

ISSN 1807 – 6203

REVISTA ESMAFE

**Escola de Magistratura Federal da 5ª Região
v. 1, n. 20**

ESCOLA DE MAGISTRATURA FEDERAL DA 5ª REGIÃO

DIRETORIA

ROGERIO DE MENESES FIALHO MOREIRA – Diretor
Desembargadora Federal

FERNANDO BRAGA DAMASCENO – Vice-diretor
Desembargador Federal

DESEMBARGADORES FEDERAIS DO TRIBUNAL REGIONAL DA 5ª REGIÃO

VLADIMIR DE SOUZA CARVALHO – Presidente

JOSÉ LÁZARO ALFREDO GUIMARÃES – Vice-presidente

CARLOS REBÊLO JÚNIOR – Corregedor

LEONARDO HENRIQUE DE CAVALCANTE CARVALHO – Diretor da Revista

ROGERIO DEMENESES FIALHO MOREIRA – Diretor da Esmafe

PAULO ROBERTO DE OLIVEIRA LIMA

MANOEL DE OLIVEIRA ERHARDT

EDILSON PEREIRA NOBRE JÚNIOR

FERNANDO BRAGA DAMASCENO

FRANCISCO ROBERTO MACHADO

PAULO MACHADO CORDEIRO

CID MARCONI GURGEL DE SOUZA

RUBENS DE MENDONÇA CANUTO NETO

ALEXANDRE COSTA DE LUNA FREIRE

ÉLIO WANDERLEY DE SIQUEIRA FILHO

ISSN 1807 – 6203

REVISTA ESMAFE

Escola de Magistratura Federal da 5ª Região

Março de 2021

Recife – Pernambuco
2021

Revista ESMAFE	Recife	v. 1	n. 20	p. 3-120	2021
----------------	--------	------	-------	----------	------

Revista ESMAFE

CONSELHO EDITORIAL

Rogério de Meneses Fialho Moreira – UFPB (Presidente do Conselho / Editor Científico)
(Desembargador Federal)

Bruno Leonardo Câmara Carrá – Uni7 (Juiz Federal)

João Nuno Calvão da Silva – Universidade de Coimbra (Portugal)

Jorge Omar Bercholz – Universidade de Buenos Aires (Argentina)

Luiz Alberto Gurgel de Faria – UFRN / UnB (Ministro STJ)

Marcelo Navarro Ribeiro Dantas – UFRN / UnB (Ministro STJ)

Marco Bruno Miranda Clementino – UFRN (Juiz Federal)

UFPB – Universidade Federal da Paraíba

Uni7 – Centro Universitário Sete de Setembro (Fortaleza – CE)

UFRN – Universidade Federal do Rio Grande do Norte

UnB – Universidade de Brasília

COMISSÃO EDITORIAL

Luiz Albuquerque Melo

Elaine Pereira

Myriam Levy Temporal

CRIAÇÃO DA CAPA

André Gonçalves Garcia

ESCOLA DE MAGISTRATURA FEDERAL DA 5ª REGIÃO

Cais do Apolo, s/nº – Anexo I do Edf. Min. Djaci Falcão

Bairro do Recife – CEP: 50030-260 – Recife – PE

esmafe@trf5.jus.br

Ficha Catalográfica preparada pela equipe técnica da Biblioteca do TRF5ª

**Revista ESMAFE | Escola de Magistratura Federal da 5ª. Região.
n.1(jan. -2001)- . Recife : TRF5a. Região, 2001 - .**

Edição Especial

Irregular.

Órgão oficial da Escola de Magistratura Federal da 5ª. Região.

v.1, n.20, mar. 2021.

ISSN 1807 – 6203

**1. DIREITO – PODER JUDICIÁRIO – PERIÓDICOS. I. ESCOLA
DE MAGISTRATURA FEDERAL DA 5ª. REGIÃO**

CDU 340

EDITORIAL

É com grande prazer que anunciamos o lançamento do primeiro número da Revista ESMAFE, exclusivamente em meio eletrônico.

Este número 20 somente agora chega à sua edição, em função do processo de readequação da modalidade de publicação, que incluiu a reformulação de nossa página na Internet, tudo visando assegurar a continuidade regular de sua circulação e a ampliar o acesso ao seu conteúdo.

Registre-se a satisfação daqueles que se têm empenhado para que este veículo continue a cumprir o papel que lhe foi assinalado, de divulgar o pensamento da comunidade jurídica que labora na 5ª Região Judiciária Federal e de repercutir matérias que reflitam preferencialmente os interesses de seus jurisdicionados.

Novamente contamos com artigos de excelente qualidade, produzidos por admiráveis nomes da magistratura federal de nossa 5ª Região, cuja multiplicidade de temas reflete o atual vigor das reflexões sobre a doutrina, a jurisprudência e os novos e desafiadores papéis da judicatura no contexto de uma sociedade que se constrói democrática e cidadã.

Informamos que a Revista Eletrônica permanecerá com o mesmo ISSN – International Standard Serial Number – que é um identificador internacional para individualizar o título de uma publicação seriada. Tal número permite determinar, com exatidão, a publicação, facilitando a citação de artigos e a inclusão da publicação, pelos autores, no Currículo Lattes.

Também passamos a disponibilizar nesta página todas as edições anteriores da Revista, proporcionando a visualização por artigo, com opção de busca, de forma similar ao oferecido a partir desta edição.

Mais uma vez, registramos o apoio da administração do TRF5 à Revista ESMAFE, refletindo o espírito de parceria que norteia as ações da Escola de Magistratura Federal da 5ª Região, como igualmente agradecer aos colaboradores do presente número que, com suas reflexões, tornam ainda mais dignificante e meritosa a carreira que abraçaram.

Em tempo: a partir de agora, a submissão de artigos para as próximas edições da Revista ESMAFE deverá ser realizado exclusivamente através da sua webpage, conforme condições de submissão e instruções constantes da mesma.

Desejamos a todos uma boa leitura.

Recife, 29 de março de 2021

O Editor

SUMÁRIO

O DIREITO INTERTEMPORAL E AS EXECUÇÕES EM CURSO Allan Endry Veras Ferreira	8
BENEFÍCIOS PREVIDENCIÁRIOS COMO INSTRUMENTO DE MATERIALIZAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS Francisco Luís Rios Alves	24
A QUEM COMPETE LEVANTAR AS VERBAS DEPOSITADAS EM AÇÃO CONSIGNATÓRIA EXTINTA SEM JULGAMENTO DO MÉRITO? Frederico Augusto Leopoldino Koehler	38
INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 33, I, DA LEI COMPLEMENTAR Nº 87/96, COM A REDAÇÃO DA LC 122/2006, EM FACE DA NÃO-CUMULATIVIDADE DO ICMS(ART.155§ 2º, I, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. Luiz Henrique Diniz Araujo	56
MODIFICAÇÕES INTRODUZIDAS NO PROCESSO CIVIL PELO PROCESSO COLETIVO Francisco Wildo Lacerda Dantas	64
A ANÁLISE DA EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE EM FACE DA REFORMA DAS LEIS 11.232, DE 22.12.2005 E 11.382, DE 6.12.2006 Tiago Antunes de Aguiar.	84
A INCONSTITUCIONALIDADE DO NOVO ARTIGO 440 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL Rogério Roberto Gonçalves de Abreu	104
LEGALIDADE, DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA E CONTROLE JUDICIAL: O CASO DO VALOR MÍNIMO ANUAL POR ALUNO (LEI Nº 9.424/96) Orlan Donato Rocha	114

O DIREITO INTERTEMPORAL E AS EXECUÇÕES EM CURSO

Allan Endry Veras Ferreira. Pós-Graduado em Direito Processual Civil pela Universidade Católica de Pernambuco. Juiz Federal Substituto da 13ª Vara Federal de Pernambuco.

Resumo: Inúmeros conflitos surgem quando uma nova lei ingressa no ordenamento jurídico, normatizando matéria que era disciplinada por outra lei. Que situações serão reguladas pela nova lei? Em que aspectos terá força retroativa? Como compatibilizar o princípio da segurança jurídica, materializado na irretroatividade das leis, com a sucessiva edição de leis, que procuram acompanhar as necessidades de uma sociedade em constante evolução? Tais questionamentos são matéria do chamado direito intertemporal, que é abordado nesta obra focado nos conflitos de leis no tempo surgidos nas execuções por quantia certa contra devedor solvente em curso quando da edição das Leis ns.º 11.232/2005 e 11.382/2006, que alteraram a sistemática do cumprimento de sentença e a execução fundada em títulos extrajudiciais, respectivamente. Não se teve a pretensão de dar resposta a todas as indagações que possam surgir dos conflitos temporais em virtude da edição dessas leis, frente às execuções em curso, muito menos apresentar respostas absolutas para os casos apresentados. O que se almejou foi estabelecer algumas premissas que possam ser utilizadas na aplicação de novas regras processuais aos processos pendentes, evitando que direitos venham a ser suprimidos no curso do período de acomodação à nova sistemática legal. Para tanto, são apresentadas noções elementares à interpretação, integração e aplicação do direito, voltados para as normas processuais, bem assim do próprio direito intertemporal, de modo a subsidiar o operador do direito na solução dos conflitos temporais.

Palavras-chaves: Direito Intertemporal. Execução. Eficácia das leis processuais no tempo.

Sumário: Introdução. 1. Execução civil: conflitos de leis no tempo. 2. A eficácia das leis novas (11.232/2005 e 11.382/2006) sobre as execuções em curso. Considerações finais. Referências bibliográficas.

Introdução

A morte de uma lei e o nascimento de outra, caindo no fluxo da realidade, que subsiste, impõe a indagação acerca da aplicabilidade da primeira ou da segunda, ou acerca da aplicabilidade de um sistema intermediário.

Daí a noção de intertemporalidade, como conjunto de medidas destinadas a atenuar os rigores da incidência do tempo jurídico sobre a realidade.

O presente trabalho cuida dos principais aspectos desse fenômeno, abordando o tema do direito intertemporal e as suas relações com o direito processual civil, com direcionamento para as recentes alterações na execução civil por quantia certa contra devedor solvente do Código de Processo Civil – CPC, empreendidas pelas Leis ns. ° 11.232, de 22.12.2005, e 11.382, de 6.12.2006.

1. Execução civil: conflitos de leis no tempo

A nova sistemática de execução, delineada pelas Leis ns. 11.232/2005 e 11.382/2006, trouxe profundas e relevantes alterações para o quadro então existente.

É certo que a lei nova não alcança processo findo.

Por outro lado, processo instaurado sob a égide da lei nova por esta é inteiramente regulado.

Para os processos pendentes, a regra geral é que a lei nova se aplica imediatamente, respeitados os atos já praticados.

No entanto, em que medida e de que modo a lei nova afeta os processos pendentes?

Longe de pretender esgotar e prever todas as situações de conflitos temporais em face do novo quadro da execução civil em relação aos processos pendentes, é possível antever inúmeras hipóteses que podem surgir em decorrência das novas disposições que versam sobre a execução.

Continuará a ser regida pela sistemática anterior a execução de sentença proferida antes da reforma, quando atacada por recurso de apelação pendente de julgamento?

E em relação ao processo com sentença já transitada em julgado, mas cuja execução ainda não havia sido iniciada quando do advento da Lei n.º 11.232/2005? Seria possível a incidência da multa de 10% pela mora do devedor?

Interessante, ainda, saber qual das leis deve regular o processo de execução autônomo, caso já tenha sido instaurado antes do início da vigência da Lei n.º 11.232/2005.

E se já opostos embargos do devedor, agora inexistentes, de acordo com o novo regimento do cumprimento de sentença? Será cabível recurso da sentença que julgar os embargos à execução?

Do mesmo modo, também em relação à execução fundada em títulos extrajudiciais é possível antever situações conflituais entre o regime anterior e aquele idealizado pela Lei n.º 11.382/2006.

Proposta a execução sob a égide da lei anterior, ausente a citação do devedor, seria aplicável a nova disciplina, na forma da Lei n.º 11.382/2006? Haveria necessidade de adequação do procedimento?

E se o devedor for citado ainda à época da lei antiga, permanece com o direito de nomear bens à penhora? Qual o regime da penhora, efetivada anteriormente ao advento da Lei n.º 11.382/2006?

Pendendo prazo para o devedor opor embargos, iniciado na vigência da lei anterior, qual o prazo aplicável, dez ou quinze dias? Os embargos, se recebidos, teriam necessariamente efeito suspensivo?

A nova redação do art. 587 do CPC, que qualifica de provisória a execução enquanto pendente apelação da sentença de improcedência dos embargos, quando recebidos com efeito

suspensivo, poderia ser estendida para as sentenças prolatadas antes da alteração de sua redação?

E as novas formas de expropriação? Seriam aplicáveis às execuções iniciadas antes da vigência da Lei n.º 11.382/2006?

