeiro Mendes da. **Execução contra a Fazenda Pública**. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 59.

<sup>134</sup> SILVA, Ricardo Perlingeiro Mendes da. **Execução Contra a Fazenda Pública**. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 61.

#### 4.10.4 Execução contra a Fazenda Pública na França

A França, de forma conservadora, não admite a execução forçada contra a Fazenda Pública, cabendo o cumprimento voluntário pela Administração. Esse procedimento tem gerado a chamada “crise do contencioso administrativo”.<sup>135</sup>

No direito francês, não prevalece a ideia de separação absoluta de poderes. Não tem competência o Poder Judiciário de decidir as questões nas quais o Estado é parte. Quando o Estado figura no polo de uma demanda, o próprio Poder Executivo ficará encarregado de submeter aos chamados órgãos de contencioso administrativo, sendo esses órgãos responsáveis pelo julgamento com força de definitividade.

Na França, não têm ocorrido tantos avanços no legislativo com finalidade de execução da Fazenda Pública. Somente nas obrigações de fazer, foram estabelecidas as *astreintes*,<sup>136</sup> ou seja, multa diária pelo descumprimento de decisão judicial, contudo essas dependerão de posterior execução, o que não traduz uma efetiva coercitividade.

Tratando do procedimento no direito francês, F. Moderne fez a seguinte consideração:

El Estado es el principal afectado desde el momento en que se frecuentemente condenado al pago de sumas de dinero. Dispone de cuatro vías de libramiento de las sumas que es deudor (será un inconveniente, el caso de insuficiencia de créditos, encontrar los recursos necesarios según los principios de derecho presupuestuario, en un plazo de seis meses desde la notificación de la decisión de condena). En caso de negativa al libramiento, que impide al contable proceder al pago, el acreedor se dirigirá directamente a este último, cuya negativa injustificada podría desembocar en una condena acompañada de una astreinte.<sup>137</sup>

---

<sup>135</sup> SILVA, Ricardo Perlingiero Mendes da. **Execução Contra a Fazenda Pública**. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 52.

<sup>136</sup> BERNARDES FILHO, Hugo Gueiros. Instituto da jurisdição administrativa francesa e o sistema jurídico brasileiro. **Revista de Direito Público**, São Paulo, n. 92, p.52, out.-dez., 1989.

<sup>137</sup> MODERNE, F. **La justicia Administrativa en Francia** – Processo, técnicas de control, ejecución de sentencias. *In*: La Justicia Administrativa en el Derecho Comparado. Madri. Civitas. 1993, p. 300.

Nesse contexto, estabelece-se a execução na França, contudo, ressalte-se que não existe a prática do descumprimento da determinação e não há um instrumento protelatório tal qual o precatório tupiniquim.

#### ***4.10.5 A execução contra a Fazenda Pública no direito inglês***

No direito inglês, foi estabelecido que *the king can do no wrong*, o que significa não era admitido qualquer erro por parte da realeza. Não era admitido que o soberano pudesse agir de forma contrária ao direito pelo qual era recusado qualquer cumprimento de uma decisão judicial.

Relatou Ricardo Perlingeiro Mendes da Silva:

Não é possível, juridicamente, que o soberano tenha agido contrariamente ao Direito e que possa arguir, por conseguinte, a responsabilidade contratual ou delitual da Coroa. O máximo que pode acontecer é um *civil servant* ter agido *ultra vires*, ter aplicado de forma errônea as instruções recebidas, ter agido, ele pessoalmente contra o direito. É permitido, então sustentar a responsabilidade pessoal desse agente, mas a Coroa não será obrigada a reparar ao prejuízo daí decorrente.<sup>138</sup>

Até então não se vislumbrava qualquer possibilidade de que uma ação de um agente pudesse obrigar a reparação por parte da Administração Pública.

Ao final do Século XVIII, foi criada a *petition of right*, que consistia num instrumento pela qual o lesado rogava à Coroa a fim de que pudesse permitir que a mesma fosse demandada aos moldes de um particular. Uma vez que houvesse o deferimento do pedido, a Coroa seria processada nas Cortes Reais, como se o réu não fosse a Coroa.

---

<sup>138</sup> SILVA, Ricardo Perlingeiro Mendes da. **Execução contra a Fazenda Pública**. São Paulo: Malheiros, 1999, p.54.

Contudo, a partir de 1947, foi abrogado o princípio do *king can do no wrong*, ou seja, os indivíduos podem processar diretamente a Coroa, que, como ocorre no direito brasileiro, foi dotada de prerrogativas tais como:

No processo de execução contra a Coroa não se pode obter qualquer ordem judiciária, nenhuma ordem de execução forçada, não pode se impetrar a Coroa nenhum mandado de segurança, nenhuma penhora. O autor que ganha uma ação contra a Coroa, obtém apenas, no cartório do tribunal, uma certidão indicando qual soma lhe é devida; ele envia essa certidão indicando qual soma lhe é devida; Le envia essa certidão ao Ministério, que deve executar a sentença, confiando numa execução voluntária; não há nenhum meio jurídico que permita obrigar a Administração a executar a sentença.<sup>139</sup>

Dessa forma, conclui-se que, quanto à impossibilidade de execução forçada contra a Coroa, o direito inglês assemelha-se ao direito brasileiro, pois é necessário aguardar o pagamento através de procedimento administrativo que será realizado de forma voluntária, porém nada se compara com o precatório e as moratórias impostas pela Fazenda Pública no Brasil.

#### ***4.10.6 A execução contra a Fazenda Pública no direito nos Estados Unidos da América***

De forma bem diferente do que ocorre nos demais países no sistema norte-americano, o descumprimento de uma decisão judicial ensejará na aplicação do chamado *contempt of court* e, ainda, da responsabilização dos agentes públicos responsáveis por eventuais danos morais.

No direito norte-americano, a expropriação do patrimônio é permitida se houver expressa na Constituição Estadual de cada ente federado. Entretanto, não é comum que se encontre tal dispositivo em todos os Estados.

---

<sup>139</sup> SILVA, Ricardo Perlingiero Mendes da. **Execução contra a Fazenda Pública**. São Paulo: Malheiros, 1999, p.55.

Dessa forma, o procedimento de execução no direito norte-americano é de competência estadual, assim se manifestou Guido Fernando Silva Soares:

O processo de execução nos EUA é matéria do direito estadual, devendo esclarecer existir um *Uniform Enforcement of Foreign Judgement Act*, adotado em muitos Estados (ênfatizando-se que *Foreing* se refere a uma sentença prolatada em um Estado-membro da Federação norte-americano, “estrangeiro” ao Estado onde a execução é solicitada), que representa um regime especial das regras constitucionais da *Full Faith and Credit Clause* da Constituição Federal (obrigação de dar o mesmo valor a atos, sentenças de um *Sister State* que aos próprios). Assim há duas grandes possibilidades, que variam de acordo com a internalização que os Estados-membros fizeram do *Uniform Act*, permanecendo, contudo, sempre a necessidade de registro local da sentença exequenda: a) tratando da sentença estranha ao foro como se fosse local, sem possibilidade de levantar novas objeções; b) possibilidade de o devedor condenado levantar novas objeções e contra-objeções, com efeitos limitados.<sup>140</sup>

No direito norte-americano, após uma decisão judicial, caso não haja o cumprimento da mesma, não é admitido que se dê início a um novo processo, a fim de que seja feita a execução da decisão. Mas, sim, a imposição de sanções no próprio processo, variando desde sanções pecuniárias até mesmo sanções criminais, chegando à imposição de penas privativas de liberdade a chamada *contempt of court*.

A execução da Fazenda norte-americana tem procedimento previsto na Seção 944 do Título 28 das Regras Federais de Processo Civil (*Federal Rules of Civil Procedure*).

As regras federais estabelecem que as dívidas reconhecidas pela *Court of Claims*, que funciona como uma espécie de Tribunal Federal com jurisdição originária para decidir questões constitucionais nos processos em que os Estado esteja envolvido, devem ser apresentadas perante o Secretário do Tesouro, que funciona como o Ministério da Fazenda do Estado americano. Esse Secretário certifica a condenação ao Congresso, que faz a apropriação de valores junto ao chamado Serviço Geral de Contabilidade ( *General Accouting Office*), a quem compete emitir um certificado

---

<sup>140</sup> SOARES, Guido Fernando Silva. **Common Law** – Introdução ao Direito dos EUA. 2. ed. São Paulo: RT, 2000. p.120.

novamente ao Departamento do Tesouro, que se encarregará de fazer o pagamento mediante cheque do próprio Departamento.

Caso o valor da dívida seja inferior a cem mil dólares, o procedimento é mais simplificado, como lecionou em sua obra Ana Paula Pellegrina Lockman:

Em se tratando de condenação inferior ou igual a US\$ 100.000,00 contra os Estados Unidos, o procedimento para assegurar o pagamento é similar quando a condenação excede o referido valor, exceto que os documentos necessários são preenchidos no Serviço Geral de Contabilidade e nenhuma ação é tomada pelo Departamento do Tesouro (Ministério da Fazenda) previamente ao recebimento de uma certificação de composição emitida pelo mesmo *General Accounting Office*.<sup>141</sup>

No Estado Americano, é possível que seja feita a compensação pelo credor do Estado norte-americano com dívidas existentes perante os Estados Unidos, desde que os créditos e débitos a serem compensados sejam ambos provenientes de decisões judiciais, já que “a lei se aplica quando o valor devido pelos Estados Unidos é apurado administrativamente. A questão precisa ser decidida por via judicial para que a compensação seja aplicada.”<sup>142</sup>

Constata-se após análise da forma de execução, em face da Fazenda Pública em diferentes países, que ainda que não seja admitida a execução forçada que se assemelha ao ordenamento jurídico brasileiro, o comprometimento do Estado a fim de que seja cumprida a decisão judicial revela que o pagamento da dívida por parte do Estado é questão que orbita no campo da honradez da nação, sendo, desta forma, o cumprimento das decisões questão de reconhecimento do dever do Estado, que deve ser sempre solvente, sendo o primeiro cumpridor das obrigações impostas.

---

<sup>141</sup> LOCKAMNN, Ana Paula Pellegrino. **A Execução Contra a Fazenda Pública** – Precatórios trabalhistas. São Paulo: Ltr, 2004, p.68.

<sup>142</sup> LOCKAMNN, Ana Paula Pellegrino. **A Execução Contra a Fazenda Pública** – Precatórios trabalhistas. São Paulo: Ltr, 2004, p.89.