O item subsequente deste artigo procurará apontar soluções para tais questionamentos, sendo de destacar que a decisão final sobre os pontos em discussão ficará a cargo dos nossos tribunais.

2. A eficácia das leis novas (11.232/2005 e 11.382/2006) sobre as execuções em curso

O direito intertemporal disciplina o modo pelo qual as leis devem incidir sobre os fatos, ao longo do tempo, daí serem normas sobre como as normas se aplicam, ou normas de superdireito.

O estudo do tema exige o respeito à premissa de que a lei não poderá retroagir para prejudicar o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada, regra principiológica de caráter fundamental, que integra o rol dos direitos e garantias fundamentais do cidadão (CF, art. 5º, XXXVI).

Assim, situações acobertadas pela autoridade da coisa julgada, os atos completos e acabados e os direitos que já se incorporaram ao patrimônio das pessoas não se sujeitam à nova disciplina, que passa a entrar em vigor com a lei nova, porque já estão para lá da linha divisória do passado.

Com os olhos voltados para o processo civil, as normas de direito processual intertemporal têm por objetivo regular a dimensão temporal da atividade processual, bem como a eficácia da lei processual, nova ou velha, em relação aos processos em tramitação no momento da vigência da lei nova.

Devemos recordar, ainda, que o processo, por caminhar para frente, é guiado por um sistema de preclusões, até alcançar o seu último fim, a entrega do bem de vida postulado pela parte.

Com efeito, à medida que vão sendo praticados os atos processuais pelas partes, pelo juiz ou mesmo por terceiros que participem do processo, diferentes situações jurídicas se formam, e, com elas, novas posições jurídicas são assumidas pelas partes que, com isso, adquirem direito à prática de novos atos, em uma marcha rumo ao provimento jurisdicional definitivo.

Tem-se por certo que a lei processual nova não se aplica aos processos já findos, cujos atos continuarão a ser regidos pela lei anterior, bem como que a lei processual nova é aplicada inteiramente aos processos instaurados após o início de sua vigência.

Hipótese diversa ocorre quando a lei nova alcança processos em tramitação.

É bom lembrar que o processo, apesar de ser um só, desenvolve-se mediante diversos atos e fases procedimentais, que se sucedem no tempo.

Assim, com a realização de atos e a ocorrência de fatos ao longo do procedimento, novas situações jurídicas vão se criando, e outras se extinguindo, a gerar situações jurídicas consumadas, que podem, conforme o caso, corresponder a direitos adquiridos, para uma ou ambas as partes, e, portanto, merecer proteção contra modificação legislativa superveniente.

Nesse contexto, a essência do problema, na definição da lei aplicável, em vista de um conflito temporal, é a busca de critérios, dentro do processo, que, uma vez atendidos, preservem os valores *segurança*, resguardando os fatos processuais onde tenha ocorrido a consolidação de situações processuais, e *previsibilidade* (WAMBIER, R; WAMBIER, A; MEDINA, 2005, pág. 397).

É que a lei nova, ao incidir em processo pendente, não pode causar “surpresas”.

Como lembra Guilherme Rizzo Amaral, o curso do processo deve ser natural e

previsível, merecendo repúdio posições isoladas na aplicação da lei processual, que interrompam ou mesmo extingam a via jurisdicional para qualquer das partes, em especial quando não lhes for dada a oportunidade de debater a inovação pretendida pelo órgão judicial (2007, pág. 49).

O exame das teorias que procuram definir em que extensão a lei processual nova se aplicaria ao processo pendente revela a insuficiência daquela que considera o processo como um todo, propugnando pela incidência integral da lei vigente ao tempo em que foi iniciado, bem assim daquela que vê o processo como dividido em fases autônomas, de modo a permitir que a lei nova apenas incida sobre a fase procedimental ainda não iniciada.

Isso se diz porquanto, a aplicação da lei velha, sob o pretexto de preservar situações consolidadas, terminaria por ir de encontro a uma nova realidade social.

Ora, o ordenamento jurídico pátrio prescreve que a norma tem efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada, nos termos do art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal, e art. 6º da Lei de Introdução ao Código Civil.

Assim, cada momento processual deve ser regulado por sua lei, ou seja, aquela vigente ao tempo em que o ato foi praticado ou deixou de ser praticado, o que, preservados os postulados constitucionais, fornece *segurança e previsibilidade* às partes, no processo.

É o que postula a teoria do isolamento dos atos processuais, que, sem desconhecer que o processo é uma unidade, observa que ele é um conjunto de atos, cada um podendo ser considerado isoladamente, para efeito de aplicação da lei nova; com o processo em tramitação, os atos já praticados teriam sua eficácia respeitada, mas a lei nova disciplinaria o processo a partir de sua vigência.

O nosso sistema processual adotou esta última teoria (CPC, art. 1.211), ou seja, as normas processuais, em regra, valem para o futuro, permanecendo eficazes os atos praticados em conformidade com a lei anterior.

A teoria do isolamento dos atos processuais guarda sintonia com a doutrina de Paul

Roubier, que parte da distinção entre efeito retroativo da lei e seu efeito imediato, considerando, como regra, o efeito imediato, isto é, a incidência da lei nova a partir da data de sua vigência, mesmo às relações em curso.

No que se refere à nova sistemática de execução civil, é de se destacar que as Leis ns.º 11.232/2005 e 11.382/2006, não trouxeram regras de direito transitório, o que, certamente, irá acarretar inúmeras dificuldades para os operadores do direito, que terão de se socorrer em outros recursos para a solução das questões de direito intertemporal que possam surgir.

Não obstante, de tudo o que foi visto, é possível estabelecer algumas premissas que podem subsidiar o intérprete na procura de soluções para os conflitos apontados no tópico precedente, além de outros que possam emergir com o advento dessas novas leis, nas execuções em curso.

São elas: a) todo processo é um complexo de atos voltados ao exercício da jurisdição; b) o escopo magno da jurisdição é promover a pacificação social, com justiça, possuindo, o processo, um caráter instrumental no alcance desse objetivo; c) os atos processuais são atos jurídicos praticados pelas partes ou pelo órgão jurisdicional, no curso do processo; d) a lei não pode retroagir para prejudicar o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada, regra principiológica de caráter fundamental, que integra o rol dos direitos e garantias fundamentais do cidadão (CF, art. 5º, XXXVI); e) o processo, por caminhar para frente, é guiado por um sistema de preclusões, até alcançar o seu último fim, a entrega do bem de vida postulado pela parte; f) as normas processuais, em regra, valem para o futuro, permanecendo eficazes os atos praticados em conformidade com a lei anterior (CPC, art. 1.211); g) a lei processual nova não pode retroagir para atingir direito adquirido processual, para invalidar ou convalidar ato processual já consumado sob a égide da lei anterior, ou mesmo afrontar coisa julgada formada sob a lei antiga; e, por fim, h) as modificações legislativas no âmbito da execução civil tiveram por finalidade superar entraves históricos nesta seara, buscando-se a efetividade da tutela jurisdicional, o que reflete a garantia constitucional da duração razoável do processo.

À luz dessas premissas, pode-se dizer que a execução de sentença proferida antes da reforma empreendida pela Lei n.º 11.232/2005, quando atacada por recurso de apelação pendente de julgamento, deverá obedecer integralmente à nova sistemática, dispensando-se o processo autônomo de execução.

Isso se diz porquanto nenhum ato consumado ou direito adquirido na lei anterior será violado por conta da adoção imediata do novo rito.

Assim, de acordo com o art. 475-J, do CPC, caso o devedor não efetue o pagamento da quantia a que foi obrigado, no prazo de quinze dias, o montante da condenação será acrescido de multa de dez por cento e, a requerimento do credor e observado o disposto no art. 614, inciso II, do mesmo diploma legal, expedir-se-á mandado de penhora e avaliação.

A mesma solução é de se aplicar ao processo que tenha transitado em julgado antes da reforma, mas cuja execução ainda não havia sido iniciada quando do advento da Lei n.º 11.232/2005, à exceção da aplicação da multa de dez por cento.

Como adverte Galeno Lacerda, em se tratando de sanções processuais, como normas penitenciais, vigora o princípio da irretroatividade das sanções agravadas ou inovadas, as quais não incidem, desse modo, sobre atos praticados antes da vigência do novo código (1974, pág. 59).

Entender de modo diverso seria vulnerar os dois valores fundamentais no âmbito do direito intertemporal: segurança e previsibilidade.

Há, contudo, opiniões em sentido contrário, a exemplo daquela exposta por Guilherme Rizzo Amaral:

Não vemos como se possa sustentar que só reste ao credor requerer o prosseguimento do feito como execução, aplicando-se apenas a segunda parte do art. 475-J, e não a primeira. O dispositivo possui uma lógica que não pode ser rompida: oportuniza ao devedor pagar sob pena de multa, e ao credor, executar o valor total, acrescido da multa, e ao credor, executar o valor total, acrescido da multa, na hipótese de recalitrância daquele (2007, pág. 30).

No caso de processo de execução autônomo, formado antes do início da vigência da Lei n.º 11.232/2005, a solução mais adequada é a de se promover a adequação do rito, respeitados, porém, os atos já praticados.

Assim, se o devedor ainda não foi citado, cabível a correção do procedimento e, uma vez intimado o devedor e não cumprida voluntariamente a obrigação, seguir-se-á a expedição do mandado de penhora e avaliação, nos autos principais.

Porém, uma vez citado o devedor, é necessário aguardar o prazo para que pague ou nomeie bens à penhora, na forma da antiga redação do art. 652 do CPC, obedecendo-se, quanto aos atos seguintes, as novas disposições processuais.

E se já opostos embargos do devedor, agora inexistentes, de acordo com o novo regramento do cumprimento de sentença? Será cabível recurso da sentença que julgar os embargos à execução?

Também nessa hipótese a correção do procedimento sobressai como a solução mais consentânea com o novo espírito que guia a execução, bastando ao juiz da causa processá-lo como impugnação, o novo meio de defesa do executado.

Respaldando essa solução:

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. DECISÃO. ADEQUAÇÃO AO PREVISTO NO ART. 475-M, DO CPC. IMPUGNAÇÃO MEDIANTE RECURSO DE APELAÇÃO. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. NÃO CONHECIMENTO.

- Em relação à fase de cumprimento de sentença, provocada pelo exequente, os meios de defesa do executado não mais são os embargos à execução, pois tais somente eram aplicados frente a processos autônomos e a partir da vigência da Lei n.º 11.232/2006, somente será cabível em fase de execução de títulos extrajudiciais.

- Apresentados embargos à execução restou determinado pelo juízo da execução sua adequação a nova regra insculpida no art. 475-M, do CPC, sem haver se pronunciado acerca do acolhimento ou rejeição da impugnação apresentada, não resultando em prejuízo algum ao impugnante.

- O recurso de apelação apenas será utilizado quando o juiz julgar totalmente procedente a impugnação, decisão que conseqüentemente

leva o feito ao arquivamento, com a respectiva extinção da execução. (Art. 475-M, parágrafo 3º, parte final, do CPC).

- Não se encontrando o despacho vergastado nessa situação, não se usa o recurso de apelação, mas sim o agravo de instrumento.

- Apelo não conhecido.

(TRF5/1ª Turma - AC 402273 - Processo: 200685000031027 UF: SE – Rel. Desembargador Federal Francisco Wildo - Data da decisão: 01/02/2007 - DJ - Data: 14/03/2007 - Página: 669 - Nº: 50 - Disponível em <<http://www.jf.gov.br/juris/>> Acesso em 21.7.2007)

Uma ressalva: ainda que os embargos à execução, já recebidos quando do advento da Lei n.º 11.232/2005, sejam processados como impugnação, o efeito suspensivo dado àquela via de defesa deve ser resguardado, por configurar direito adquirido processual do devedor.

Caso a lei tenha surgido no curso da fluência do prazo para os embargos à execução, em sendo estes opostos, também é de se preservar o efeito suspensivo então existente, uma vez que, nesta hipótese, haveria um nexo causal imediato entre o ato praticado sob a égide da lei anterior (intimação da penhora) e o ato a ser praticado sob a égide da lei nova (oposição de embargos, com efeito suspensivo).

Quanto ao recurso cabível da decisão proferida nos embargos à execução, processado de acordo com a sistemática anterior, mas já sob a vigência da Lei n.º 11.232/2005, o recurso cabível será o agravo de instrumento, salvo quando importar em extinção da execução, caso em que caberá apelação (CPC, art. 475-M, §3º).

Em relação ao último ponto, é de frisar que a parte não pode ser prejudicada pela errônea interposição do recurso, em se fundando dúvida quanto ao seu cabimento, pelo princípio da fungibilidade recursal.