## **CAPÍTULO V - OS POSSÍVEIS CAMINHOS PARA CONCRETIZAÇÃO DA EFETIVIDADE EM FACE DA FAZENDA PÚBLICA**

### **5.1 Os meios alternativos na busca da concretização da efetividade**

Não será possível alcançar a efetividade em face da Fazenda Pública se for negligenciado um posicionamento firme, primeiramente da academia, que necessita avançar no sentido de que possa distinguir os caminhos da efetividade no processo brasileiro.

Se por um lado temos um avanço na efetividade do processo nas relações privadas, de outro, temos um verdadeiro retrocesso quando se trata de efetividade em face da Fazenda Pública.

Melhor seria se o processo civil fosse dividido em Processo Civil em Face da Fazenda Pública, que contemplaria todos os procedimentos nas relações em que figurasse a Fazenda Pública e outro Processo Civil nas relações privadas.

Essa simples divisão traria clareza a quanto anda um e outro processos. Esta distinção é necessária em razão de que muito se tem feito em relação à efetividade do processo, contudo, quando se trata da Fazenda Pública, a efetividade é inalcançável. É necessária a divisão a fim de que se perceba o quanto está enraizado o câncer do anacronismo no processo em face da Fazenda Pública.

Talvez a divisão faria com que se perdesse o pudor de falar no tema, pois são poucos os juristas que buscam encarar o problema, sendo muito tendente, de uma forma simplista, validar as prerrogativas da Fazenda Pública sob alegação de que as prerrogativas são necessárias para se tutelar o interesse público.

Importante também será o posicionamento jurídico e menos político do Supremo Tribunal Federal, pois é necessária uma análise imediata da inconstitucionalidade da Emenda Constitucional nº 62/2009, a fim de que seja dada uma pronta resposta pelo Poder Judiciário ao desrespeito imposto às decisões judiciais pela novel Emenda.

É necessária uma releitura sobre a execução, por exemplo, de contratos administrativos firmados com entes públicos que, uma vez não adimplida, a obrigação

por parte da Fazenda Pública poderia ser executada sem a necessária inclusão de precatório, uma vez que a dotação orçamentária para fazer face ao contrato já foi previamente orçada constando da Lei Orçamentária Anual do ente contratante, não tendo o que se falar em necessidade de previsão orçamentária para o precatório.

Da mesma forma, é vital uma releitura nos princípios constitucionais e, assim, interpretar a norma do artigo 100 da Constituição à luz dos princípios constitucionais, o que levaria à conclusão de que se estaria em face de um dispositivo constitucional inconstitucional afastando, definitivamente, o odioso instituto “tupiniquim” do precatório que é o maior responsável pela inefetividade do processo em face da Fazenda Pública.

Passa-se assim a análise de algumas propostas na busca da efetividade.

## **5.2 A necessidade de declaração de inconstitucionalidade da Emenda nº 62/2009**

A Emenda Constitucional nº 62/2009 trouxe uma alteração significativa na redação do artigo 100 da Constituição Federal de 1988 tendo acrescentado o artigo 97 nos Atos das Disposições Transitórias, que inaugurou um regime especial que fere princípios constitucionais.

A Emenda também deixou de observar as regras procedimentais que feririam ao devido processo legislativo, incorrendo em inconstitucionalidade formal.

Nessa senda, também se desobedeceu a limites materiais como o Estado Democrático de Direito, atentando contra a dignidade da pessoa humana, a separação dos poderes, o princípio da igualdade, segurança jurídica, da proteção à propriedade, do ato jurídico perfeito e a coisa julgada, e da razoável duração do processo.

Primeiramente, estabeleceu-se a inconstitucionalidade pela inobservância do que dispôs o artigo 60, § 2º da Constituição Federal que estabelece ser proposta de Emenda Constitucional discutida e votada, em cada casa legislativa, em dois turnos, estabelecendo, dessa forma, o devido processo legislativo.

Essa exigência tem como condão a possibilidade de amadurecimento do Poder Legislativo quanto à proposta em debate, tendo, nessa forma, a possibilidade de um amplo debate entre os parlamentares sobre o conteúdo da emenda que irá modificar o texto constitucional.

Sendo assim, é necessária a observância de um interstício mínimo para que a matéria seja discutida e votada em primeiro e segundo turnos.

Nessa fatídica Emenda Constitucional, a Câmara dos Deputados encaminhou a PEC 351/2009 ao Senado Federal em 27/11/2009, através do Ofício nº 2.378/09/SGM-P, expedido pelo Presidente da Câmara.

A PEC foi discutida pela Comissão de Constituição e Justiça do Senado Federal e recebeu parecer favorável à aprovação no dia 02/12, dia em que entrou em votação na ordem do dia.

Esta PEC 351/09 foi transformada em PEC-12-A/06 no Senado Federal, recebeu discussão e votação em 1º Turno e, ato contínuo, no mesmo dia 02/12 foi novamente discutida e aprovada em 2º Turno.

Esse mecanismo eivou a votação de vício uma vez que violou os artigos 5º, LIV, e 60, § 2º, da Constituição Federal, haja vista que o Regimento Interno do Senado Federal, artigo 362, exige interstício mínimo de 5 (cinco) dias úteis entre a discussão e a votação em 1º turno e em 2º turno.

A inobservância desse preceito regimental impõe a declaração de inconstitucionalidade à EC nº 62/2009 por contrariar o devido processo legislativo, e afronta, ainda, ao art. 60, § 2º, CF.

O processo legislativo completo compreende a iniciativa, deliberação, votação, sanção ou veto, promulgação, sendo claro que o desatendimento ao que previu o Regimento Interno do Senado Federal implica manifesta ofensa aos artigos 5º, LIV e 60, § 2º da Constituição Federal de 1988.

O controle formal de constitucionalidade é, por excelência, um controle estritamente jurídico, como decorre das palavras de Paulo Bonavides:<sup>143</sup>

(...)

Confere ao órgão que o exerce a competência de examinar se as leis foram elaboradas de conformidade com a Constituição, se houver correta observância das formas estatuídas; se a regra normativa não fere uma competência deferida constitucionalmente a um dos poderes.

Nesse ponto, não se trata de questão *interna corporis* da casa legislativa, mas, sim, inobservância do devido processo legislativo que macula todo o procedimento que motivou a entrada em vigor do texto normativo, transcendendo a questão de mero aspecto interno da casa legislativa para estatura constitucional.

É patente, dessa forma, a inconstitucionalidade formal da Emenda Constitucional nº 62/2009, em relação aos artigos 5º, LIV, e 60, § 2º da Constituição Federal, o que, por si, maculou a EC com vício de inconstitucionalidade.

Não bastasse a inconstitucionalidade formal, a Emenda Constitucional também trouxe diversas inconstitucionalidades materiais, que ensejam um flagrante desrespeito à Constituição Federal.

As limitações materiais expressamente estabelecidas no artigo 60, § 4º, da Constituição Federal, não exigem que o poder reformador imponha mudança no texto constitucional de forma revolucionária.

O texto estabeleceu a expressão “tendente a abolir”, que não deve ser entendida como ablação definitiva, alteração descaracterizadora e irreversível de elemento básico do sistema, mas simples suspensão dos efeitos, que deve, ininterruptamente, irradiar.

Dessa forma, basta, então, a restrição, ainda que temporária, de um direito fundamental, ou garantia essencial para ocorrer a efetiva ofensa à clausula imutável, visto que o entendimento diverso levaria à inutilidade prática da fórmula imaginada para manter a higidez desejada pelo constituinte originário.

---

<sup>143</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. Refundida. São Paulo: Malheiros Editores, 1993, p.229.

Sendo assim, é mister que se apontem as flagrantes inconstitucionalidades da novel Emenda Constitucional.

***5.2.1 – Art. 100, § 2º - precatórios de natureza alimentar – maiores de 60 (sessenta) anos de idade ou portadores de doença grave – data da expedição – limitação ao triplo do pagamento de obrigações de pequeno valor***

Não obstante a proteção jurídica conferida pelo legislador em relação aos precatórios de natureza alimentar, conferindo-lhe preferência em relação aos demais, a Emenda Constitucional nº 62/2009 inovou o sistema prevendo mais duas hipóteses para adoção do regime de preferência, a saber:

§ 2º Os débitos de natureza alimentícia cujos titulares tenham 60 (sessenta) anos de idade ou mais na data de expedição do precatório, ou sejam portadores de doença grave, definidos na forma da lei, serão pagos com preferências sobre todos os demais débitos, até o valor equivalente ao triplo fixado em lei para os fins do disposto no § 3º deste artigo, admitindo o fracionamento para essa finalidade, sendo que o restante será pago na ordem cronológica de apresentação de precatório.

§ 3º O disposto no caput deste artigo, relativamente à expedição de precatórios, não se aplica aos pagamentos de obrigações definidas em leis como de pequeno valor que as Fazendas referidas devem fazer em virtude de sentença judicial transitada em julgado.

Apesar de ser importante e também de ser harmonioso com o que já dispunha do Estatuto do Idoso, a inclusão de pessoas maiores de 60 (sessenta) anos no rol de créditos preferenciais e também os portadores de doença grave, a regra, mesmo assim, incorreu em manifesta inconstitucionalidade, violando o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF) e da igualdade, (art. 5º, caput, CF)

Esse dispositivo não é razoável e nem justo com o cidadão que litiga contra o Poder Público. Depois de longos anos de embate judicial, depara-se com restrição de tamanha plenitude.

Primeiramente, decorre a inconstitucionalidade da vinculação expressa ao limite de idade ‘na data de expedição do precatório’, o que revela tamanha discriminação entre aquelas pessoas que, ao tempo da expedição, não tinham 60 (sessenta) anos de idade e hoje aguardam na fila por muitos anos, já tendo atingido tal idade ou mais, e outras que contemplam o requisito a partir do novo texto constitucional.

Ao estabelecer esse regime excepcional para um certo grupo desses precatórios, mais gravoso aos beneficiários, sem distinção justificável, sendo claro que, ao vincular o limite de idade à data de expedição do precatório, o legislador constitucional criou discriminação odiosa, pois todos aqueles que já expediram seus precatórios e hoje estão com 60 (sessenta) anos de idade ou mais não serão agraciados com o reconhecimento da natureza alimentar e, portanto, com o crédito preferencial; enquanto outras pessoas com 60 (sessenta) anos de idade que venham expedir o precatório daqui para frente vão acabar recebendo os valores antes daqueles.

É necessário diante dessa comprovação que seja declarada a inconstitucionalidade, com redução do texto, do § 2º do artigo 100, dele excluindo o trecho ‘na data da expedição do precatório’, por absoluta violação ao princípio da igualdade, da razoabilidade e da proporcionalidade em face do *caput* do artigo 5º, da Constituição Federal de 1988.

Em seguida, a ofensa recai sobre o dispositivo que estabelece o limite para pagamento dos créditos de natureza alimentar de valores correspondentes ao triplo do disposto em lei como obrigação de pequeno valor, criando nova restrição inconstitucional, que é ofensiva ao princípio da dignidade da pessoa humana, posto que o texto somente possibilita o recebimento de crédito de natureza alimentar pelo critério de preferência no limite estabelecido em lei para obrigações de pequeno valor, desnaturando, assim, a natureza alimentar que admite o pagamento integral.

O dispositivo vulnera, ainda, o princípio da separação dos poderes, uma vez que retira a eficácia e a autoridade da decisão judicial condenatória transitado em julgado e de natureza eminentemente alimentar, permitindo-se, pois, que apenas parte da condenação seja adimplida e outra parte seja fracionada e paga na ordem de apresentação, recaindo, assim, em quebra do princípio da igualdade.

O trecho final do dispositivo ‘... até o valor equivalente ao triplo do fixado em lei para os fins do § 3º deste artigo, admitindo o fracionamento para essa finalidade, sendo que o restante será pago na ordem cronológica de apresentação do precatório’, encerra verdadeiro tratamento diferenciado, discriminatório e desproporcional entre precatórios de idêntica natureza, daí, também a ofensa ao artigo 5º, *caput*.

Sendo assim, a norma do § 2º do artigo 100 cria mecanismos diversos para créditos de mesma natureza alimentar, incorrendo em absoluta inconstitucionalidade por conferir tratamento diferenciado desarrazoado.

***5.2.2 Artigo 100, § 9º - meio coercitivo, ilegítimo e abusivo para cobrança de tributos – violação aos direitos de liberdade, propriedade e igualdade e aos princípios da proporcionalidade e segurança jurídica***

O dispositivo da Emenda Constitucional incluiu o parágrafo 9º ao artigo 100 da CF, segundo o qual:

§ 9º No momento da expedição dos precatórios, independentemente de regulamentação, deles deverá ser abatido, a título de compensação, valor correspondente ao débitos líquidos e certos, inscritos ou não em dívida ativa e constituídos contra o credor original pela Fazenda Pública devedora, incluídas parcelas vincendas de parcelamentos, ressalvados aqueles cuja execução suspensa em virtude de contestação administrativa ou judicial.

Tal dispositivo é flagrantemente inconstitucional, porquanto torna obrigatória a compensação de precatórios com tributos ao utilizar a expressão ‘deverá’, situação que macula a autonomia de vontade do cidadão-contribuinte, retirando-lhe a plena liberdade de seus bens e patrimônio, conforme previsto no artigo 5º, *caput*, da Constituição Federal, garantia fundamental que foi absolutamente vilipendiada.

Da forma como redigido, o § 9º busca o pagamento dos precatórios após prévia compensação com débitos inscritos ou não em dívida ativa, retirando do credor a

disponibilidade jurídica do direito reconhecido em sentença judicial transitada em julgado.

Logo, antes de receber ou levantar eventual valor, serão descontados possíveis débitos existentes. Nesse caso, o credor, depois de longo tempo de espera e, existindo tais débitos, e sendo eles superiores ao valor levantado, nada receberá.

Esse dispositivo possibilita à Fazenda Pública, sem qualquer concurso de credores, apropriar-se, mediante expropriação do crédito, do valor correspondente ao débito existente na dívida ativa, o que representa nova modalidade de confisco.

Não há possibilidade, portanto, pela redação do § 9º, do artigo 100, de haver compensação obrigatória, visto que impor tal condição ao cidadão-contribuinte significa tirar-lhe a vontade, retirando plena liberdade de disposição de seus bens e patrimônio, em manifesta ofensa ao direito de liberdade e propriedade, conforme dispõe o *caput* do artigo 5º e inciso XXII, da CF) daí a inconstitucionalidade do dispositivo.

Ao admitir tal dispositivo, também houve manifesta ofensa ao princípio da razoável duração do processo, pois, na *práxis*, o credor da Fazenda Pública que possuir débitos tributários atingidos pela prescrição, mas que continuam inscritos na dívida ativa como meio de coerção indireta, seja para oportuna execução, seja, agora, para compensação, impulsionará o credor-contribuinte a se valer de meios processuais diversos para comprovar a impossibilidade de ocorrência da compensação por conta, como dito, da prescrição, o que só procrastinará a expedição do precatório.

A atividade até então do Presidente do Tribunal era simplesmente função administrativa, contudo, pela autoaplicabilidade do dispositivo, que lida com impugnações e outros meios processuais para decidir se eventual débito imputado pela Fazenda Pública é passível ou não de compensação, pois não se pode ignorar que retirar os meios de impugnação do cidadão-contribuinte reveste-se do mais absurdo e violento ataque ao postulado da ampla defesa, do contraditório e do devido processo legal estabelecido no artigo. 5º, LIV e LV da Constituição Federal de 1988.

O § 10 do artigo 100 estabeleceu como prazo para apresentação o prazo de 30 (trinta) dias, contudo, a *práxis* já demonstra que esse prazo não será observado, uma vez

que, atualmente, os Presidentes de Tribunais têm levado de 6 (seis) a 8 (oito) meses para proferir despachos nos pedidos e sequestros, a título de exemplo.

Sendo assim, resta violado o princípio da razoável duração do processo, já que o mecanismo da compensação obrigatória, fruto da criatividade de um constituinte derivado preocupado apenas com o Poder Público e a má gestão dos governantes, impõe restrições de toda ordem e sob todos os ângulos inadmissíveis dentro de um Estado Democrático de Direito, já que o Poder Público não está sendo exercido para o povo e pelo povo.

***5.2.3 Artigo 100, § 12 - artigo 97, § 1º, II – artigo 97, § 16 - atualização de valores requisitórios – índice oficial de remuneração da caderneta de poupança – ofensa à coisa julgada e à separação de poderes***

Ficou assim estabelecido o dispositivo:

Artigo 100...

§ 12 A partir da promulgação desta Emenda Constitucional, a atualização de valores de requisitórios, após sua expedição, até o efetivo pagamento, independentemente de sua natureza, será feita pelo índice oficial de remuneração básica da caderneta de poupança, e, para fins de compensação de mora, incidirão juros simples no mesmo percentual de juros incidentes sobre a caderneta de poupança, ficando excluída a incidência de juros compensatórios.

O texto determina a indexação do índice oficial de remuneração da caderneta de poupança como fator de atualização dos requisitórios após a expedição do precatório, retirando do Poder Judiciário e das decisões judiciais por ele proferidas, contudo, qualquer possibilidade de fixação de critério diferente.

O atual índice de correção incidente sobre a caderneta de poupança – a Taxa Referencial (TR), é inadequado e cria distorções a favor do Poder Público, gerando incentivo às demandas protelatórias, agredindo os invioláveis princípios da moralidade e eficiência inseridos no artigo 37 da Constituição Federal, tendo sido já rechaçado pelo Supremo Tribunal Federal.

O novo índice é muito inferior ao Índice de Preços ao Consumidor, que até hoje vem sendo utilizado para a correção dos precatórios federais. Dessa forma, além de inadequada, conforme se verá adiante – acarretará brutal redução do valor do crédito, que restará corroído pela inflação.

Ao adotar o novo índice pautando-se pelos últimos anos, a diferença entre este que se pretende fazer valer e aquele que influencia os créditos da Fazenda Pública seria de mais de 4% (quatro por cento) a.a., podendo chegar a 30% (trinta por cento) ao final decenal de pagamento em relação aos precatórios parcelados sob o regime do artigo 78 do ADCT.

Se consideramos que, no caso dos precatórios estaduais e municipais sujeitos ao regime instituído pelo artigo 97 do ADCT, essa diferença poderá simplesmente corroer todo o crédito, já que o pagamento poderá ocorrer daqui a trinta anos ou mais.

É mister também que se considere que esse dispositivo adotou esse índice para fins de correção de suas dívidas, mas não adotou o mesmo índice para as dívidas dos devedores da Fazenda Pública, que continuaram vendo os seus débitos crescerem pela correção da Taxa do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia – SELIC, conforme Lei nº 9430/1996.

O Supremo Tribunal Federal já reconheceu a insuficiência e inadequação da Taxa de Referência (TR) como índice de correção monetária. “A taxa referencial (TR) não é índice de correção monetária ... não constitui índice que reflita a variação do poder aquisitivo da moeda”.<sup>144</sup>

O entendimento anterior do Supremo Tribunal Federal corrobora a premissa fundamental de que correção monetária não se trata de um *plus*, mas uma decorrência natural do direito de propriedade garantido no artigo 5º, XXII, da Constituição Federal, que apenas visa a recompor a corrosão do poder aquisitivo da moeda pela inflação. Por esse motivo, a adoção de critério que não recomponha essa corrosão culminará em inevitável violação do direito de propriedade conforme estabeleceu o artigo 5º, XXII da CF/1988, que foi erigido como cláusula pétrea desde as primeiras Constituições Brasileiras.

---

<sup>144</sup> ADIN 493-0/DF Relator Min. Moreira Alves, Pleno, DJ 04.09.1992.

O dispositivo viola o princípio da igualdade pela adoção de critérios distintos entre o Estado e o contribuinte sem motivo justo ou razoável.

Também restou violado o princípio da moralidade e o da eficiência previstos no artigos 37 da Constituição Federal, uma vez que, aplicou índice de correção monetária desigual em favor do Estado, vez que a nova redação do § 12 do artigo 100 da CF fará com que a Fazenda Pública se beneficie economicamente da discussão judicial de seu débito.

Tendo a Fazenda Pública suas dívidas atualizadas por índice inferior ao que atualiza seus créditos, o incentivo econômico do Estado será o de prolongar indefinidamente as discussões judiciais em que figura no polo passivo, pois estará ganhando mais para os seus cofres.

É cediço ainda que, independentemente do critério fixado pela sentença judicial transitada em julgado, a atualização do valor da condenação após sua expedição e até o efetivo pagamento será feito pelo índice oficial de remuneração da caderneta de poupança, esvaziando, assim, o conteúdo decisório, a autonomia e a autoridade das decisões judiciais, em manifesta quebra do princípio da separação dos poderes conforme o artigo 2º da Constituição Federal.

Também vulnerou o princípio da coisa julgada e do ato jurídico perfeito, previsto no artigo 5º, XXXVI, da Constituição Federal, uma vez que, independente do julgamento proferido pelo Poder Judiciário, há de ser aplicado o contido no § 12 do artigo 100 da Constituição Federal.

Esses flagrantes apontados constituem em idênticos ao que prevê o inciso II do §1º do artigo 97 e o § 16 do artigo 97 da ADCT, razão pela qual fica comprovada verdadeira inconstitucionalidade.