No que se refere às disposições da Lei n.º 11.382/2006 que apenas promoveram alterações no procedimento, vigora a regra da aplicação imediata da lei nova, respeitados os atos já praticados.

Assim, proposta a execução sob a égide da lei anterior, ausente a citação do devedor, seria aplicável integralmente a nova disciplina, na forma da Lei n.º 11.382/2006.

Citado o devedor ainda à época da lei antiga, permanece com o direito de nomear bens à penhora, desde que o faça no prazo antes cominado. Caso quede inerte, seguir-se-á a execução na forma da nova lei.

É o que também defende Ernane Fidélis dos Santos:

As disposições processuais são de aplicação imediata, ainda que atinjam processo em curso, respeitando, porém, os atos já praticados, bem como o procedimento e atos que com ele tenham ligação ou sejam dele conseqüência. No caso, por exemplo, de já ter havido citação para pagar em vinte e quatro horas, o procedimento segue na forma anterior, mas, chegando-se à constrição de bens, aplicam-se as novas disposições; se já designada a arrematação para determinado dia, esta se realizará, inclusive dentro da preferência de que goza nos atuais atos expropriatórios. No entanto, se não se iniciou a fase expropriatória, a lei nova aplica-se em toda a sua plenitude. (2007, pág. 117)

Poderá o credor, desse modo, ainda que com o processo em curso, requerer a certidão de que trata o art. 615-A do CPC, bem assim se utilizar das novas vias expropriatórias, entre elas, a alienação por iniciativa particular.

Pendendo prazo para o devedor opor embargos, iniciado na vigência da lei anterior, qual o prazo aplicável, dez ou quinze dias?

Consoante lição de Galeno Lacerda, os prazos alongados contam-se desde logo, aproveitando-se o lapso já decorrido sob a lei antiga. Claro está que os prazos já terminados sob a lei antiga não podem, em hipótese alguma, ser reabertos (1974, pág. 90).

Os embargos, se recebidos, teriam necessariamente efeito suspensivo? Duas situações, com o início da vigência da Lei n.º 11.382/2006: embargos já opostos, mas pendentes de recebimento; e intimação do devedor da penhora, com a abertura do prazo para a oposição de embargos. Em ambos os casos, se recebidos, presentes os requisitos então existentes, possui o devedor direito adquirido processual ao efeito suspensivo. Fora dessas hipóteses, aplicar-se-á o novo regime quanto aos efeitos dos embargos (CPC, art. 739-A).

Ainda sobre a última questão, de fato, não há como negar o efeito suspensivo à execução, na hipótese de já iniciada a fluência do prazo para oposição de embargos, com a intimação do devedor da penhora, diante do íntimo nexo causal entre o ato praticado sob a égide da lei anterior (intimação da penhora) e o ato a ser praticado (oposição de embargos, com efeito suspensivo).

Infere-se, daí, que a norma a regular os efeitos da via de defesa do devedor é aquela vigente ao tempo em que aberto o prazo para o exercício dessa faculdade.

O Superior Tribunal de Justiça, em recente julgado, manifestou-se sobre o tema:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. MEDIDA CAUTELAR COM O FITO DE CONCEDER EFEITO SUSPENSIVO A RECURSO ESPECIAL. POSSIBILIDADE, DESDE QUE DEMONSTRADOS O PERICULUM IN MORA E O FUMUS BONI IURIS. EXECUÇÃO EXTRAJUDICIAL. CONFLITO INTERTEMPORAL DE NORMAS. LEI Nº 11.382/06. PRAZO PARA OFERECIMENTO DE EMBARGOS. DIES A QUO. INTIMAÇÃO DA PENHORA. RITO. NOVA SISTEMÁTICA, PORTANTO SEM EFEITO SUSPENSIVO. EMBARGOS À EXECUÇÃO EXTRAJUDICIAL. REGIME DA LEI Nº 11.382/06. VERIFICAÇÃO DE REQUISITOS PARA CONCESSÃO DE EFEITO SUSPENSIVO. IMPOSSIBILIDADE EM SEDE DE RECURSO ESPECIAL. SÚMULA 07/STJ.

- A jurisprudência deste Tribunal vem admitindo, em hipóteses excepcionais, o manejo da medida cautelar originária para fins de se atribuir efeito suspensivo a recurso especial; para tanto, porém, é necessária a demonstração do periculum in mora e a caracterização do fumus boni iuris, circunstância ausente na espécie.

- Embora o processo seja reconhecido como um instrumento complexo, no qual os atos que se sucedem se inter-relacionam, tal conceito não exclui a aplicação da teoria do isolamento dos atos processuais, pela qual a lei nova, encontrando um processo em desenvolvimento, respeita a eficácia dos atos processuais já realizados e disciplina o processo a partir da sua vigência. Esse sistema, inclusive, está expressamente previsto no art. 1.211 do CPC.

- Apesar da teoria do isolamento dos atos processuais não ser uma regra absoluta, ela somente comporta exceções quando, a despeito da edição de lei nova, os atos a serem praticados possuam nexo imediato e inafastável com ato praticado sob a égide da lei antiga ou com os efeitos deste.

- Na sistemática existente antes do advento da Lei nº 11.382/06, a condição imposta para o oferecimento dos embargos não era a citação, mas sim a garantia do juízo pela penhora.

- Se, em execução de título extrajudicial, a Lei nº 11.382/06 passou a vigorar depois da citação, mas antes de concluído o procedimento de penhora, o termo para oferecimento dos embargos deve ser contado a partir da intimação da penhora, mas já se computando o prazo da lei nova, de 15 (quinze) dias.

- Nessa circunstância, porém, os embargos já devem ser recebidos com base na nova sistemática de execução, portanto sem efeito suspensivo, pois, além de terem mantido sua natureza autônoma, o direito ao oferecimento dos embargos, antes das alterações promovidas pela Lei nº 11.382/06, somente surgia com a garantia do juízo.

- A verificação do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, mormente quando a alegação de afronta à lei federal incide sobre o § 1º do art. 739-A do CPC, está circunscrita ao livre convencimento do juiz, não sendo possível seu exame sem a análise do conjunto fático-probatório dos autos, circunstância que encontra óbice na Súmula nº 07 do STJ. Petição inicial liminarmente indeferida e declarando extinto o processo.

(STJ/3ª Turma - MC 13951 - Processo: 200800550820 UF: SP – Relator (a) Min. NANCY ANDRIGHI - Data da decisão: 11/03/2008 - DJE DATA:01/04/2008 - Disponível em <<http://www.jf.gov.br/juris/>> Acesso em 12.2.2009)

Por outro lado, outro problema que pode surgir, com a edição das Leis nº 11.232/2005 e 11.382/2006, é em razão da inexistência de penhora, nas execuções em curso. Poderia o devedor embargar a execução, já que pelo novo regime a garantia do juízo não mais é requisito de sua admissibilidade?

Guilherme Rizzo Amaral discorre a esse respeito:

A questão guarda uma certa complexidade, na medida em que, pela lei nova, o prazo para embargar conta-se da juntada aos autos do mandado de *citação* (salvo na hipótese de embargos contra a penhora ou avaliação errônea), e não de *intimação*. E, pela lei anterior, o direito a embargar somente surge com a penhora, não sendo admissíveis embargos antes de seguro o juízo pela penhora (art. 738, I). Assim, tem-se que pela lei antiga não surgiu ainda o direito adquirido aos embargos do devedor lá previstos, e nem se praticou ato que implique como consequência direta a oposição de embargos. Pela lei nova não se instituirá o prazo para embargar pois a citação ocorreu sob a égide da lei antiga.

Neste cenário, inclinamo-nos a considerar que os embargos a serem opostos deverão seguir a lei nova, ou seja, obedecerão ao prazo de 15 dias (art. 738), não terão efeito suspensivo *de regra* (art. 739-A), terão de indicar o exato valor devido e apresentar memória de cálculo se contiverem alegação de excesso de execução (art. 739-A, §5º) etc. Como a intimação foi pessoal, e não na pessoa do advogado, na

prática a comunicação terá o mesmo efeito da citação prevista na nova lei, e, com a juntada aos autos do mandado de intimação da penhora iniciar-se-á o prazo dos embargos. (2007, pág. 44-45)

Em relação à nova redação do art. 587 do CPC, que qualifica de provisória a execução enquanto pendente apelação da sentença de improcedência dos embargos, quando recebidos com efeito suspensivo, a melhor solução é vetar a extensão desse regime para as sentenças prolatadas antes da alteração de sua redação, que, nestes termos, deve continuar como execução definitiva.

Quando o credor propõe uma execução, pondera os riscos e os custos do processo, e, no caso, neles não se incluía a necessidade de ter de prestar caução para a prática de atos expropriatórios, importando, tal exigência, em violação a direito adquirido processual.

Por fim, indaga-se ser admitida a remição extinta pela Lei n.º 11.382/2006 nas execuções em curso? Galeno Lacerda, em situação similar, responde que a remição não nasce do simples fato jurídico da execução. Execuções haverá em que este direito não chega sequer a se configurar. Basta que o bem permaneça sem arrematação ou adjudicação. Como a remição é um direito de preferência, ele só surge, em concreto, se presente o ato jurídico anterior, que lhe serve de pressuposto. Esse ato é a arrematação ou adjudicação. Conclui que o devedor não poderá mais remir o bem penhorado, se a arrematação ou adjudicação se realizaram sob a vigência do novo código; se praticada antes, para o direito de remir, este subsiste, com plena eficácia (1974, pág. 45-46).

Considerações finais

Aqui, não se teve a pretensão de dar resposta a todas as indagações que possam surgir dos conflitos temporais em virtude da edição das Leis ns.º 11.232/2005 e 11.382/2006, frente às execuções em curso, muito menos apresentar respostas absolutas para os casos apresentados.

O que se almejou foi estabelecer algumas premissas que possam ser utilizadas na aplicação de novas regras processuais aos processos pendentes, evitando que direitos venham a ser suprimidos no curso do período de acomodação à nova sistemática legal.

Referências bibliográficas

AMARAL, Guilherme Rizzo. **Estudos de direito intertemporal e processo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

BATALHA, Wilson de Souza Campos Batalha. **Direito intertemporal**. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **A nova execução de sentença**. 2ª edição. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.

DELGADO, Mário Luiz. **Problemas de direito intertemporal no código civil**. São Paulo: Saraiva, 2004.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. Volume I. 5ª edição. São Paulo: Malheiros, 2005.

DINIZ, Maria Helena. **Lei de introdução ao código civil interpretada**. 11ª edição. São Paulo: Saraiva, 2005.

HENRIQUE, Thaís Atayde. **Aplicação da lei n.º 11.232/2005 às execuções de título judicial em andamento: recurso cabível contra decisão em embargos à execução opostos sob a égide da sistemática processual anteriormente em vigor**. Revista Dialética de Direito Processual n.º 50, 2007.

HERTEL, Daniel Roberto. **Lineamentos da reforma da execução por quantia certa de título extrajudicial: comentários às principais alterações realizadas pela lei n.º 11.382/2006**. Revista Dialética de Direito Processual n.º 47, 2007.

LACERDA, Galeno. **O novo direito processual civil e os feitos pendentes**. Rio de Janeiro: Forense, 1974.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **O novo processo civil brasileiro**. 22ª edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2002.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **“Cumprimento” e “execução” de sentença: necessidade de esclarecimentos conceituais**. Revista Dialética de Direito Processual n.º 42, 2006.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Eficácia da lei no tempo: premissas sobre o direito intertemporal e a sua aplicação às recentes alterações do código de processo civil**. In: JORGE, Flávio Cheim; DIDIER JR, Fredie; RODRIGUES, Marcelo Abelha. *A terceira etapa da reforma processual civil*. São Paulo: Saraiva, 2006.

SANTOS, Ernane Fidélis dos. **As reformas de 2006 do código de processo civil (execução dos títulos extrajudiciais)**. São Paulo: Saraiva, 2007.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**. 1º Volume. 14ª

edição. São Paulo: Saraiva, 1990.

THEODORO JR., Humberto. **Curso de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento**. 45ª edição. Vol. I. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

THEODORO JR., Humberto. **Curso de direito processual civil: processo de execução e cumprimento da sentença, processo cautelar e tutela de urgência**. 39ª edição. Vol. II. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. **Breves comentários à nova sistemática processual civil**. 3ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

THE INTERTEMPORAL LAW AND THE EXECUTIONS IN PROGRESS

Abstract: Every time a new law enters the legal order, many conflicts arise. Which new situations will be ruled by the new law? In which circumstances will it have retroactive force? How to harmonize the principle of juridical security, anchored in the irretroactivity of the law, with the successive edition of more new laws that are needed by a constantly evolving society? These are the questions of the Intertemporal Law, addressed in this work that focuses on the law's conflicts in time, specifically the case of an execution for a given sum against a solvent debtor. The laws 11,232/06 and 11,382/06 changed the execution of judicial sentences and the execution based on extrajudicial papers, and the main question concerns the execution processes that were already current by the time these laws became effective. This work does not pretend to answer all the questions that spring from the temporal conflicts due to the edition of those laws, nor to propose absolute answers to the cases presented. It wishes to set some premises that may be used when applying the new procedural rules to the ongoing processes, thus avoiding the suppression of rights during the accommodation period of the new legal order. To that end, elementary notions for the interpretation, integration and application of the law are presented, centering on the procedural norms and the Intertemporal Law, thus helping the law operators to solve temporal conflicts.