#### ***5.2.4 – Artigo 97 do ato das disposições constitucionais transitórias – ADCT – regime especial de pagamento de precatórios – moratória – calote oficial***

O Artigo 2º da Emenda Constitucional nº 62/2009, acrescentou o artigo 97 ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT, instituindo, assim, o chamado regime especial que admite a possibilidade de parcelamento dos precatórios em até 15 (quinze) anos.

Mais uma vez o constituinte derivado alterou o regime de pagamento dos precatórios, não bastassem as desastrosas modificações com o artigo 33 do ADCT bem como a moratória decretada pela Emenda Constitucional nº 30/2000 que alterou o artigo 78 do ADCT, como abordado anteriormente, e encontra-se pendente de julgamento a referida Ação Direta de Inconstitucionalidade no Supremo Tribunal Federal.

O novo dispositivo, o artigo 97, §§ 1º e 2º, ofende o artigo 60, § 4º, inciso III e IV, da Constituição Federal, bem como os artigos 2º e 5º, incisos XXXV, LIV e LXXVIII.

Com efeito, na garantia do acesso ao Judiciário e na garantia de respeito do devido processo legal, garantias individuais, artigo 5º, XXXV, LIV, da Constituição Federal de 1988, está ínsito que a decisão final e a conclusão da demanda deverão dar-se em tempo razoável.

Para J.J. Gomes Canotilho<sup>145</sup>, “A proteção jurídica através dos tribunais implica a garantia de uma proteção eficaz e temporalmente adequada”, sendo indubitoso que estender a execução por prazo de 15 (quinze) anos, com todo respeito, afasta decisão final e prazo razoável, implicando, ainda, vulneração ao artigo 5º, LXXVIII da Constituição Federal.

O acesso ao Poder Judiciário, artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal, considerando a dimensão do devido processo legal, artigo 5º, LIV, da CF e a razoável duração do processo, artigo 5º, LXXVIII, da CF, nem de longe restam preservados

---

<sup>145</sup> CANOTILHO, J.J. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 454.

quando se confere ao Poder Público a possibilidade de pagamento de seus débitos em 15 (quinze) anos.

Ao prevalecer a Emenda Constitucional, tal qual foi editada, é dizer de outro modo que a independência do Poder Judiciário, sua autonomia, e a autoridade de suas decisões restam amesquinhas pela admissibilidade do Poder Público quitar seus débitos em até 15 (quinze) anos, advindo dessa premissa a vulneração aos artigos 2º e 60, § 4º, incisos III e IV, da Constituição Federal, visto que o dispositivo atenta contra a separação dos poderes e os direitos e garantias individuais.

As eventuais dificuldades de numerário para pagamento de indenizações não podem servir de justificativa para sacrificar o direito de quem já foi ofendido anteriormente por ato do Estado, principalmente quando conhecido por sentença judicial transitada em julgado.

A ofensa ao princípio da proporcionalidade é causa suficiente para que haja declaração de inconstitucionalidade. A esse respeito, ponderou Clémerson Merlin Cléve:

Pode ocorrer também a inconstitucionalidade material quando a norma, embora disciplinando matéria deixada pelo Constituinte à liberdade de conformação do legislador, tenha sido editada não para realizar os concretos fins constitucionais, mas sim para perseguir outros, diferentes ou mesmo de sinal contrário àqueles, ou, tendo sido editada para realizar finalidades apontadas na Constituição, ofende a normativa constitucional para fazê-lo de modo inapropriado, desnecessário, desproporcional ou, em síntese, de modo razoável. Trata-se, no primeiro caso, da hipótese do desvio excessivo do poder legislativo, e, no segundo, de manifesta ofensa ao princípio da razoabilidade dos atos do Poder Público, e aqui do Poder Legislativo.<sup>146</sup>

Há violação também dos artigos 2º e 60, incisos II e IV, da Carta Política, vez que a Fazenda Pública, pela redação do § 2º e incisos I e II, apenas pode dispor de percentual fixo para o pagamento de seus débitos, preservando, pois, o Estado e seu patrimônio em absoluto prejuízo de seus credores.

---

<sup>146</sup> CLEVÉ, Clemerson Merlin. **A Fiscalização Abstrata da Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. p. 45.

O texto reproduz a ideia de que o tesouro da rainha é intocável, deixando o credor como interlocutor irrelevante, blindando o patrimônio público, já que foram delimitados desarrazoadamente os percentuais para pagamento de débitos.

A velha máxima ‘Devo não nego. Pago, quando puder’, aplica-se aos entes públicos, que são reconhecidamente devedores e, ao mesmo tempo, premiados pelo constituinte derivado com o fato de não estarem obrigados, de agora em diante, a disporem de mais do que os limites estipulados, ainda que haja fila de credores e os mesmos já terem sido obrigados à longa espera.

A forma como restou estabelecido o dispositivo do § 2º que estipulou 1/12 da receita corrente líquida dos entes federativos, conforme percentuais descritos nos incisos I e II, implica contingenciamento indevido de valores, visto que os débitos da Fazenda Pública oriundos das sentenças judiciais transitadas em julgado são insuscetíveis de tal tratamento ou quaisquer outras medidas constritivas, sob pena de amesquinamento e gritante desrespeito às decisões emanadas do Poder Judiciário.

A vinculação de percentual de 1,5% ou 35% do estoque de precatórios corresponde à receita corrente líquida (alínea ‘a’ do inciso I do § 2º) bem como 2,0%, se estoque de precatórios corresponder a mais de 35% da receita corrente líquida (alínea ‘b’ do inciso I do § 2º), haja vista que o contingenciamento de recursos tem por escopo o descumprimento das decisões judiciais.

É indefensável que conste nas Constituições Modernas, a exemplo de constituições democráticas como a de 1988, que decisões judiciais transitadas em julgado e que imponham débitos à Fazenda Pública não sejam cumpridas, ou mesmo que os pagamentos de tais obrigações só ocorram quando o devedor pretender quitá-los, sob a alegação principal de que os entes federativos não dispõem de recursos.

A rigor, a prevalecer tal hipótese, é manifesto o prejuízo aos direitos fundamentais do cidadão e de particulares que litigam contra a Fazenda Pública, de ordinário, por longos anos a fio, permanecendo, portanto, desrespeitados pelo devedor.

As regras que envolvem o regime de pagamento de precatórios possuem natureza de regras constitucionais de natureza processual, e que os regulares

pagamentos devidos pelo Poder Público decorrem de sua sucumbência em litígio judicial.

O precatório, nesse contexto, não é nada mais do que o procedimento destinado a dar cumprimento efetivo às sentenças judiciais condenatórias, transitadas em julgado, revelando-se, portanto, garantia constitucional de cumprimento dessas decisões judiciárias.

O espírito das instituições é, acima de quaisquer dizeres literais do texto, prestigiar o Judiciário, assegurando às decisões a eficácia indispensável à sua autonomia e independência, em face dos outros Poderes de Estado.<sup>147</sup>

Em razão dessa premissa é que se constitui a jurisprudência no sentido de admitir o sequestro de verbas públicas para pagamento de precatórios quanto preterida a ordem de apresentação, cujo valor certo e líquido, definido em sentença judicial transitada em julgado, há de ser pago, sob pena de ferimento ao direito adquirido do jurisdicionado, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada.

A se adotar esse novo procedimento com contingenciamento dos depósitos em limitação de somente 50% dos valores depositados serem destinados aos pagamentos dos precatórios da fila dos precatórios alimentares para maiores de 60 (sessenta) anos ou portadores de doenças graves e, ainda, dos demais precatórios alimentares, restará aos credores dos precatórios que não são de natureza alimentar a ter que se submeterem aos leilões que imputaram deságio de seus créditos.

Uma vez que aqueles que aceitarem o deságio nos leilões receberão à frente dos demais credores, que não aceitaram o deságio razão pela qual serão preteridos na ordem da fila dos precatórios.

Ou seja, é o completo e absoluto desrespeito ao comando da coisa julgada e à separação dos poderes, pois a nova sistemática impõe a opção do indeclinável credor pelo leilão, fazendo com que haja leilão entre credores, sob pena de nada receberem e continuarem na fila para hipotético recebimento posterior.

---

<sup>147</sup> NUNES, Castro. **Da Fazenda Pública em juízo**. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1960, p. 239.

Logo, a partir do exercício dessa dramática opção, os credores participarão do leilão e terão, obrigatoriamente, de reduzir, ao máximo, o desconto do crédito que possuem, - pasmem, - decorrente de sentença condenatória transitado em julgado, em extraordinária violação à coisa julgada e à autonomia, autoridade e eficácia das decisões do Poder Judiciário.

Esse dispositivo significa, portanto, extraordinária e impensável violação à ordem cronológica de apresentação dos precatórios conforme artigo 100, da Constituição Federal, além de manifesta ofensa à coisa julgada, artigo 5º, XXXVI, da CF e à separação dos poderes, artigo 2º, da CF. A regra ora impugnada não iguala os credores, pelo contrário, ela os desigualava em número, gênero e grau.

É dizer, de outro modo, que aquele que não optar em abrir mão de parte de seu crédito e pretender recebê-lo integralmente acaba sendo castigado pela punição restritiva da limitação orçamentária, sobretudo pela redução dos recursos disponíveis para pagamento de seus direitos reconhecidos em sentença judicial, cuja autoridade, eficácia e autonomia são flagrantemente desrespeitados, colocando o Poder Judiciário em posição inferior ao Poder Executivo.

Nessa senda, tal mecanismo oficializa, de uma vez por todas, o ‘calote oficial’, e desrespeita a Separação dos Poderes, a Segurança Jurídica e a Coisa Julgada.

A Emenda Constitucional deixa evidente o maior atentado à cidadania já visto na história brasileira, pois a proposta só objetiva permitir que maus governantes deem mais calote em seus credores, ficando claro que o Poder Público brasileiro não pretende adimplir suas obrigações.

O imbricamento existente entre os §§ 6º, 8º e 9º impõe a necessária declaração de inconstitucionalidade por ofensa absoluta ao Estado Democrático de Direito, à Separação dos Poderes, à igualdade e segurança jurídica, bem como o ato jurídico perfeito e à coisa julgada.

### **5.3 A responsabilidade dos gestores públicos pela inobservância no planejamento orçamentário das despesas com os precatórios**

De forma cínica a Emenda Constitucional nº 62/2009 estabeleceu em seu § 7º que: O Presidente do Tribunal competente que, por ato comissivo ou omissivo, retardar ou tentar frustrar a liquidação regular de precatórios incorrerá em crime de responsabilidade e responderá, também, perante o Conselho Nacional de Justiça.