Keywords: Intertemporal Law. Execution. Effectiveness of procedural laws over time.

BENEFÍCIOS PREVIDENCIÁRIOS COMO INSTRUMENTO DEMATERIALIZAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS.

Francisco Luís Rios Alves. Juiz Federal da 15ª Vara no Ceará

Resumo: O artigo procura demonstrar que os benefícios previdenciários são instrumentos de materialização dos direitos fundamentais, partindo da premissa de que a Seguridade Social, enquanto direito social, insere-se no conceito de direito fundamental de segunda geração, sendo suas prestações inafastáveis já que se destinam a assegurar um mínimo existencial ou mínimo social, conforme a ordem jurídica em vigor no País.

Palavras-chave: Benefícios. Direito. Fundamental.

Sumário: 1. Introdução; 2. A Constituição de 1988; 3. Os direitos fundamentais; 4. Os direitos sociais como direitos fundamentais; 5. A seguridade social como direito fundamental; 6. O benefício previdenciário como direito social mínimo. Reconhecimento da dignidade humana e respeito ao direito à vida; 7. Conclusão; 8. Referências bibliográficas.

1. Introdução

Buscar-se-á a demonstração de que os benefícios previdenciários são instrumentos de materialização dos direitos fundamentais. A matéria será focalizada a partir da premissa de que a Seguridade Social, enquanto direito social, insere-se no conceito de direito fundamental de segunda geração, sendo suas prestações inafastáveis já que se destinam a assegurar um mínimo existencial ou mínimo social, conforme a ordem jurídica em vigor no País. O tema em proposição se mostra relevante no campo do direito previdenciário, justificando a sua análise o fato de não ser pacífica a inclusão dos direitos sociais no rol dos direitos fundamentais, tendo em vista a questão da “jusfundamentabilidade” dos direitos sociais.

2. A Constituição de 1988

A Constituição Federal de 1988, rompendo paradigmas, positiva que a República Federativa do Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos, dentre outros, a cidadania e a dignidade da pessoa humana (Art. 1º, incisos II e III).

Mas o que vem a ser Estado Democrático de Direito? Dentre as diversas vertentes que procuram explicitar o conteúdo deste conceito, sobleva aquela que identifica no Estado Democrático uma garantia dos direitos fundamentais da pessoa humana. Ao deter-se sobre o Estado Democrático, José Afonso da Silva¹ ensina que “o Estado de Direito, quer como Estado Liberal de Direito quer como Estado Social de Direito, nem sempre caracteriza *Estado Democrático*. Este se funda no princípio da soberania popular que ‘impõe a participação efetiva e operante do povo na coisa pública, participação que não exaure, como veremos, na simples formação das instituições representativas, que constituem um estágio da evolução do Estado Democrático, mas não o seu completo desenvolvimento’. Visa, assim, a realizar o princípio democrático como garantia geral dos direitos fundamentais da pessoa humana.”

¹ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 13ª. ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 118.

De fato, assim concebido pelo Poder Constituinte, o Estado Democrático brasileiro destina-se a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos, conforme expressamente postos no Preâmbulo² da Constituição da República Federativa do Brasil.

Destaca-se, pois, a relevância dos direitos sociais em nossa ordem jurídica, tendo a Constituição Federal de 1988 dedicado um capítulo específico para discipliná-los (Capítulo II do Título II), no qual positiva que “São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição” (Art. 6º).

Contudo, não basta a enunciação de direitos no texto constitucional, sendo imprescindíveis ações concretas do Estado que visem à realização destes direitos. Nesta perspectiva, a efetivação dos direitos sociais exige especial atenção, notadamente diante de sua inserção como valor básico e fundamental de nossa ordem jurídica.

3. Os direitos fundamentais

A doutrina³ distingue “direitos humanos” e “direitos fundamentais”, pois não são expressões sinônimas, mas sim de alcance diverso. Discorrendo sobre o tema, LUÑO⁴ ensina que direitos humanos correspondem ao *conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a*

² “Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil”.

³ CANOTILHO faz ainda distinção entre “direitos do homem” e “direitos fundamentais”, afirmando que “direitos do homem são direitos válidos para todos os povos e em todos os tempos (dimensão jusnaturalista-universalista); direitos fundamentais são direitos do homem, jurídico, jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espacio-temporalmente. Os direitos do homem arrancariam 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” (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1998. p. 369.)

⁴ LUÑO, Antonio Enrique Perez. Los derechos fundamentales. Temas claves de la Constitución Española. 6. ed. Colección dirigida por Pedro de Vega. Madrid: Tecnos, 1995. p. 46.

nivel nacional e internacional, ao passo que os direitos fundamentais, termo mais restrito, dizem respeito *aquellos derechos humanos garantizados por el ordenamiento jurídico positivo, en la mayor parte de los casos en su normativa constitucional, y que suelen gozar de una tutela reforzada*. Assim, os direitos fundamentais são aqueles valores vinculados à dignidade da pessoa humana e à limitação do poder, como positivados pela ordem jurídica interna, especialmente no texto constitucional de cada país.

Nesta perspectiva, os direitos fundamentais possuem um conteúdo ético e outro normativo. O primeiro vem consubstanciado em valores básicos para uma vida digna na sociedade. A partir dessa base axiológica, pode-se afirmar que todo homem possui direitos que devem ser reconhecidos em face de seus semelhantes e do próprio Estado. Por este aspecto, os direitos fundamentais trazem ínsita a noção de dignidade da pessoa humana e de limitação de poder. Já o conteúdo normativo traduz a idéia restritiva de que são direitos fundamentais aqueles assim considerados como tais pela ordem jurídica constitucional, como o faz a Constituição Federal de 1988, no Título II, Artigos 5º a 17, de forma expressa, além daqueles implicitamente previstos no texto constitucional, conforme a ressalva contida no Art. 5º, § 2º⁵.

Na linha do que já exposto, BONAVIDES⁶, citando Hesse, um dos clássicos do direito público alemão contemporâneo, ensina que os direitos fundamentais almejam “criar e manter os pressupostos de uma vida na liberdade e na dignidade humana”. Contudo, ao lado dessa acepção lata, há outra, mais restrita, mais específica e mais normativa, a saber, “direitos fundamentais são aqueles direitos que o direito vigente qualifica como tais.”

Conclui-se, portanto, que os direitos fundamentais são espécies do gênero direitos humanos, positivados no ordenamento jurídico, dentre os quais se inserem os direitos sociais.

4. Os direitos sociais como direitos fundamentais

⁵ Art. 5º

§ 2º. Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

⁶ BONAVIDES, PAULO; Curso de Direito Constitucional, 10ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 514.

Segundo MARMELSTEIN⁷, a “concepção dos direitos fundamentais surge junto com a consolidação das vigas-mestras do Estado democrático de direito, exatamente quando foram criados mecanismos jurídicos que possibilitassem a participação popular na tomada de decisões políticas, bem como foram desenvolvidos instrumentos para o controle e a limitação do poder estatal”. Assim concebidos, os direitos fundamentais evoluem conforme a dinâmica social, não se constituindo de valores imutáveis. KAREL VASAK revelou essa evolução constante dos direitos fundamentais ao idealizar a teoria das gerações dos direitos, inspirado no mote da revolução francesa: *liberté* (liberdade), *égalité* (igualdade), *fraternité* (fraternidade). Para VASAK a primeira geração dos direitos consiste nos direitos civis e políticos, fundados na liberdade; a segunda geração consubstancia os direitos econômicos, sociais e culturais, estabelecidos na igualdade; a última geração traduz-se nos direitos de solidariedade, baseados na fraternidade (desenvolvimento, paz, meio ambiente etc.)

Seguindo a idéia edificada por Vasak, mas deixando evidente a dinamicidade dos direitos fundamentais, BONAVIDES⁸ classifica-os em: a) de *primeira geração* ou direitos da liberdade que são aqueles que “têm por titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado, traduzem-se como faculdades ou atributos da pessoa e ostentam uma subjetividade que é seu traço mais característico; enfim, são direitos de resistência ou de oposição perante o Estado”; b) de *segunda geração* que são “os direitos sociais, culturais e econômicos bem como os direitos coletivos ou de coletividades, introduzidos no constitucionalismo das distintas formas de Estado social”; c) de *terceira geração* ou direitos da fraternidade (direito ao desenvolvimento, à paz, ao meio ambiente, de propriedade, sobre o patrimônio comum da humanidade etc.). São aqueles que “não se destinam especificamente à proteção de interesses de um indivíduo, de um grupo ou de determinado Estado. Têm primeiro por destinatário o gênero humano mesmo, num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existencialidade concreta”; e d) de *quarta geração*: direito à democracia, direito à informação e o direito ao pluralismo, dos quais “depende a concretização da sociedade aberta do futuro, em sua dimensão de máxima universalidade, para a qual o mundo parece inclinar-

⁷ MARMELSTEIN, George, Curso de direitos fundamentais, São Paulo, Atlas, 2008, p. 39

⁸ Ob. Cit. pp. 517-525.

se no plano de todas as realizações de convivência”. Paulo Bonavides defende ainda a existência de uma *quinta geração* de direitos, que consiste no direito à paz universal.

Portanto, os direitos sociais, juntamente com os culturais e econômicos, se inserem no conceito de direitos fundamentais de segunda geração, sendo assim concebidos pelo constituinte brasileiro (Capítulo II, Título II, da Constituição da República). Como afirma MARMELSTEIN⁹, os “direitos sociais são, à luz do direito positivo-constitucional brasileiro, verdadeiros direitos fundamentais, tanto em sentido formal (pois estão na Constituição e têm *status* de norma constitucional) quanto em sentido material (pois são valores intimamente ligados ao princípio da dignidade da pessoa humana).”

5. A seguridade social como direito fundamental

A Seguridade Social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos poderes públicos e da sociedade, destinada a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social. Visa, em suma, atender as necessidades básicas do ser humano. Inspira-se, pois, na dignidade da pessoa humana, bem assim na solidariedade.

Identificando-se como um direito social, a seguridade social insere-se no rol dos direitos fundamentais, qualificando-se como direito de segunda geração, exigindo para sua efetivação uma prestação positiva do Estado. Como assevera BEN-HUR RAVA¹⁰ “os direitos econômicos, sociais e culturais têm por característica, contrária aos direitos de primeira geração, a prescrição de um dever-fazer, de uma prestação positiva por parte do Estado. Com efeito, pelos direitos de segunda geração, o Estado se obriga a prover os meios materiais para a realização de serviços públicos, como é o caso do ensino, assistência médica, seguridade social, etc. Isso equivale à obrigação de fazer, por parte do Estado; isto é, proporcionar e

⁹ Ob. Cit. p. 174

¹⁰ RAVA, BEN-HUR; Direitos Humanos: Uma Perspectiva Político-Jurídica - Juris Síntese nº 44 - NOV/DEZ de 2003.

destinar os recursos para a satisfação de tais necessidades reconhecidas como fundamentais por uma opção política, dependentes do seu alcance por uma manifestação jurídica.”

Segundo TAVARES¹¹ o “direito da seguridade social é um direito social, nos termos do art. 6º da Constituição da República Federativa do Brasil. A Carta relaciona a saúde, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância e a assistência aos desamparados, como direitos prestacionais sociais de índole positiva no rol dos direitos fundamentais.”

Portanto, como direito social que é, a seguridade social reveste-se da natureza de direito fundamental, destinada a assegurar a dignidade humana, mediante prestações estatais mínimas, positivadas na Constituição e em leis ordinárias.

Não é pacífica, no entanto, a inclusão dos direitos sociais entre os direitos fundamentais. É que a doutrina controverte sobre a questão da jusfundamentabilidade dos direitos sociais, alcançando, pois, a seguridade social. Para Ricardo Lobo Torres, referido por JORGE¹², “A saída para a afirmação dos direitos sociais tem sido, nas últimas décadas: a) a redução de sua jusfundamentalidade ao mínimo existencial, que representa a quantidade mínima de direitos sociais abaixo da qual o homem não tem condições para sobreviver com dignidade; b) a otimização da parte que sobreexcede os mínimos sociais na via das políticas públicas, do orçamento e do exercício da cidadania. O equilíbrio entre os dois aspectos – de liberdade e de justiça – passa pela maximização do mínimo existencial e pela minimização dos direitos sociais em sua extensão, mas não em sua profundidade.”

Marcelo Leonardo Tavares, também referido por JORGE¹³, defende que “O conteúdo do mínimo existencial resguarda a natureza de direitos humanos das prestações sociais positivas do Estado de caráter preexistente, inalienável e universal”. Para Tavares, destaca o referido autor, o mínimo existencial – ou mínimo social – envolve um conjunto de ações sociais do Estado destinadas a garantir a dignidade da pessoa humana e deriva de valores da “liberdade para”, da “igualdade de chances” e da “solidariedade gerenciada.”

¹¹ TAVARES, MARCELO LEONARDO; Direito Previdenciário, 8ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2006, p. 1.

¹² JORGE, TÁRSIS NAMETALA SARLO; Manual dos Benefícios Previdenciários, Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2006, p. 12

¹³ Ob. Cit. p. 12.

No artigo a Fundamentalidade dos Direitos Sociais, DAYSE COELHO DE ALMEIDA¹⁴ adota o entendimento de que os direitos sociais são direitos fundamentais. Segundo a articulista, toda “a controvérsia acerca do que são direitos fundamentais ocorre em virtude da consequência jurídica que advém deste reconhecimento pelo Estado, significando conferir a estes direitos à blindagem constitucional de cláusula pétrea, garantindo sua imutabilidade”. Fincada no princípio não explícito da proibição de retrocesso social, a articulista afirma que “Embora seja sabido que o legislador dispõe de uma margem de liberdade numa democracia, não se pode admitir que se possa ignorar o conteúdo da Constituição e legislar no sentido de desconstruir ou dissolver a vontade do legislador originário”. E ainda assevera:

Como salienta Antônio Henrique Pérez Luño (1993, p. 215), os direitos sociais, denominados por Norberto Bobbio (1992) como de segunda geração, exsurgem do reconhecimento de que “liberdade sem igualdade não conduz a uma sociedade livre e pluralista, mas a uma oligarquia, vale dizer, à liberdade de alguns e à não-liberdade de muitos”, o que condiz com a idéia de mínimo existencial garantido por meio da intervenção positiva do Estado. Disto extrai-se a essencialidade dos direitos sociais e a relevância jurídica enquanto bens tutelados pela Carta Magna, a saber direito a educação, saúde, ao lazer, ao trabalho e à moradia. Todos estes direitos estão contidos no mínimo existencial englobado no conteúdo jurídico do princípio da dignidade da pessoa humana.

E conforme a tese defendida por RICARDO LOBO TORRES¹⁵:

O conceito de mínimo existencial como visto, pressupõe um conjunto de prestações sociais destinadas a resguardar as pessoas da situação de indignidade, encontrando justificação em aspectos específicos dos valores da liberdade e solidariedade. Como direito humano social, caberá ao constituinte apenas reconhecê-lo e declará-lo juntamente com os demais direitos

¹⁴ DAYSE COELHO DE ALMEIDA; A Fundamentalidade dos Direitos Sociais – *in* Juris Síntese nº 65 - MAI/JUN de 2007.

¹⁵ RICARDO LOBO TAVARES. A Jusfundamentabilidade dos direitos Sociais, *in* Arquivos de Direitos Humanos, n. 05, Renovar, 2003.

fundamentais. Isso faz com que possam ser exigidos diretamente do Estado, como direitos subjetivos. As demais prestações sociais ficarão dependentes de previsão programática através de produção legislativa e de atos administrativos de governo, observadas as limitações orçamentárias – serão direitos fruíveis “na medida do possível”.

Afirma-se, pois, a jusfundamentabilidade dos direitos sociais, enquanto sejam destinados a assegurar a dignidade da pessoa humana, criando as condições mínimas de subsistência.

6. O benefício previdenciário como direito social mínimo. Reconhecimento da dignidade humana e respeito ao direito à vida.

A Seguridade Social, conforme conceituada no texto constitucional¹⁶, abrange um conjunto de prestações positivas do Estado nas áreas de saúde, assistência e previdência social, com vistas à realização do bem-estar e da justiça social (Constituição Federal, Art.193¹⁷).

Na lição de Sérgio Pinto Martins¹⁸ a Seguridade Social envolve “um conjunto de princípios, de regras e de instituições destinado a estabelecer um sistema de proteção social aos indivíduos contra contingências que os impeçam de prover as suas necessidades pessoais básicas e de suas famílias, integrado por ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, visando assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social”.

¹⁶ Art. 194. A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social.

¹⁷ Art. 193. A ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais.

¹⁸ MARTINS, Sérgio Pinto. Direito da seguridade social. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2000. p. 42.

MIGUEL HORVATH JÚNIOR¹⁹, em breve resumo, expõe o que se deve entender por Seguridade Social e as prestações (previdência, assistência e saúde) por ela envolvidas, *verbis*:

A seguridade social é a forma que o Estado tem de assegurar aos cidadãos uma tutela de base, que cubra suas necessidades essenciais.

O direito à Seguridade Social é público subjetivo, irrenunciável, inalienável e intransmissível, se trata de um direito especialmente protegido através de normas gerais de imprescritibilidade.

A garantia que assegura a satisfação das necessidades essenciais faz nascer, para os integrantes da sociedade, o direito público subjetivo oponível contra o Estado, quando este não cumpre as garantias fixadas constitucionalmente.

A previdência tem como objetivo a proteção dos eventos previstos no art. 201 da Constituição Brasileira, a saber: doença, invalidez, morte, idade, reclusão, proteção à maternidade, proteção contra desemprego involuntário, encargos familiares e acidente do trabalho.

A previdência social pressupõe o pagamento de contribuições e risco pré-determinados (com determinada previsão financeira para cobri-los).

A assistência social visa a proteção do indivíduo que não possa por si só, ou com a ajuda de seus familiares, obter seu sustento. Tem como objetivos principais a proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência, à velhice; o amparo às crianças e adolescentes carentes; promoção da integração ao mercado de trabalho; habilitação e reabilitação de pessoas portadoras de deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária; a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família. As prestações assistenciais independem de contribuição, sendo financiadas pela receita geral tributária.

A assistência social pressupõe uma não acumulação de meios e cobertura das necessidades. O indivíduo deve requerer e provar o seu estado de necessidade.

A saúde é direito de todos e dever do Estado. Objetiva a redução do risco de doenças, bem como a facilitação do acesso aos serviços de recuperação da higidez física e mental. Atua de forma preventiva e curativa. A ação preventiva visa a evitar que a higidez e integridade física do cidadão sejam atingidas, isto é, eliminar o risco

¹⁹ HORVATH JÚNIOR, MIGUEL – Direito Previdenciário; 5ª ed. – São Paulo Quartier Latin, 2005, p. 88.

que a vida em sociedade geralmente potencializa. A ação curativa trata de recuperar a pessoa que já teve a sua higidez ou integridade física afetadas.

As prestações da seguridade social, portanto, destinam-se a assegurar um mínimo essencial, criando para o Estado o dever de prestá-las sempre que ocorram riscos sociais que a demandem, visando a proteção da dignidade humana e a implementação do bem-estar e da justiça social. A Seguridade Social se insere, pois, dentro da denominada segunda dimensão dos direitos constitucionais, buscando a realização da plenitude do ser humano.

Ora, a dignidade da pessoa humana e o direito à vida se incluem no “núcleo duro” do direito, pois não comportam restrição no seu exercício. A Constituição elegeu a dignidade humana como fundamento da República (Art. 1º, III). A previdência social é um dos instrumentos utilizados pelo Estado para assegurar a dignidade da pessoa humana. É através dela, juntamente com a saúde e a assistência social, que o Estado Brasileiro concretiza a proteção do mínimo existencial ou mínimo social, assegurando prestações mínimas que garantam ao ser humano uma vida digna, seja no aspecto material seja moral. Assegura-se, ainda, o direito à vida, conquanto se atribua aos trabalhadores prestações que supram suas necessidades vitais. Ao longo da Constituição várias disposições conduzem à conclusão inafastável de que o Estado atraiu para si o dever de assegurar o mínimo existencial, como concreção do princípio fundamental da dignidade humana. A título de exemplo, o Art. 7º, inciso IV, da Constituição Federal, ao cuidar do salário mínimo, estabelece que ele se destina a atender as necessidades básicas do trabalhador e as de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social. Corroborando este comando, o art. 201, § 2º, da CF, dispõe que nenhum benefício que substitua o salário de contribuição ou o rendimento do trabalho do segurado terá valor mensal inferior ao salário mínimo. Por seu turno, a Lei 8.213/91, no art. 1º, dispõe que a finalidade da Previdência Social é assegurar aos beneficiários os meios indispensáveis de manutenção, quando estes estiverem em situações de incapacidade, de desemprego involuntário ou em idade avançada, ou ainda, em razão do tempo de serviço ou elevação de encargos familiares. Também assegura a manutenção da família do segurado em razão de prisão ou morte. Ou seja, os benefícios previdenciários destinam-se a prover o trabalhador de um mínimo social, visando a sua manutenção digna e de sua família. Cuida-se de um mínimo vital.

Realmente, a Previdência Social objetiva a manutenção digna dos segurados e seus dependentes mediante a entrega de prestações mínimas, arroladas no art. 18 da Lei 8.213/91, a saber: I - quanto ao segurado: a) aposentadoria por invalidez; b) aposentadoria por idade; c) aposentadoria por tempo de serviço; d) aposentadoria especial; e) auxílio-doença; f) salário-família; g) salário-maternidade; h) auxílio-acidente; i) (Revogada pela Lei nº 8.870, de 15.04.1994); II - quanto ao dependente: a) pensão por morte; b) auxílio-reclusão; III - quanto ao segurado e dependente: a) (Revogada pela Lei nº 9.032, de 28.04.1995); b) serviço social; c) reabilitação profissional. Portanto, pode-se afirmar categoricamente que as prestações previdenciárias, assim como a assistência e a saúde, revelam-se como instrumento de materialização do princípio da dignidade humana e se apresentam como um mínimo vital indispensável.

TAVARES²⁰, deparando-se com essa temática, indaga-se: Qual seria então a configuração mínima de previdência suficiente para garantir a dignidade humana? O que seria previdência como direito fundamental? E assim responde à indagação: “A previdência fundamental deve ser baseada nos princípios da universalidade, da uniformidade e da solidariedade na proteção dos segurados mais desvalidos, mediante a participação do Estado; na cobertura dos riscos sociais da morte, da idade avançada, da incapacidade, da maternidade e do desemprego involuntário; e no estabelecimento de patamares mínimos e máximos de pagamento de benefícios, coma manutenção real do valor das prestações.” Adverte, no entanto, que “Assegurada essa configuração mínima, da qual o Estado não se pode furtar, a proteção perde o caráter de fundamentabilidade e passa a ser merecedora de proteção na medida das possibilidades orçamentárias e a partir de uma avaliação de conveniência e oportunidade da maioria do povo, mediante manifestação democrática.

7. Conclusão

A Seguridade Social, como direito social, insere-se no conceito de direito fundamental de segunda geração e as prestações previdenciárias, enquanto destinadas a prover

²⁰ TAVARES, MARCELO LEONARDO; Direito Previdenciário, 8ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2006, p. 28.

um mínimo existencial, se afirmam como expressão do princípio da dignidade humana e visam à preservação do direito à vida, como “núcleo duro do direito”. Os benefícios previdenciários, pois, traduzem-se como instrumento de materialização de direitos fundamentais.

8. Referências bibliográficas

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 13ª. ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 118.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1998. p. 369.)

LUÑO, Antonio Enrique Perez. **Los derechos fundamentales. Temas claves de la Constitución Española**. 6. ed. Colección dirigida por Pedro de Vega. Madrid: Tecnos, 1995. p. 46.

BONAVIDES, PAULO; **Curso de Direito Constitucional**, 10ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 514.

MARMELSTEIN, George, **Curso de direitos fundamentais**, São Paulo, Atlas, 2008, p. 39

RAVA, BEN-HUR; **Direitos Humanos: Uma Perspectiva Político-Jurídica - Juris Síntese nº 44 - NOV/DEZ de 2003**.

TAVARES, MARCELO LEONARDO; **Direito Previdenciário**, 8ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2006, p. 1.

JORGE, TÁRSIS NAMETALA SARLO; **Manual dos Benefícios Previdenciários**, Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2006, p. 12

DAYSE COELHO DE ALMEIDA; **A Fundamentalidade dos Direitos Sociais** – *in* Juris Síntese nº 65 - MAI/JUN de 2007.

RICARDO LOBO TAVARES. **A Jusfundamentabilidade dos direitos Sociais**, *in* Arquivos de Direitos Humanos, n. 05, Renovar, 2003.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito da seguridade social**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2000. p. 42.

HORVATH JÚNIOR, MIGUEL – **Direito Previdenciário**; 5ª ed. – São Paulo Quartier Latin, 2005, p. 88.