A leitura do texto passa a ideia de que era necessário estabelecer uma forma coercitiva a fim de que pudesse impor ao Presidente do Tribunal uma ação a fim de que pudesse ser respeitado o cumprimento dos requisitórios.

Não há notícias sobre a falta de pagamento ou retardo do pagamento por motivo de ato comissivo ou omissivo de Presidente de Tribunal, ao contrário, constantemente, os administradores não cumprem o que estabeleceu a determinação judicial, não fazendo a devida previsão orçamentária, no entanto, não há reprimenda sobre seus atos.

É necessário que as Cortes de Contas estabeleçam que o não cumprimento das decisões judiciais, enseje rejeição das contas dos gestores públicos, culminando em inelegibilidade dos mesmos.

A Emenda Constitucional estabeleceu, em seu inciso III do § 10º do artigo 2º, que os gestores responderam pela lei de responsabilidade fiscal e ato de improbidade pelo não cumprimento dos depósitos pré-estabelecidos. Sem dúvidas, pelo menos quanto a esse aspecto, houve avanço, pois até então não havia nenhum dispositivo que buscasse responsabilizar os maus gestores.

O importante é buscar a efetividade da aplicabilidade da lei de improbidade, pois a Lei nº 8429/92 estabeleceu critérios para caracterização de ato de improbidade, que, no caso de inadimplência por parte do Administrador, haverá dificuldade de caracterização tornando o dispositivo letra morta.

A Emenda Constitucional estabeleceu no artigo 2º, § 10º , III que o Chefe do Poder Executivo, no caso de não liberação tempestiva, responderá na forma da legislação de Responsabilidade Fiscal e da Improbidade Administrativa.

A Lei de Responsabilidade Fiscal, Lei nº 101/2000, e a Lei de Improbidade Administrativa nº 8429/92 não trouxeram previsão para imputação de responsabilidade pelo descumprimento de liberação não tempestiva, pois tanto uma quanto outra são anteriores à Emenda Constitucional, e caso houvesse essa previsão, o descumprimento de previsão orçamentária para pagamento de precatórios já lhes daria ensejo a ato de improbidade e crime de responsabilidade, ou seja, a lei não tem previsão para apenar o Chefe do Executivo por tal inflação, o que demonstra que o dispositivo não terá aplicabilidade.

Dessa forma, é crucial que se estabeleça alteração na Lei de Responsabilidade Fiscal e na Lei de Improbidade para que haja previsão de apenamento em caso que haja descumprimento de tal dispositivo, que, no caso, deveria ser para o descumprimento de ordem judicial, pois, como explanado anteriormente, a Emenda Constitucional é flagrantemente inconstitucional, não podendo ser paradigma na busca da efetividade.

Constata-se a necessidade de que seja imputada responsabilidade ao gestor público pelo descumprimento de determinação judicial, preferencialmente que culmine na inelegibilidade do gestor, pois, somente assim, teria fim a prática de protelar para o governante seguinte, usando-se, de forma protelatória, para não cumprimento da determinação judicial.

#### **5.4 A execução do contrato administrativo e a nota de empenho sem a necessidade de precatório por tratar-se de despesas previamente orçadas**

É curial que passemos a discorrer sobre o contrato administrativo e a nota de empenho a fim de que haja uma compreensão clara do entendimento de que, quando do inadimplemento advindo de contratos administrativos, não seria necessária a requisição de inclusão no orçamento para fins de precatórios.

O contrato administrativo de forma simples pode se conceituar como o ajuste firmado entre a Administração Pública e um particular, regulado basicamente pelo direito público, e tendo por objeto uma atividade que, de alguma forma, traduza interesse público.

Diversamente da Constituição anterior, que silenciava sobre o assunto, a vigente estabelece, desde logo, a competência legislativa para dispor sobre contratos. O texto constitucional não especifica o tipo de contrato, referindo-se apenas à “contratação”, o que, evidentemente, abrange todos os tipos de contratos.

Reza o art. 22, XXVII, da Constituição Federal, com a redação da EC 19/98, competir privativamente à União Federal legislar sobre “normas gerais de licitações e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas direitas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecendo ao disposto no art. 37, XXI e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 137, § 1º, III”.

Os contratos administrativos são regulados basicamente pela Lei nº 8666/93, tendo sido denominados como o Estatuto das Licitações e Contratos.

Na relação jurídica estabelecida através dos contratos administrativos está, de um lado, a Administração, parte contratante (art. 6º XIV, da Estatuto) e de outro a pessoa física ou jurídica que firma o ajuste, o contratado (art. 6º XV).

O contrato administrativo é ato administrativo e como tal está sujeito para sua validade os requisitos previstos tais como, forma, motivo, finalidade.

Como ato administrativo, o mesmo é revestido da presunção de legitimidade, ou seja, a presunção de que nasceram em conformidade com as devidas normas legais, como bem anota DIEZ<sup>148</sup>. Essa característica não depende de lei expressa, mas deflui da próprio natureza do ato administrativo, como ato emanado de agente integrante da estrutura do Estado.

Vários são os fundamentos dados a essa característica. O fundamento precípua, no entanto, reside na circunstância de que se cuida de atos emanados de agentes detentores de parcela do Poder Público, imbuídos, como é natural, do objetivo de alcançar o interesse público que lhes compete proteger. Desse modo é inconcebível admitir que não tivessem a aura de legitimidade, permitindo-se que a todo momento

---

<sup>148</sup> DIEZ, Manuel Maria. **Direcho Administrativo**. Buenos Aires: Ed. Plus Ultra, 1980, p. 224.

sofressem algum entrave oposto por pessoas de interesses contrários. Por esse motivo é que se há de supor que, presumivelmente, estão em conformidade com a lei.

O art. 62 da Lei nº 8666/93 estabeleceu a obrigatoriedade da formalização do instrumento de contratos nos casos de despesas contraídas mediante processos licitatórios nas modalidades concorrência e tomada de preços e também os procedimentos de dispensa de licitação e inexigibilidade, cujos valores estão compreendidos nos limites para aquelas modalidades, ou seja, no caso de tomada de preço para material e serviços comuns até o limite de R\$ 650.000,00 (seiscentos e cinquenta mil reais) e para obras e serviços de engenharia até o valor de R\$ 1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais) e, no caso de concorrência para valores acima de R\$ 1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais), portanto, de toda despesa feita mediante processo de inexigibilidade e dispensa desse valor nesses limites exigir-se-á o instrumento de contrato.

A Lei 10.520/02, que trouxe ao ordenamento jurídico pátrio a modalidade licitatória denominada Pregão não estabeleceu limites mínimos ou máximos para a utilização da modalidade, não tendo portanto, estabelecido as condições para o instrumento do contrato. Por conseguinte, o legislador estabeleceu no artigo 9º que serão aplicadas subsidiariamente, para a modalidade pregão, as normas da Lei nº 8666/93 o que levou a firmar a regência dos contratos oriundos do pregão, o que está previsto no Estatuto das licitações no caso os valores como limites para a utilização do instrumento de contrato.

O legislador ordinário, quanto do estatuto das licitações, deixou facultada a substituição do instrumento de contrato pela Nota de empenho para valores compreendidos fora das modalidades de concorrência e tomadas de preços. Desta forma, passaremos a discorrer sobre o Empenho da Despesa.

A Lei nº 4320/64, no art. 58, estabeleceu o seguinte sobre o empenho da despesa: Art. 58. O empenho da despesa é o ato emanado de autoridade competente que cria para o Estado obrigação de pagamento pendente ou não de implemento de condição.

Na administração governamental, qualquer que seja a despesa, independentemente do seu objeto, só poderá ser realizada quando a lei autorizá-la. A lei

que autoriza a despesa é considerada lei em sentido formal, que é denominada como Lei Orçamentária – LOA. Com a LOA, surge a autorização para a despesa. A Lei Orçamentária e a autorização do legislativo, representante legítimo da sociedade, tendo a autorização da sociedade para as despesas a serem realizadas confrontadas com as respectivas receitas.

Contudo, a Lei Orçamentária deve estar estritamente harmonizada com o Plano Plurianual e a Lei de Diretrizes Orçamentárias.

O Plano Plurianual tem como condão fixar, de forma regionalizada, as diretrizes, objetivos e metas da administração pública para as despesas de capital e outras delas decorrentes e para as relativas aos programas de duração continuada. Nota-se que o Plano Plurianual trata apenas de grandes obras ou de grandes aquisições, pois nele é traçado o planejamento macro, envolvendo despesas de capital e programas cuja duração, continuada, ultrapasse o período de um exercício financeiro, que vai de 01 de janeiro a 31 de dezembro, conforme estabelece o art. 34 da Lei nº 4.320/64.

As despesas de capital visam a constituir bens e serviços de capital necessários ao regular funcionamento da administração direta e indireta. Aumentam o patrimônio público.

Já as despesas correntes são necessárias à manutenção e funcionamento do patrimônio e dos serviços públicos, tanto da administração direta como da indireta. São as despesas que ordinariamente acontecem tais como as despesas para pagamento de serviços essenciais tais como limpeza e conservação, serviço de locação de máquinas copiadores, impressoras e outros.

A Lei Complementar nº 101/2000 estabelece no art. 4º que a Lei de Diretrizes também disporá sobre: (a) equilíbrio entre receitas e despesas; (b) critérios e forma de limitação de empenho a ser efetivada nas hipóteses previstas na alínea “b” do inciso II, no art. 9 e no inciso II do parágrafo 1º do art. 31, todos dessa mesma Lei Complementar.

Os principais objetivos da Lei de Diretrizes Orçamentárias são fixar as metas e prioridades da Administração Pública, relativas às despesas de capital para o exercício financeiro subsequente à elaboração da Lei Orçamentária Anual.

Enfim, após concretização do PPA e da LDO, estabelece-se a Lei Orçamentária que irá dispor sobre a autorização para a executividade do orçamento programa, ou seja, a LOA irá dispor sobre as Receitas e as Despesas para a concretização do plano de metas estabelecidos no PPA e na LDO.

Somente após a LOA será possível o empenho da despesa, o que significa que o empenho da despesa já teve o planejamento prévio e a autorização do legislativo, representante da sociedade, que é a o principal sujeito a ter protegido os seus interesses ou o chamado interesse público, que não pode ser confundido com o interesse da Administração.

Uma vez que há a previsão da despesa, a mesma será realizada mediante o empenho da despesa.

O empenho é o instrumento de que serve a Administração a fim de controlar a execução do orçamento. É através dele que o Legislativo se certifica de que os créditos concedidos ao Executivo estão sendo obedecidos.