A QUEM COMPETE LEVANTAR AS VERBAS DEPOSITADAS EM AÇÃO CONSIGNATÓRIA EXTINTA SEM JULGAMENTO DO MÉRITO?

Frederico Augusto Leopoldino Koehler. Juiz Federal. Mestre em Direito Público pela Universidade Federal de Pernambuco – UFPE. Professor Assistente do Curso de Graduação em Direito da Universidade Federal de Pernambuco – UFPE. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual – IBDP. Ex-Procurador Federal.

Resumo: O texto analisa e sugere uma resposta a uma interessante questão que se põe com certa frequência na prática forense das ações consignatórias, qual seja, saber quem deve levantar as verbas depositadas quando uma ação do gênero é extinta sem julgamento do mérito. Abordam-se os efeitos do ajuizamento da ação consignatória, a natureza jurídica da sentença e do depósito pecuniário neste tipo de ação, e acórdãos representativos das duas correntes contrapostas existentes na jurisprudência pátria, apontando, ao final, a nossa posição quanto ao tema.

Palavras-chave: Ação Consignatória; Extinção sem Julgamento do Mérito; Levantamento dos Valores Depositados.

Sumário: 1. Introdução; 2. O levantamento dos depósitos pecuniários na ação consignatória e o artigo 899, parágrafo 1º, do CPC; 3. Efeitos do ajuizamento da ação consignatória; 4. Natureza jurídica da sentença e do depósito pecuniário na ação consignatória; 5. A posição jurisprudencial sobre o tema; 6. Conclusão; 7. Referências bibliográficas.

1. Introdução

O presente artigo tem como objetivo analisar uma interessante questão que se põe com certa frequência na prática forense das ações consignatórias, qual seja, quem deve levantar as verbas depositadas quando uma ação do gênero é extinta sem julgamento do mérito.

Examinaremos os efeitos do ajuizamento da ação consignatória, a natureza jurídica da sentença e do depósito pecuniário neste tipo de ação, e acórdãos representativos das duas

correntes contrapostas existentes na jurisprudência pátria, apontando, ao final, a nossa posição quanto ao tema.

2. O levantamento dos depósitos pecuniários na ação consignatória e o artigo 899, parágrafo 1º, do CPC

A ação de consignação em pagamento é regida pelos artigos 890 a 900 do Código de Processo Civil, fazendo-se necessária a transcrição de alguns desses dispositivos para a elucidação da questão em estudo:

“Art. 890. Nos casos previstos em lei, poderá o devedor ou terceiro requerer, com efeito de pagamento, a consignação da quantia ou da coisa devida.

Art. 899. Quando na contestação o réu alegar que o depósito não é integral, é lícito ao autor completá-lo, dentro em 10 (dez) dias, salvo se corresponder a prestação, cujo inadimplemento acarrete a rescisão do contrato.

§ 1º Alegada a insuficiência do depósito, poderá o réu levantar, desde logo, a quantia ou a coisa depositada, com a conseqüente liberação parcial do autor, prosseguindo o processo quanto à parcela controvertida. (Incluído pela Lei nº 8.951, de 13.12.1994)

§ 2º A sentença que concluir pela insuficiência do depósito determinará, sempre que possível, o montante devido, e, neste caso, valerá como título executivo, facultado ao credor promover-lhe a execução nos mesmos autos. (Incluído pela Lei nº 8.951, de 13.12.1994)”

O objetivo primordial da ação consignatória é o pagamento forçado da dívida ao credor-consignado, com a conseqüente liberação do devedor-consignante.

Enfatize-se o teor do artigo 899, parágrafo 1º, do CPC, acima transcrito, o qual permite que o réu levante desde logo o valor depositado, independentemente de concordância do autor, com a liberação parcial da dívida, prosseguindo o processo quanto à parcela controvertida, sempre que

sua contestação esteja limitada à alegação de insuficiência do depósito. A esse respeito, procedo à transcrição dos ensinamentos de Antônio Carlos Marcato¹:

“Não complementado o depósito, ainda assim poderá o réu levantar a quantia ou coisa depositada, eis que a controvérsia repousa exclusivamente na diferença por ele reclamada. E o processo prosseguirá, agora, apenas para a obtenção de um provimento judicial dispondo sobre a aludida diferença”.

Essa faculdade do réu decorre do fato de que o valor depositado pelo autor-devedor é incontroverso, não havendo dúvida alguma de que tal quantia pertence ao réu-credor, a quem compete levantá-la.

Imaginemos, porém, um caso em que a ação consignatória seja extinta sem julgamento do mérito, por desistência do autor ou outro motivo qualquer, sem que ainda tenha havido o levantamento dos valores em depósito previsto no indigitado artigo 899, parágrafo 1º. A quem caberia o levantamento dos valores depositados nessa hipótese?

3. Efeitos do ajuizamento da ação consignatória

Com a ação consignatória ajuizada e o depósito deferido e realizado, surgem várias conseqüências jurídicas relevantes, dentre as quais a suspensão da exigibilidade da dívida e o afastamento da mora do devedor.

Em um processo de Sistema Financeiro de Habitação, *verbi gratia*, o mutuário pode ajuizar ação consignatória contra a Caixa Econômica Federal, com vistas a depositar o montante do financiamento imobiliário que entende devido e liberar-se da dívida. Caso o depósito seja deferido por medida liminar – o que geralmente acontece caso seja oferecido um valor razoável – , permanece o devedor-consignante na posse do seu imóvel, cuja execução extrajudicial fica obstada. Além disso, o depósito exitoso ocasiona a retirada do nome do consignante dos cadastros restritivos de crédito.

Outro exemplo: em um contrato de financiamento de automóvel alienado fiduciariamente, o devedor ingressa com ação consignatória, com o fito de depositar as parcelas vincendas e, com

¹ MARCATO, Antônio Carlos. Da consignação em pagamento: os procedimentos do Código de Processo Civil e da Lei nº 8.245, de 1991. *Revista do Advogado*, São Paulo-SP, n. 63, jun. 2001, p. 67.

isso, obstar a perda do bem em ação de busca e apreensão. Como afirmado nos enunciados das primeiras conclusões dos estudos e discussões realizados pelo Fórum Permanente das Varas Cíveis da Capital, desenvolvido com o apoio do Instituto dos Magistrados de Pernambuco – IMP²:

“A situação é de conexão entre as duas ações, pois ambas originam-se de um mesmo contrato, e através de uma delas o devedor fiduciário pretende anular a mora e, principalmente, evitar a perda da posse do bem alienado fiduciariamente, culminando com a final declaração da extinção da obrigação de pagamento. Na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça encontramos indicativos de que essa Corte tentou inicialmente resolver esse problema pelo critério temporal, isto é, a prévia distribuição de uma ou outra ação prejudicaria o pedido na subseqüente. Ajuizada previamente a consignatória, com o depósito das parcelas na forma pretendida pelo autor, não se poderia deferir liminar na ação de busca e apreensão que se lhe seguisse. Representa essa corrente acórdão da lavra do eminente Ministro Ruy Rosado de Aguiar, assim ementado:

‘Ajuizada ação consignatória antes de intentada a ação de busca e apreensão, com depósito das prestações consideradas devidas, não cabe deferir medida liminar de busca e apreensão’. (Resp 489564-DF, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, ac. j. 17.06.03, DJ 25.08.03)”. (grifos nossos)

Na verdade, os efeitos do depósito benéficos ao consignante-devedor têm sua exata contrapartida no levantamento das quantias depositadas pelo réu-consignado. É o que se pode apreender da lição a seguir explicitada³:

“Realizado o depósito inicial pelo autor, poderá o réu requerer o levantamento das importâncias posteriormente depositadas por aquele, desde que sobre elas não penda controvérsia.

² **Enunciados das primeiras conclusões dos estudos e discussões realizados pelo Fórum Permanente das Varas Cíveis da Capital**, desenvolvido com o apoio do Instituto dos Magistrados de Pernambuco – IMP. Disponível em <<http://www.tjpe.gov.br/cej/SumulasEnunciados/arquivos/Enunciados%20.doc>>. Acesso em 06 abr. 2007.

³ MARCATO, Antônio Carlos. *Op. cit.*, p. 69.

A possibilidade aberta pela lei é extremamente benéfica, quer por ensejar ao autor sua desoneração dessas prestações, livrando-se, no que a elas pertine, dos riscos e ônus da mora, quer por permitir ao réu a pronta satisfação desses créditos”. (grifos nossos)

Destarte, afigurar-se-ia deveras injusto que o devedor-consignante se valesse dos depósitos pecuniários para atingir as finalidades adrede descritas, eximindo-se do pagamento da dívida por um longo período, e, posteriormente, viesse a desistir da ação ou a abandoná-la, com o levantamento dos valores em depósito, deixando o consignado sem a sua contrapartida, qual seja, o recebimento da parte incontroversa do débito⁴.

4. Natureza jurídica da sentença e do depósito pecuniário na ação consignatória

A sentença na ação consignatória tem natureza declaratória. O depósito, por sua vez, é instituto de direito material, e não propriamente processual. Isso porque não se discute a existência do débito, o *an debeat*, mas sim o *quantum debeat*. Aí está mais uma razão para não se considerar que apenas com a sentença de mérito poderia o credor levantar os valores em depósito. Tal fato foi bem entendido pelo legislador, que incluiu o parágrafo 1º no artigo 899 do CPC, por meio da Lei nº 8.951/94.

Sobre a natureza da sentença na ação consignatória, vide a lição de Antônio Carlos Marcato⁵:

“A sentença proferida na ação de consignação em pagamento tem natureza meramente declaratória.

De fato, a extinção da obrigação opera-se em razão da pertinência e suficiência do depósito, contendo a sentença a declaração da inexistência do crédito em razão da realização daquele;”.

⁴ Para ilustrar essa hipótese, recorro novamente ao exemplo anteriormente citado do mútuo para financiamento de imóvel através do Sistema Financeiro de Habitação. Imagine-se a hipótese em que, após longo trâmite processual com a exigibilidade da dívida suspensa, tenha sido produzida prova pericial em sentido contrário ao entendimento do autor-consignante. Seria irrazoável e descabido permitir que o autor, posteriormente à realização da prova pericial desagasalhando a sua pretensão, desistisse da ação e ainda pretendesse levantar a quantia que ele próprio afirmara dever. Nesse sentido, leia-se o inteiro teor do REsp 568.552-GO, adiante analisado.

⁵ MARCATO, Antônio Carlos. *Op. cit.*, p. 69.

A propósito, observe-se o que dispõe o Código Civil de 2002 a esse respeito:

“Art. 334. Considera-se pagamento, e extingue a obrigação, o depósito judicial ou em estabelecimento bancário da coisa devida, nos casos e forma legais.” (grifos nossos)

É por essa razão que o parágrafo 1º do artigo 899 do CPC dispõe que, alegada a insuficiência do depósito, poderá o réu levantar, desde logo, a quantia ou a coisa depositada, com a conseqüente liberação parcial do autor, prosseguindo o processo quanto à parcela controvertida. A eficácia liberatória integral do pagamento fica a depender do juízo posterior que o julgador emite a respeito do montante devido. Contudo, de um modo ou de outro, as parcelas depositadas podem ser de logo empregadas na quitação da parte incontroversa do débito.

Como se pode perceber, o pronunciamento judicial será decisivo para determinar se o valor depositado é correto ou se é insuficiente. Em outras palavras, se o devedor deposita X, tem-se que esse é o valor incontroverso a que, no mínimo, o credor faz jus, independentemente de declaração do Poder Judiciário quanto a isto. A atividade jurisdicional, nesse caso, será imprescindível apenas para determinar se há valores complementares a serem depositados.

A esse respeito, veja-se a lição de Cândido Dinamarco⁶:

“A lei inovou corajosamente na disciplina da ação de consignação em pagamento, também para autorizar ao réu o levantamento imediato do valor depositado. Diz que o processo prosseguirá 'quanto à parcela controvertida', o que significa que prosseguirá para converter em integral essa parcial exoneração obtida pelo autor quando feito o levantamento (art. 899, § 1º) ou para condená-lo a pagar a diferença que houver.

Essa valiosíssima inovação inclui-se no contexto de um processo que não é mais encarado unilateralmente como arma de um dos litigantes contra o outro, mas como instrumento para dar tutela a quem tiver direito. **Se o réu-credor nada alega além de insuficiência do crédito, a única divergência possível entre ele**

⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Reforma do Código de Processo Civil**. 5. ed., São Paulo: Malheiros, p. 175-176.

e o autor é sobre se o crédito se reduz àquilo que foi depositado ou se é maior. No mínimo, ele terá direito ao valor do depósito.” (grifos nossos)

No que pertine a essa matéria, vem a calhar a doutrina de Nelson José de Souza Travassos⁷:

“A questão relativa à natureza do depósito é abordada por ADROALDO FURTADO FABRÍCIO(8), que sustenta sê-la de direito material, consignando, inclusive, que alguns sistemas jurídicos permitem a liberação por essa via sem nenhuma intervenção judicial, desde que não impugnado o depósito (...).
(...).

Atualmente, pois, em razão de o § 1º do art. 890 do Código de Processo Civil prever a liberação do devedor através do depósito bancário da dívida de dinheiro, é possível afirmar que o pagamento por consignação já não é mais um procedimento totalmente judicial e agora, mais que antes, está evidenciado como sendo de direito material a natureza do depósito liberatório e que o processo cuida apenas de *dar validez a un pago en el que no interviene la voluntad del credor*(9). Por isso, as razões que antes davam suporte ao majoritário entendimento doutrinário de que a sentença proferida na consignatória ser de natureza declaratória não empalideceram com a reforma(10), muito pelo contrário, reabasteceram-nas, porque agora está explicitamente reconhecido na lei processual que a eficácia extintiva da obrigação decorre do próprio depósito e não da sentença (art. 891 do CPC).

(...).

CÂNDIDO DINAMARCO(11) parece entender que o fato de a norma conferir a essa sentença a eficácia de título executivo judicial, não lhe altera a natureza eminentemente declaratória (...).

(...).

A questão da suficiência do depósito e da sua quantificação quando resolvida na sentença não declara a relação de direito material nem cria nenhum direito novo a ser integrado ao patrimônio do credor, porque esse direito está constituído no próprio título. A sentença não declara a

⁷ TRAVASSOS, Nelson José de Souza. Ação de consignação em pagamento: a natureza da sentença em face das alterações imprimidas pela reforma do código de processo civil. **RJ**, n. 249, jul. 1998.

existência da obrigação porque ela já existe. Ela somente determina o montante devido e condena o devedor a satisfazer a obrigação agora determinada na espécie e quantidade.” (grifos nossos)

No momento de ajuizar a ação, o consignante tem que ter ciência de que está oferecendo uma quantia ao credor, indicando aquela quantia como efetivamente devida. Assim, a propositura da ação consignatória equivale a uma confissão de dívida, que deve ser levada em consideração quando do ajuizamento da demanda.

Note-se que o melhor resultado que pode ser obtido pelo autor na demanda é o recebimento dos valores por ele indicados como pagamento integral, com a conseqüente quitação da dívida. Isso advém da inexistência de controvérsia no que diz respeito a esses valores, que constituem um piso da dívida em discussão.

Nesse diapasão, faz-se mister a leitura da lição de Antônio Carlos Marcato, a seguir transcrita⁸:

“De fato, é o depósito (e não a oferta) que, uma vez declarado válido e suficiente por sentença, libera o autor consignante do vínculo obrigacional (CC, artigo 972) e faz cessar os juros e os riscos da dívida (artigos 958 e 976). Logo, é de todo conveniente seja ele realizado *ab initio*, evitando assim, para o depositante, os riscos e transtornos que poderiam advir de seu retardamento”. (grifos nossos)

A importância do depósito resta claramente demonstrada quando se percebe que a propositura de ação consignatória sem a efetivação de depósito gera como conseqüência direta a extinção do processo sem julgamento do mérito. Nessa senda, é de ver-se novamente a doutrina de Antônio Carlos Marcato⁹:

“A lei é omissa quanto às conseqüências advindas da não realização do depósito, mas é evidente que essa omissão do autor acarretará a pura e simples extinção do processo, sem julgamento do mérito. E isto porque o depósito é essencial para o

⁸ MARCATO, Antônio Carlos. *Op. cit.*, p. 63.

⁹ MARCATO, Antônio Carlos. *Op. cit.*, p. 64.

prosseguimento regular do processo, seja porque o réu somente será citado (e poderá, portanto, exercer o seu direito de resposta) após a sua realização, seja porque apenas ele (e não a sentença) tem o condão de desconstituir o vínculo obrigacional, se e quando reputado correto e eficaz pelo juiz”.

5. A posição jurisprudencial sobre o tema

A jurisprudência do Colendo Superior Tribunal de Justiça vem oscilando sobre o tema em estudo, havendo acórdãos discrepantes nos diversos órgãos turmários. Primeiramente, transcrevo decisórios segundo os quais o levantamento dos depósitos em ação consignatória extinta sem julgamento do mérito cabe ao devedor-consignante, com o retorno da situação ao *status quo ante*:

“REsp 583354/GO; RECURSO ESPECIAL 2003/0151738-2

Relator(a) Ministra NANCY ANDRIGHI (1118)

Órgão Julgador T3 - TERCEIRA TURMA

Data do Julgamento 07/12/2004

Data da Publicação/Fonte DJ 01.02.2005 p. 545

Acórdão. Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da TERCEIRA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas constantes dos autos, por unanimidade, não conhecer do recurso especial. Os Srs. Ministros Castro Filho e Carlos Alberto Menezes Direito votaram com a Sra. Ministra Relatora. Ausentes, ocasionalmente, os Srs. Ministros Antônio de Pádua Ribeiro e Humberto Gomes de Barros.

Ementa. Processual civil. Recurso especial. Ação de consignação em pagamento. Ausência de contestação. Homologação do pedido de desistência formulado pelo autor. Extinção do processo sem julgamento do mérito. Levantamento do depósito pelo autor. Possibilidade.

- Em razão da extinção do processo sem julgamento do mérito, decorrente da homologação do pedido de desistência da ação de consignação em pagamento formulado pelo autor, na qual não houve contestação, tem ele o direito ao levantamento das quantias depositadas em juízo, posto que a obrigação junto ao réu subsiste para todas as conseqüências de direito.

Recurso especial não conhecido.¹⁰

* * *

REsp 427414/RS; RECURSO ESPECIAL 2002/0042988-5

Relator(a) Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI (1124)

Órgão Julgador T1 - PRIMEIRA TURMA

Data do Julgamento 06/05/2004

Data da Publicação/Fonte DJ 24.05.2004 p. 159

Acórdão. Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Denise Arruda e Francisco Falcão votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ementa. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CONSIGNATÓRIA. DESISTÊNCIA. EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM JULGAMENTO DE MÉRITO (CPC, ART. 267, VI). POSSIBILIDADE DE AJUIZAMENTO DE NOVA AÇÃO. RETORNO AO STATUS QUO ANTE. LEVANTAMENTO DO DEPÓSITO PELO AUTOR.¹¹

* * *

AgRg no Ag 664268/SC; AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO 2005/0038613-3

Relator(a) Ministro FERNANDO GONÇALVES (1107)

Órgão Julgador T4 - QUARTA TURMA

Data do Julgamento 20/10/2005

Data da Publicação/Fonte DJ 14.11.2005 p. 331

¹⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 583.354/GO. Terceira Turma. Relator(a): Nancy Andrichi. Julgamento: 07.12.2004. Publicação: DJ 01.02.2005, p. 545. Disponível em <<http://www.stj.gov.br/SCON>>. Acesso em 07 mar. 2007.

¹¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 427.414/RS. Primeira Turma. Relator(a): Teori Albino Zavascki. Julgamento: 06.05.2004. Publicação: DJ 24.05.2004 p. 159. Disponível em <<http://www.stj.gov.br/SCON>>. Acesso em 07 mar. 2007.

Acórdão. Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental. Os Ministros Aldir Passarinho Junior, Jorge Scartezzini, Barros Monteiro e Cesar Asfor Rocha votaram com o Ministro Relator.

Ementa. AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE CONSIGNAÇÃO EM PAGAMENTO. HOMOLOGAÇÃO DO PEDIDO DE DESISTÊNCIA FORMULADO PELO AUTOR. EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM JULGAMENTO DO MÉRITO. LEVANTAMENTO DO DEPÓSITO PELO AUTOR. POSSIBILIDADE.

1. No caso de homologação de pedido de desistência formulado em ação de consignação em pagamento, acarretando na extinção do processo sem julgamento do mérito, é cabível que o autor proceda ao levantamento das quantias por ele depositadas em juízo.

2. Agravo regimental desprovido.”¹² (grifos nossos)

Por outro lado, passo à transcrição dos acórdãos do STJ que entendem que a extinção da ação consignatória sem julgamento do mérito dá ensejo ao levantamento dos valores depositados pelo credor-consignado:

“REsp 568552/GO; RECURSO ESPECIAL 2003/0146143-5

Relator(a) Ministro LUIZ FUX (1122)

Órgão Julgador T1 - PRIMEIRA TURMA

Data do Julgamento 03/03/2005

Data da Publicação/Fonte DJ 28.03.2005 p. 190

RSTJ vol. 191 p. 111

Acórdão. Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da PRIMEIRA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, dar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros

¹² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 664.268/SC. Quarta Turma. Relator(a): Fernando Gonçalves. Julgamento: 20.10.2005. Publicação: DJ 14.11.2005, p. 331. Disponível em <<http://www.stj.gov.br/SCON>>. Acesso em 07 mar. 2007.

Teori Albino Zavascki, Denise Arruda, José Delgado e Francisco Falcão votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ementa. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE CONSIGNAÇÃO EM PAGAMENTO. SFH. DESISTÊNCIA, APÓS A REALIZAÇÃO DA PROVA PERICIAL. LEVANTAMENTO DO DEPÓSITO.

1. A Administração Pública, direta e indireta, conquanto ré, salvo exceções legais, submete-se aos ritos especiais traçados no Código de Processo Civil.

2. A reforma do Código de Processo Civil engendrada em 1994 introduziu o § 1º no art. 899, possibilitando o levantamento, pelo consignado, das quantias depositadas, quando, alegada em contestação, a insuficiência do depósito, revelando-se faculdade do credor, independentemente de concordância por parte do consignante.

3. À luz do § 1º do art. 899 do CPC, não é lícito ao devedor valer-se de consignação em pagamento para, após a realização da prova pericial desagasalhando a sua pretensão, desistir da ação e pretender levantar a quantia que ele próprio afirmara dever.

4. Havendo a desistência da ação e levantada a quantia incontroversa, a quitação parcial produzirá os seus efeitos no plano do direito material, e, sob o ângulo processual, impedirá a repropositura pelo todo, admitindo a acionabilidade pelo resíduo não levantado.

5. Raciocínio inverso infirmaria a ratio essendi do § 1º do art. 899 do CPC, fundado em razão de Justiça, equidade e economia processual.

6. Recurso especial provido.¹³

* * *

REsp 515976/GO; RECURSO ESPECIAL 2002/0176065-8

Relator(a) Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS (1096)

Órgão Julgador T3 - TERCEIRA TURMA

Data do Julgamento 02/12/2004

Data da Publicação/Fonte DJ 17.12.2004 p. 519

¹³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 568.552/GO. Primeira Turma. Relator(a): Luiz Fux. Julgamento: 03.03.2005. Publicação: DJ 28.03.2005, p. 190. Disponível em <<http://www.stj.gov.br/SCON>>. Acesso em 08 mar. 2007.

Acórdão. Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer do recurso especial e dar-lhe provimento. Os Srs. Ministros Carlos Alberto Menezes Direito, Nancy Andrighi, Castro Filho e Antônio de Pádua Ribeiro votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ementa. PROCESSUAL. CONSIGNAÇÃO. DEPÓSITO. LEVANTAMENTO. EXTINÇÃO DO FEITO SEM JULGAMENTO DO MÉRITO. CPC, ART. 899, § 1º. APLICABILIDADE.

- O § 1º do Art. 899 do CPC outorga ao réu, na ação de consignação, o direito de levantar, desde logo, a quantia depositada pelo autor, por se tratar de valor incontroverso. Isto porque, a quantia oferecida é aquela que o autor reconhece como devida e, se o réu aceita recebê-la, é porque admite ser credor.

- O § 2º do Art. 899 nada tem com o § 1º. Ele trata de sentença de mérito que constitui um título executivo em favor do credor demandado.

- **Não faz sentido devolver à devedora quantia que ela mesma ofereceu em pagamento. Tal devolução obrigaria a credora a desenvolver desnecessário esforço de cobrança. Isso significa: a devolução instaurará lide em torno de controvérsia inexistente, fazendo tábula rasa da instrumentalidade das normas processuais.**¹⁴ (grifos nossos)

Em nossa opinião, afigura-se correto o posicionamento segundo o qual a extinção da ação consignatória sem julgamento do mérito permite o levantamento dos valores depositados pelo credor-consignado.