O empenho constitui instrumento de programação, pois, ao utilizá-lo racionalmente, o executivo tem sempre o panorama dos compromissos assumidos e das dotações ainda disponíveis. Isso constitui ou era para constituir uma garantia para os fornecedores, prestadores de serviços, empreiteiros e contratantes em geral.

Dessa forma, o empenho da despesa ao fim de todo um processo onde teve todo um planejamento e autorização.

A Lei Nº 4320/64, estabelece regras gerais de Direito Financeiro direcionado à elaboração de orçamentos e balanços bem como ao controle desses instrumentos de contas públicas da União dos Estados e dos Municípios.

Em consonância com o princípio da legalidade, inserto no art. 37, da CF, todas as receitas e despesas dos entes federados deverão encontrar-se previstas no Orçamento Programa, divididas as receitas por fonte e as despesas por funções do governo.

Assim, não poderá ser efetuada despesa sem que exista receita suficiente para sua cobertura ou sem que exista dotação correspondente para que possa ser contabilizada.

Fica claro, assim, que os inadimplementos de obrigações com contratos administrativos e Nota de empenho não deveriam, em nome da efetividade do processo, sujeitar-se ao regime do precatório uma vez que a despesa foi anteriormente autorizada mediante previsão orçamentária.

A utilização do contrato e da nota de empenho como título executivo, dispensando a fase do processo de conhecimento e a determinação do pagamento dentro do orçamento que se prolatou a decisão é um grande avanço na busca da efetividade do processo em face da Fazenda Pública, retirando o ônus do credor que prestou o serviço ou forneceu o material e foi preterido na ordem de pagamento por interesses políticos tão comuns nos momentos de transição de mandatos eletivos.

Apesar do esforço do legislador brasileiro e do movimento reformista dos processualistas na busca da consolidação do dispositivo constitucional que estabelece uma tutela jurisdicional efetiva e uma razoável duração do processo, na seara da execução em face da Fazenda Pública não se buscou avanço. O que faz a prestação jurisdicional ser morosa e frustrante, para aqueles que anseiam ver o direito realizado, é concretizado com entrega da prestação jurisdicional almejada.

É nesta senda que este trabalho busca propor novos rumos na busca da efetividade que viabilize senão em todos mas pelo menos nas lides advindas do inadimplemento de obrigações contratuais por parte da administração.

Uma vez que a condição para que a Fazenda Pública possa ser executada é a existência de uma sentença condenatória transitada em julgado, o que viabiliza o título executivo, que, ao final do processo de conhecimento, será o ponto zero do processo de execução.

Nesse contexto surge a questão fulcral para a viabilização de uma melhor efetividade nos processos de execução por quantia certa em face da Fazenda Pública advindas de inadimplemento de obrigação da administração pactuadas mediante contratos administrativos.

O art. 475 do CPC estabelece que não é o bastante que haja sentença condenatória transitada em julgado, mas que essa mesma sentença tenha sido reexaminada pelo tribunal *ad quem*, a fim de que somente após esse procedimento seria

findo o processo de conhecimento, que daria início ao outro processo denominado processo de execução.

Conforme lecionou em sua obra *A Fazenda Pública em Juízo*, o Professor Leonardo José Carneiro da Cunha assim afirmou:

Há respeitáveis opiniões doutrinárias e jurisprudências que defendem a impossibilidade da execução fundada em título extrajudicial em face da Fazenda Pública. Eis os argumentos que sustentam a tese.

O art. 100 da atual e vigente Constituição Federal, repetindo a regra hospedada no art. 117 do anterior e revogado texto constitucional, assim dispõe:

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

Ante a literalidade da regra constitucional e extreme de dúvidas, para essa corrente doutrinária e jurisprudencial, que a execução contra a Fazenda Pública deveria fundar-se, necessariamente, em sentença, a fim de se formar o precatório, com a respectiva requisição do pagamento.<sup>149</sup>

Neste diapasão, há o entendimento pela impossibilidade de que a Fazenda Pública possa ser executada com base em título extrajudicial, uma vez que não seria possível o cumprimento do art. 475, I, que estabelece que, nas sentenças contra a União, o Estado, o Distrito Federal, o Município, e as respectivas autarquias e fundações de direito público estarão sujeitos ao reexame necessário. Adicionada a essa questão, corrobora o fato de que, no feito executivo, não há a prolação da sentença, condição essencial para legitimar a expedição do regular precatório.

Nesse sentido também sinalizou o Supremo Tribunal Federal, estabelecendo a necessidade de obediência ao procedimento do precatório, tal como definido no art. 100 da Constituição Federal, aplicando inclusive aos créditos de natureza alimentícia, que estabeleceu, em qualquer hipótese, deva haver a prévia prolação de sentença judicial que condene a Fazenda Pública ao pagamento reclamado com a devida ressalva quanto à expedição do precatório, aos créditos de pequeno valor.

---

<sup>149</sup> CUNHA, Leonardo José Carneiro. **A Fazenda Pública em Juízo**. São Paulo: Dialética, 2007, p. 274.

Diante dessas alegações, se consolida a corrente doutrinária para a qual resulta inquestionável que um mero título executivo extrajudicial não teria o condão de mitigar a presunção de legitimidade dos atos administrativos, a qual somente pode ser elidida por sentença judicial, proferida após amplo processo de instrução, fazendo necessária a existência de uma ação de conhecimento, não podendo ser admitida a propositura imediata de uma ação de execução.

A contrário, o Superior Tribunal de Justiça sumulou o seguinte: Súmula 279 – é cabível execução por título extrajudicial contra a Fazenda Pública.<sup>150</sup>

A presente súmula harmoniza a regra ordinária com o princípio constitucional previsto no inciso LXXVIII do art. 5º da Constituição da República de 1988 que estabeleceu que a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

Mais uma vez, porém, é fundamental que se traga à baila a doutrina do Professor Leonardo José Carneiro da Cunha:

Segundo a orientação ministrada pelo STJ, o art. 730 do CPC, ao disciplinar o procedimento da execução proposta em face da Fazenda Pública, não faz qualquer distinção entre título judicial ou extrajudicial, não havendo, no entendimento daquela Corte Superior, qualquer incompatibilidade do rito com o título extrajudicial.

A expressão sentença judiciária referida no texto constitucional não deve ser tomada no sentido estritamente técnico, pois na realidade, o que se executa é o acórdão que confirmou ou que reformou a sentença proferida pelo juízo de primeiro grau. Nas causas originárias dos tribunais, não haveria, então, a possibilidade de se expedir precatório, eis que não existiria uma ‘sentença judiciária’, mas sim um *acórdão*, não se encaixando na previsão constitucional. Significa que a interpretação estritamente literal do dispositivo constitucional poderia conduzir a uma conclusão absurda como essa.

Ao se referir a “sentença judiciária” a norma constitucional está em verdade, estabelecendo que a expedição do precatório depende de um título executivo ou seja, de qualquer título executivo, judicial ou extrajudicial, não sendo possível, bem por isso, expedir-se precatório em razão dum ato administrativo ou de determinação do Poder Legislativo; sua expedição depende, sempre, de determinação judicial. Daí a referência, no texto constitucional, ao termo “sentença judiciária”, que seria equivalente à “determinação do Judiciário”. E tal

---

<sup>150</sup> CUNHA, Leonardo José Carneiro. **A Fazenda Pública em Juízo**. São Paulo: Dialética, 2007, p. 275.

determinação poderia decorrer, no processo de execução, de um título executivo judicial ou extrajudicial.<sup>151</sup>

O Código Civil Brasileiro estabeleceu, no art. 585, os títulos que possuem natureza executiva extrajudiciais. Dentre tantos ali previstos, o legislador estabeleceu, no inciso II, os seguintes: a escritura pública ou outro documento público assinado pelo devedor, o documento particular assinado pelo devedor e por duas testemunhas; o instrumento de transação referendado pelo Ministério Público, pela Defensoria Pública ou pelos advogados dos transatores.

Diante do que previu o legislador ordinário, no dispositivo, supracitado o contrato administrativo e a nota de empenho constituem título executivo extrajudicial, pois assim assinalou o Superior Tribunal de Justiça:

EXECUÇÃO CONTRA A FAZENDA PÚBLICA – EMPENHO DE DESPESA – TÍTULO EXTRAJUDICIAL

- O empenho cria para o Estado obrigação de pagamento, máxime com a prova de realização da prestação empenhada, por isso que sua exigibilidade opera-se através de processo de execução de cunho satisfativo. Raciocínio inverso implicaria impor ao credor do Estado obrigação líquida e certa instaurar processo de conhecimento par definir direito já consagrado pelo próprio devedor através de ato da autoridade competente. O empenho é documento público que se enquadra no artigo 584 II do CPC. Sic

A moderna tendência processual é prestigiar as manifestações de vontade de caráter público ou privado e emprestar-lhes cunho executivo para o fim de agilizar a prestação jurisdicional dispensando a prévia cognição de outrora.

A emissão do empenho pressupõe obrigação realizada cuja despesa deve ser satisfeita pelo Estado sob pena de locupletamento sem causa.

Precedentes da Corte.

Recurso especial provido.

(STJ, RESP 33199).

Neste condão também se manifestou o Tribunal Regional da Primeira Região:

CIVIL – CONTRATO DE EMPREITADA FIRMADO PELA UNIÃO PARA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE ENGENHARIA –

---

<sup>151</sup> CUNHA, Leonardo José Carneiro. **A Fazenda Pública em Juízo**. São Paulo: Dialética, 2007, p. 274.

RECUSA EM PAGAR SERVIÇOS PRESTADOS PELA APELADA, EM RAZÃO DE TERMO ADITIVO REALIZADO ENTRE AS PARTES – LEI 4.320/64, ART. 37 E DECRETO 62.115/95.

1. Não encontra a ressonância o argumento de que o pagamento do aludido serviço dependeria do prévio empenho da despesa, questão insuficiente para embasar a licitude do lucupletamento da União.
2. Há expresse na lei, procedimento previsto para o caso (Lei 4320/64 e Decreto n. 62.115/65).
3. Honorários baixados de 10% para 5%.
4. Recurso e remessa providos em parte.

(TRF1, AC 96011311264).

O entendimento jurisprudencial reforça a tese de que o inadimplemento de obrigações oriundas de contratos administrativos devem receber tratamento diverso do que o previsto na aplicação literal do dispositivo constitucional previsto no art. 100. Levando à execução imediata e pagamento sem a observância do precatório por tratar-se de despesa previamente orçadas.

### **5.5 A relativização da impenhorabilidade dos bens públicos a fim de que se efetive o processo em face da Fazenda Pública**

No estudo sobre o direito alienígena, foi apresentada a questão da impenhorabilidade de bens públicos, concernente, mais precisamente, quantia em dinheiro, como no caso da Alemanha, que permite o revestimento com o manto da impenhorabilidade somente o patrimônio da administração, que não se traduz no patrimônio financeiro, pois esse não se encontra albergado pelo instituto da impenhorabilidade.

Considerada a possibilidade prevista na legislação brasileira de sequestro pela desobediência à ordem cronológica dos precatórios, razão pela qual é possível que a Administração tenha o seu patrimônio financeiro invadido por determinação judicial, já

seria o caso de mitigação da impenhorabilidade, pois, nesse caso, é possível o bloqueio de verbas orçamentárias para fins de cumprimento da decisão judicial.

Sendo assim, seria uma possibilidade de efetivação da tutela jurisdicional em face da Fazenda Pública a execução direta nas contas do ente público por descumprimento da previsão orçamentária para o pagamento aos credores da Fazenda Pública que aguardam a boa vontade dos maus gestores para recebimento do que lhe é devido.

Por ocasião dos movimentos de desestatização das empresas públicas, foi possível ver a prática da mitigação da impenhorabilidade, pois o patrimônio público foi alienado para pagamento de dívidas com credores internacionais, ou seja, onde estava o interesse público com tal medida? No governo do então Presidente Fernando Henrique Cardoso, foi aberta a porta para essa possibilidade, que não foi aproveitada pelo Poder Judiciário.

Frente a isso, não há como negar que a impenhorabilidade foi mitigada pelo próprio Poder Executivo, o que garante que, se medidas como essa forem determinadas pelo Poder Judiciário encontraria respaldo acima de tudo na sociedade, que é para quem deve estar a serviço os poderes constituídos.

A nova Emenda Constitucional estabeleceu que, no caso de inadimplemento nos repasses das parcelas fixadas para pagamento dos precatórios, será possível a União, fazer a retenção de valores referentes aos repasses previstos na constituição como o Fundo de Participação dos Estados – FPE e Fundo de Participação dos Municípios.

Não foi estabelecido, ainda, o meio que essa medida deverá ser efetivada, no entanto, se ela for aplicada, não deixará de ser uma mitigação da impenhorabilidade, nesse caso do patrimônio financeiro do ente devedor, para ser efetuado o pagamento ao credor.

Essa medida deveria ser aplicada pelo Poder Judiciário, sempre em relação ao patrimônio financeiro, a fim de que fosse considerada a autoridade da decisão judicial que, ao longo dos anos, vem sendo, cada vez mais esvaziada, de coercibilidade quando se refere à Fazenda Pública.

## CONCLUSÃO

A efetividade do processo em face da Fazenda Pública foi estabelecida mediante comando constitucional, razão pela qual deve ser o objetivo de concretização pelos poderes estabelecidos, quais sejam, o Poder Executivo, o Poder Judiciário e o Poder Legislativo.

No estudo, evidenciou-se que esse objetivo tem encontrado resistências primeiramente pelo Poder Executivo, que é o principal interessado para que não haja uma evolução do processo em relação à Fazenda Pública, pois obrigaria o cumprimento das decisões judiciais de forma célere e responsável, tudo que não é pertinente a virtudes dos maus administradores públicos.

Também seria necessário vencer a questão cultural estabelecida na sociedade brasileira de que dívida pública não se paga, pois não há uma cultura de forma que seja honroso cumprir com as obrigações. O próprio Estado, que é responsável para dar provimento à tutela jurisdicional, é o primeiro a descumprir as decisões que ele Estado, através da atividade judicante, determinou.

A Advocacia Pública, muitas vezes, presta um desserviço a sociedade, pois, esquecendo-se de que estão a serviço do povo, trabalham em prol da má administração pública, procurando, de forma abusiva, meios de postergar a prestação jurisdicional, dando azo à perpetuação de uma cultura de descumprimento das decisões judiciais.

O Poder Legislativo, comprovadamente com atenção a quem detém o poder do dinheiro, no caso o Poder Executivo, aprova as medidas protelatórias que inviabilizam qualquer possibilidade de efetividade do processo em face da Fazenda Pública, a exemplo da impossibilidade de execução provisória e das vergonhosas Emendas dos Calotes, Emenda Constitucional nº 30/2000 e nº 62/2009, sem contar que o Poder Constituinte originário inaugurou o novo regime com uma moratória de 08 (oito) anos, que, após 22 (vinte dois) anos da entrada em vigor da Constituição Federal de 1988, fez-se necessário mais uma moratória pela total falta de compromisso em cumprimento e valorização do texto constitucional.

Nesse contexto, também fica o Poder Judiciário, que, a começar da Corte Suprema, casa política compromissada com o Poder Executivo, tem prestado outro desserviço à sociedade brasileira, uma vez que, após dez anos da entrada em vigor da Emenda Constitucional nº 30/2000, que é flagrantemente inconstitucional, não julgou as Ações Direta de Inconstitucionalidade referente a fatídica Emenda que se encontra naquela Corte.

É impensável que seriam necessários mais de 10 (dez) anos para que 11 (onze) ministros pudesse concluir o que o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil concluiu imediatamente: a entrada em vigor da referida Emenda. Essa demora não pode ser imaginada de outra forma que não seja o Poder Judiciário a serviço do Palácio do Planalto e em desserviço à sociedade brasileira.

Em dezembro de 2009, com a entrada em vigor da Emenda Constitucional nº 62/2009, a Associação dos Magistrados do Brasil – AMB e Ordem dos Advogados do Brasil propuseram Ação Direta de Inconstitucionalidade em face da Emenda Constitucional nº 62/2009, vergonhosamente conhecida como Emenda do Calote, contudo o que esperar do Supremo Tribunal Federal que não foi capaz de julgar a Inconstitucionalidade da Emenda Constitucional nº 30/2000, que, em tese, as questões inconstitucionais discutidas eram reduzidas comparadas à nova Emenda.

A efetividade do processo em face da Fazenda Pública é ideal a ser buscado primeiramente mediante a real constatação do diagnóstico do anacronismo, que é o processo em face da Fazenda Pública. Será necessária a contribuição de toda sociedade, que, por ser a maior prejudicada pelo retardo da prestação jurisdicional, deverá mobilizar-se para forçar mudanças tal qual ocorreu mediante a recente aprovação de medidas a fim de que fossem banidos do pleito eleitoral políticos denominados de "fichas suja". No rol dos ficha suja, deveriam constar os maus gestores que não cumprem as determinações judiciais e que impedem que a prestação jurisdicional seja efetiva.

É necessário, também, a produção acadêmica que possa denunciar as farsas impostas pelos legisladores com manto de proteção ao interesse público. Quando, na realidade, se que proteger os interesses próprios, como troca de favores para aprovação de leis esdrúxulas que impedem a efetividade.

É importante que seja dado um olhar crítico sem as lentes da ingenuidade ou da mesmice. É importante uma percepção com menos pudor, pois percebe-se que a proteção devida à Fazenda Pública é a mesma que deve ser dada ao incapaz quando, na realidade, as manobras absurdas a fim de protelação da execução em face da Fazenda Pública partem do próprio Poder Executivo, que, de inocente e puro, não possui nada, mas, sim, uma mente perversa, mesquinha e imoral, pois a Emenda Constitucional nº 62/2009 é uma verdadeira aberração ao princípio da moralidade.

Chega ser um contrassenso o caminho em busca do reconhecimento internacional como uma nação desenvolvida, enquanto que, para o cumprimento das obrigações por parte da Fazenda Pública, as atitudes beiram a idade medieval. A Fazenda é o súdito todo poderoso, intocável que ninguém pode constrangê-lo.

O pagamento da dívida pela Fazenda Pública é quase que um favor e não um dever. O Estado brasileiro devia espelhar-se no sentimento do Estado Alemão quando tratar-se de dívida com credores em que o estado não precisa ser executado porque ele cumpre com suas obrigações.

A Execução contra a Fazenda Pública como discutida ao longo do trabalho não chega ser uma execução pela impossibilidade de constrição forçada ao Estado. Desta forma, a execução deveria ser excluída do ordenamento jurídico bastando para isso que a Fazenda Pública fosse cumpridora das decisões judiciais.

Não pode deixar de se considerar que execução é instrumento forçoso de constrição a mau pagador, pois o bom pagador não precisa ser executado, pois cumpre com a obrigação à medida que ela é reconhecida.

Nessa senda, a proposta deste trabalho foi mais de constatação de que a efetividade do processo em face da Fazenda Pública ser considerada como (IN)efetividade, pois o ordenamento jurídico pátrio não tem viabilizado, por força de todo poder político, a concretização da efetividade quando figura no polo passivo a Fazenda Pública.

Após tal constatação, não é hora de cruzar os braços, mas sim, de provocação de discussão desta temática, com intuito de que haja ressonância na academia, nos poderes constituídos e em toda sociedade.

É inevitável a busca da transformação do quadro uma vez que se busca o reconhecimento internacional e o desenvolvimento como potência mundial.

Não é crível que a oitava economia mundial tenha um ordenamento jurídico tão anacrônico quando se trata de lide em face da Fazenda Pública. Esses mecanismos de protelação da prestação jurisdicional é um grande óbice para atrair investidores para o mercado brasileiro, pois as incertezas e a insegurança jurídica comprometem as relações e sobretudo o desenvolvimento do País.

## REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. **Teoria de los diechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estúdios Constitucionales. 1997.
- ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais** (na Constituição Portuguesa de 1976). Coimbra: Almedina.1988.
- ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. **NBR 6023**: informação e documentação: referências: elaboração Rio de Janeiro, 2002.
- \_\_\_\_\_. **NBR 10520**: informação e documentação: citações em documentos: apresentação. Rio de Janeiro, 2002.
- \_\_\_\_\_. **NBR 14724**: informação e documentação: trabalhos acadêmicos: apresentação. Rio de Janeiro, 2005.
- \_\_\_\_\_. **NBR 15287**: informação e documentação: projeto de pesquisa: apresentação. Rio de Janeiro, 2005.
- BACHOF, Otto. **Normas Constitucionais Inconstitucionais?** Coimbra: Atlantida Editora. 1977.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Notas sobre o Problema da Efetividade do Processo**. Temas de Direito Processual Civil, 3ª série, São Paulo: Saraiva, 1984.
- BARROS, Sergio Resende de. **Direitos Humanos – Paradoxo da Civilização**: São Paulo: Ed. Del Rey, 2003.
- BERNARDES FILHO, Hugo Gueiros. **Instituto da jurisdição administrativa francesa e o sistema jurídico brasileiro**. Revista de Direito Público, São Paulo, n. 92 out.-dez..1989.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.
- \_\_\_\_\_. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

\_\_\_\_\_. A Nova Universalidade dos Direitos Fundamentais. Fortaleza: *In Nomos. Revista do Curso de Mestrado em Direito da UFC*, v.9/10 n°s 1/2, 1990/1991.

BONFIM, Thiago Rodrigues de Pontes. **Os princípios constitucionais e sua força normativa**. Bahia: Posivm, 2008.

BUZAID, Alfredo. **Da Apelação “ex Offício” no Sistema do Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 1951.

BUENO, Cássio Scarpinella, **O Poder Público em juízo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

\_\_\_\_\_. Execução por Quantia Certa contra a Fazenda Pública – Uma proposta atual de Sistematização. *In*: SHIMURA, Sérgio; WAMBIER, Tereza Arruda Alvim (Coord.) **Processo de Execução**. São Paulo: RT, 2001.

CAIS, Previtalli Cleide. **O Processo Tributário**. 2. ed. São Paulo, RT, 1996.

CANARIS, Claus Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes, **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

\_\_\_\_\_. **Direito Constitucional**. 5ª Ed. Coimbra. Almedina. 1992.

CAPPELLETTI, Mauro, **Acesso à Justiça**, Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre, Fabris, 1988.

\_\_\_\_\_. Problemas de reforma do Processo Civil nas sociedades contemporâneas. **Revista de Processo**. São Paulo, ano 17, n. 65, jan-mar., 1992.

CLEVÉ, Clemerson Merlin, **A Fiscalização Abstrata da Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.,2000.

CUNHA, Leonardo José Carneiro. **A Fazenda Pública em Juízo**. 8. ed. São Paulo: Dialética, 2010.

CESAR, Asfor Rocha. **A Luta pela Efetividade da Jurisdição**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2007.

DANTAS, Ivo. **Constituição & Processo**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2008.

DELGADO, José Augusto. **Precatório judicial e evolução histórica. Advocacia Administrativa na execução contra a Fazenda Pública. Impenhorabilidade dos bens públicos. Continuidade do Serviço Público.** Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/revista/seriecadernos/vol23/artigo05.pdf>>. Acesso em 16.07.2010.

DIEZ, Manuel Maria. **Direcho Administrativo.** Buenos Aires: Plus Ultra, 1980.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Nasce um Novo Processo Civil.** Coord. Sávio de Figueiredo Teixeira, São Paulo: Saraiva, 1996.

\_\_\_\_\_. **Execução Civil.** 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

\_\_\_\_\_. **A instrumentalidade do Processo,** 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

\_\_\_\_\_. **Fundamentos do Processo Civil moderno.** 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

ENGELMANN, Wilson. **O direito à tutela jurisdicional efetiva como princípio elementar: em busca do equacionamento da dimensão objetiva e subjetiva dos direitos fundamentais.** Disponível em <[http://www.unisinos.br/publicacoes\\_cientificas/images/stories/pdf\\_estjuridicos/v392n2/art07\\_engelmann.pdf](http://www.unisinos.br/publicacoes_cientificas/images/stories/pdf_estjuridicos/v392n2/art07_engelmann.pdf)> p. 108-116. Acesso em 29.7.2010

ENTERRIA, Garcia, **Curso de Derecho Administrativo.** Tradução Arnaldo Setti. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

ESPÍNOLA, Ruy Samuel. **Conceito de Princípios Constitucionais.** São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1999.

MODERNE, F. La justicia Administrativa en Francia: Processo, técnicas de control, ejecución de sentencias. *In: La Justicia Administrativa en el Derecho Comparado.* Madri: Civitas, 1993.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos Humanos Fundamentais.** São Paulo: Saraiva, 1995.

FIORAVANTI, Maurizio, **Stato e Costituzione:** Materiali pe una Storia delle Dottrine Costituzionali. Torino: G. Giappichelli Editore, 1993.

FRANCO, Fernão Borba. **Execução em face da Fazenda Pública.** São Paulo: Ed. Juarez de Oliveira, 2002.

FREITAS, Juarez. **Controle do Atos Administrativos e os princípios fundamentais.** São Paulo: Malheiros, 2004.

\_\_\_\_\_. **As grandes linhas da filosofia do direito.** Caxias do Sul: EDUCS, 1986.

FUX, Luiz. **A ideologia dos Juizados Especiais.** Disponível em <[http://bdjur.STJ.gov.br/dspace/bitstream/2011/749/1/A\\_Ideologia\\_dos\\_dos\\_Juizados.pdf](http://bdjur.STJ.gov.br/dspace/bitstream/2011/749/1/A_Ideologia_dos_dos_Juizados.pdf)>. Acesso em 28.8.2009.

GUIMARÃES, José Lázaro Alfredo. **Tutela Efetiva: Sistemática e positivação.** 2006. 122 fohas. Dissertação de Mestrado em Direito – Unicap, Recife, 2006.

GRAU, Eros Roberto. **Os princípios e as regras jurídicas, e a Ordem econômica na Constituição de 1988** (Interpretação e crítica), São Paulo: Editora, 1990.

HÄRBERLE, Peter. **Hermêutica Constitucional – A Sociedade Aberta dos interpretes da Constituição:** contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da constituição. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 2002.

HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição** (Die normative Kraft der Verfassung). Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1991.

\_\_\_\_\_. **Significado de los derechos fundamentales.** In: E. BENDA, et al., **Manual de derecho constitucional.** Madrid: Marcial Pons. 1996.

\_\_\_\_\_. **Temas fundamentais do direito constitucional;** textos selecionados e traduzidos por Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho. São Paulo: Saraiva, 2009.

JUSTEN FILHO, Marçal. Conceito de interesse público e a personalização do direito administrativo. **Revista Trimestral de Direito Público**, São Paulo, n. 26. p. 116. abr.-jun. 1999.

LASPRO, Oreste Nestor de Souza. **Duplo Grau de Jurisdição no Direito Processual Civil.** São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1995.

LIEBMAM, Enrico Tullio. **Processo de Execução.** Araras: Bestebook, 2001.

LOCKAMNN, Ana Paula Pellegrino. **A Execução Contra a Fazenda Pública – Precatórios trabalhistas.** São Paulo: Ltr, 2004.

LOUREIRO, João Carlos Simões Gonçalves. **O Procedimento Administrativo entre a eficiência e a garantia dos particulares.** Coimbra: Coimbra, 1995.

MACHADO, Raquel Cavalcanti Ramos. **Interesse Público e direitos do contribuinte.** São Paulo: Dialética, 2007.

- MARCELO, Neves. **A constituição simbólica**. São Paulo: Martinsfontes, 2007.
- MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2004.
- MONTESQUIEU, Barão de Charles-Louis de Secondat. **Do espírito das leis**. São Paulo: Abril Cultural, 1973.
- MORAES, Alexandre. **Direitos Humanos Fundamentais**. São Paulo: Ed. Atlas, 1998.
- MARQUES, José Frederico. **Manual de Direito Processual Civil**. São Paulo: Saraiva, 1987, v. 1.
- MARTINS NETO, João dos Passos. **Direitos Fundamentais: Conceito, Função e tipos**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003.
- NUNES, Castro, **Da Fazenda Pública em juízo**. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1960.
- NEVES, Daniel Amorim Assumpção, **Manual de direito processual civil**. 2. ed. São Paulo: Método, 2010.
- OLIVEIRA, Antônio Flávio de, **Precatórios: Aspectos administrativos, constitucionais, financeiros e processuais**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.
- OLIVEIRA JUNIOR, José Alcebíades de. **Teoria Jurídica e Novos Direitos**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2000.
- PEREIRA, Hélio Valle. **Manual da Fazenda Pública em Juízo**. 3. ed. Revista, atualizada e ampliada. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2008.
- PEREZ. Antonio-Enrique Luño. **La positividad de los derechos humanos en El marco constitucional**, In:SIQUEIRA, Julio Pinheiro Faro Homem de; TEIXEIRA, Bruno Costa; MIGUEL, Paula Castello (Coord.) *Uma homenagem aos 20 anos de Constituição Brasileira*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008.
- \_\_\_\_\_. **Los Derechos Fundamentales**. 6ª Ed. Madrid: Tecnos, 1995.
- RICCI, Edoardo. Apud SILVA, Ricardo Perlingeiro Mendes da. **Execução contra a Fazenda Pública**. São Paulo: Malheiros, 1999.
- SARMENTO, Daniel.(Org.). **Interesse Público versus Interesses Privados: Desconstruindo o Princípio da Supremacia do Interesse Público**, Rio de Janeiro. Lúmem Júris, 2005.
- SILVA, Ricardo Perlingeiro Mendes da. **Execução Contra a Fazenda Pública**. São Paulo: Malheiros, 1999.

SILVA, Afonso da. **Direitos Fundamentais – Conteúdo Essencial, Restrições e Eficácia**. São Paulo: Malheiros, 2009.

SOARES, Guido Fernando Silva. **Common Law – Introdução ao Direito dos EUA**. 2. ed. São Paulo: RT, 2000.

VIANNA, Luiz Werneck et al. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

VIANA, Juvêncio Vasconcelos, **Efetividade do processo em face da Fazenda Pública**. São Paulo: Dialética, 2003.

\_\_\_\_\_. **Execução Contra a Fazenda Pública**. São Paulo: Dialética, 1988.

REALE, Miguel. **Direito Natural/Direito**. São Paulo: Editora Saraiva, 1984.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SIDOU, J.M. Othom. **Processo Civil Comparado**. Rio de Janeiro: Forense, 1976.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Processo e Ideologia: O paradigma racionalista**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

\_\_\_\_\_. **Decisões Interlocutórias e sentenças liminares, Sentença e Coisa Julgada**. 3. ed. rev. e aum. Porto Alegre: SAFE, 1995.

SILVA, José Afonso da, **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1984.

SILVA, Paulo Napoleão Nogueira da. **A Evolução do Controle de Constitucionalidade e a Competência do Senado Federal**. São Paulo: Editora RT, 1992.

SOMMMERMANN, Karl-Peter. **A execução forçada por quantia certa no direito alemão**. Tradução GRECCO, Luiz. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/revista/seriecadernos/vol23/artigo04.pdf>>. Acesso em 16.07.2010.

SPALDING, Mauro. **Execução contra a Fazenda Pública federal**. Curitiba: Juruá, 2008.

TAVARES, A. Ramos, **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2003.

TUPINAMBÁ, Carolina. **A Fazenda Pública e o Processo do Trabalho**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

VERDÚ, Pablo Lucas, **O sentimento constitucional**: aproximação ao estudo do sentir constitucional como de integração política. Tradução e prefácio Agassiz Almeida Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2004.