Entendimento contrário negaria a própria razão de ser do parágrafo 1º do artigo 899 do CPC. Ademais, como dito anteriormente no item “4” deste trabalho, seria profundamente injusto devolver os valores depositados ao autor, sabendo que inexistente controvérsia com relação a tal montante, o qual, a propósito, fora ofertado voluntariamente em pagamento ao devedor. Tal procedimento forçaria o credor a desenvolver todo um supérfluo esforço de cobrança acerca de débito incontroverso. Seria uma total afronta aos princípios da instrumentalidade das normas processuais, da economia processual e da duração razoável do processo, além do que

¹⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 515.976/GO. Terceira Turma. Relator(a): Humberto Gomes de Barros. Julgamento: 02.12.2004. Publicação: DJ 17.12.2004, p. 519. Disponível em <<http://www.stj.gov.br/SCON>>. Acesso em 08 mar. 2007.

possibilitaria ao devedor tentar evadir-se, com todos os meios processuais de defesa e recurso cabíveis, do adimplemento de um débito que já confessara devido e já houvera oferecido em pagamento.

Nesse mesmo sentido por nós adotado, cito os seguintes precedentes jurisprudenciais do Tribunal Regional Federal da 1ª Região:

“PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE CONSIGNAÇÃO EM PAGAMENTO. EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM JULGAMENTO DO MÉRITO. LEVANTAMENTO DOS VALORES DEPOSITADOS. PECULIARIDADES DAS AÇÕES RELATIVAS AO SFH. IMPOSSIBILIDADE.

1. Embora tecnicamente correto, não é razoável, do ponto de vista prático, que a parte, tendo depositado valores que considerou incontroversos em vez de pagar as mensalidades diretamente ao agente financeiro, venha a levantar esses valores depositados em razão de extinção do processo sem julgamento do mérito.

2. Negado provimento ao agravo de instrumento.

(AG 2002.01.00.033395-3/PA, Rel. Desembargador Federal João Batista Moreira, Rel. Acor. Desembargador Federal João Batista Moreira, Quinta Turma, DJ de 29/08/2005, p.122)¹⁵

* * *

PROCESSUAL CIVIL. SFH. CONTRATO DE MÚTUO. EXECUÇÃO EXTRAJUDICIAL CONSUMADA. AUSÊNCIA DE INTERESSE PROCESSUAL DA MUTUÁRIA PARA PROPOR AÇÃO CONSIGNATÓRIA. COMPETÊNCIA PARA O LEVANTAMENTO DOS VALORES CONSIGNADOS.

1. Após consumado o leilão extrajudicial, com a subsequente expedição da carta de arrematação do imóvel, não mais subsiste o interesse processual da mutuária

¹⁵ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Agravo de Instrumento nº 2002.01.00.033395-3/PA. Quinta Turma. Relator(a) p/ Acórdão: João Batista Moreira. Publicação: DJ 29.08.2005, p. 122. Disponível em <<http://www.trf1.gov.br/>>. Acesso em 09 mar. 2007.

de ajuizar ação de consignação em pagamento com o objetivo de liberar-se da obrigação por meio do depósito de prestações de contrato de mútuo habitacional, visto que já extinto o vínculo obrigacional. Carência de ação proclamada. Precedentes da Corte.

2. De outro lado, não se conhece do pedido deduzido na inicial de suspensão dos efeitos dos leilões realizados, porquanto tal pretensão não se encontra amparada em nenhum fundamento fático-jurídico.

3. Tendo sido a consignatória extinta, sem julgamento do mérito, é admissível o levantamento dos valores depositados pela entidade financeira mutuante, a fim de amortizar as parcelas do mútuo. Aplicação do § 1º do art. 899 do CPC.

4. O ato judicial que delibera a quem compete o levantamento da quantia consignada não configura julgamento *extra petita*, porquanto, em ações da espécie, cabe ao Juiz definir, em conformidade com a lei, o destino dos valores depositados na conta judicial.

5. Apelação da Autora a que se nega provimento.”

(AC 2000.39.00.012626-0/PA, Rel. Desembargador Federal Fagundes de Deus, Quinta Turma, DJ 24/08/2006, p.58)¹⁶ (grifos nossos)

Nesse mesmo caminho dispõe o artigo 5º, §4º, do Decreto nº 3.431/2000, que regulamenta a Lei nº 9.964/00:

“Art. 5º Os débitos da pessoa jurídica optante serão consolidados tomando por base a data da formalização.

§ 2º. Na hipótese de crédito com exigibilidade suspensa por força do disposto no inciso IV do artigo 151 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 (Código Tributário Nacional – CTN), a inclusão, no REFIS, dos respectivos débitos implicará dispensa de juros de mora incidentes até a data de opção, condicionada ao encerramento do feito por desistência expressa e irrevogável da respectiva ação judicial e de qualquer outra, bem assim a renúncia do direito, sobre os mesmos débitos, sobre o qual se funda a ação.

¹⁶ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Apelação Cível nº 2000.39.00.012626-0/PA. Quinta Turma. Relator(a): Fagundes de Deus. Publicação: DJ 24.08.2006, p. 58. Disponível em <<http://www.trf1.gov.br/>>. Acesso em 09 mar. 2007.

§ 4º. Requerida a desistência da ação judicial, com a renúncia ao direito sobre que se funda, os depósitos judiciais efetuados deverão ser convertidos em renda, permitida a inclusão no REFIS do saldo devedor.”

6. Conclusão

Após esse breve estudo, conclui-se pela adoção do posicionamento segundo o qual a extinção da ação consignatória sem julgamento do mérito enseja o levantamento dos valores depositados pelo credor-consignado. Tal entendimento se adequa à legislação que rege a matéria, máxime à previsão do parágrafo 1º do artigo 899 do CPC, além de ser mais consentâneo com os princípios da instrumentalidade das normas processuais, da economia processual e da duração razoável do processo. Ademais, com essa postura se busca impedir eventuais tentativas do devedor de procrastinar ou evadir-se do adimplemento de um débito que já confessara devido e houvera oferecido em pagamento de forma espontânea.

7. Dados do artigo

Title: *Who is allowed to draw the money when the payment into court ends in dismissal?*

Abstract: *The text analyses and suggests an answer to an interesting question that is dealt with certain frequency in the forensic practice of the payment into court, that is, to determine who is supposed to take the deposit when an action of this kind is dismissed.*

It approaches the effects of the suing of the payment into court, the juridical nature of the sentence and the deposit in this kind of action, and relevant case-law about this matter in Brazil, pointing, at the end, our position.

Keywords: *Payment into court; Dismissal; Withdrawal.*

8. Referências bibliográficas

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 583.354/GO. Terceira Turma. Relator(a): Nancy Andrichi. Julgamento: 07.12.2004. Publicação: DJ 01.02.2005, p. 545. Disponível em <<http://www.stj.gov.br/SCON>>. Acesso em 07 mar. 2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 427.414/RS. Primeira Turma. Relator(a): Teori Albino Zavascki. Julgamento: 06.05.2004. Publicação: DJ 24.05.2004 p. 159. Disponível em <<http://www.stj.gov.br/SCON>>. Acesso em 07 mar. 2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 664.268/SC. Quarta Turma. Relator(a): Fernando Gonçalves. Julgamento: 20.10.2005. Publicação: DJ 14.11.2005, p. 331. Disponível em <<http://www.stj.gov.br/SCON>>. Acesso em 07 mar. 2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 568.552/GO. Primeira Turma. Relator(a): Luiz Fux. Julgamento: 03.03.2005. Publicação: DJ 28.03.2005, p. 190. Disponível em <<http://www.stj.gov.br/SCON>>. Acesso em 08 mar. 2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 515.976/GO. Terceira Turma. Relator(a): Humberto Gomes de Barros. Julgamento: 02.12.2004. Publicação: DJ 17.12.2004, p. 519. Disponível em <<http://www.stj.gov.br/SCON>>. Acesso em 08 mar. 2007.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Agravo de Instrumento nº 2002.01.00.033395-3/PA. Quinta Turma. Relator(a) p/ Acórdão: João Batista Moreira. Publicação: DJ 29.08.2005, p. 122. Disponível em <<http://www.trf1.gov.br/>>. Acesso em 09 mar. 2007.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Apelação Cível nº 2000.39.00.012626-0/PA. Quinta Turma. Relator(a): Fagundes de Deus. Publicação: DJ 24.08.2006, p. 58. Disponível em <<http://www.trf1.gov.br/>>. Acesso em 09 mar. 2007.

Enunciados das primeiras conclusões dos estudos e discussões realizados pelo Fórum Permanente das Varas Cíveis da Capital, desenvolvido com o apoio do Instituto dos

Magistrados de Pernambuco – IMP. Disponível em <<http://www.tjpe.gov.br/cej/SumulasEnunciados/arquivos/Enunciados%20.doc>>. Acesso em 06 abr. 2007.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Reforma do Código de Processo Civil**. 5. ed. São Paulo: Malheiros.

MARCATO, Antônio Carlos. Da consignação em pagamento: os procedimentos do Código de Processo Civil e da Lei nº 8.245, de 1991. **Revista do Advogado**, São Paulo-SP, n. 63, p. 57-78, jun. 2001.

TRAVASSOS, Nelson José de Souza. Ação de consignação em pagamento: a natureza da sentença em face das alterações imprimidas pela reforma do código de processo civil. **RJ**, n. 249, jul. 1998.

INCONSTITUCIONALIDADE DO ART.33,I DA LEI COMPLEMENTAR N.º 87/96, COM A REDAÇÃO DA LC 122/2006, EM FACE DA NÃO-CUMULATIVIDADE DO ICMS (ART.155, § 2º, I, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL)

Luiz Henrique Diniz Araujo. Graduado em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco. Especialista em Direito Civil e Direito Processual Civil pela Universidade Católica Dom Bosco. Pós-graduando em Direito Público pela Escola da Magistratura de Pernambuco (ESMAPE). Procurador Federal desde agosto/2002.

Resumo: O presente estudo pretende fazer uma análise da constitucionalidade do art. 33, I, da Lei Complementar n.º 87/96, com a redação da LC 122/2006, em face do princípio da não-cumulatividade do art. 155, § 2.º, I, da Constituição Federal, expondo entendimentos favoráveis à constitucionalidade e demonstrando as razões por que o entendimento mais adequado é pela inconstitucionalidade do dispositivo.

Palavras-chave: Não-cumulatividade. ICMS. Mercadorias para uso e consumo. creditamento.

1. INTRODUÇÃO: O ART. 33, I, DA LC 87/96 (REDAÇÃO DA LC 122/2006) E O PRINCÍPIO DA NÃO-CUMULATIVIDADE DO ART. 155, § 2.º, I, DA CF. CRÉDITO FÍSICO E CRÉDITO FINANCEIRO.

O presente trabalho se propõe a demonstrar a desconformidade do art. 33, I, da Lei Complementar n.º 87/96 (redação da Lei Complementar n.º 122), com o princípio da não-cumulatividade, na forma como delineado pelo art. 155, § 2.º, I, da Constituição Federal.

O estudo demonstrará o entendimento que propugna pela constitucionalidade do dispositivo legal, corrente perfilhada inclusive pelo Supremo Tribunal Federal.

Em seguida, demonstrará o equívoco desse entendimento, explicitando que o art. 33, I, da LC 87, ao fixar 1.º de janeiro de 2001 como termo inicial do direito de crédito em relação

às mercadorias destinadas ao uso ou consumo do estabelecimento, discrepa do princípio da não-cumulatividade (art. 155, § 2.º, I, CF).

Com efeito, o princípio da não-cumulatividade do ICMS está configurado no art. 155, § 2.º, I, da CF, nos seguintes termos:

Art. 155.....

§ 2.º O imposto previsto no inciso I (ICMS) atenderá ao seguinte:

I – será não-cumulativo, compensando-se o que for devido em cada operação relativa à circulação de mercadorias ou prestação de serviços com o montante cobrado nas anteriores pelo mesmo ou outro Estado ou pelo Distrito Federal;

Verifica-se que o dispositivo delinea o princípio da não-cumulatividade em termos amplos, sem restringir que incidências de ICMS gerarão direito a crédito.

Por essa razão, entendemos que o texto constitucional adotou o crédito financeiro em matéria de ICMS. Isso significa que diferentemente do regime do crédito físico, o creditamento para fins de ICMS admite imposto incidente nas operações anteriores (art. 155, § 2.º) não apenas sobre as mercadorias empregadas fisicamente na industrialização, comercialização ou prestação de serviços ou, ainda, nas operações de que tenha resultado o recebimento de serviços de transporte interestadual e intermunicipal ou de comunicação.

Como o regime é o do crédito financeiro, o creditamento de ICMS engloba o imposto incidente sobre qualquer mercadoria ou serviço, pois em qualquer hipótese é custo operacional.

Por essas razões sumariamente expostas e exploradas abaixo com maior detalhe é que o art. 33, I, ao remeter para 1.º de janeiro de 2011 o termo inicial para que as entradas de mercadorias destinadas a uso e consumo do estabelecimento sejam creditadas, afronta o princípio da não-cumulatividade (art.155, § 2.º, I, CF).

2. ENTENDIMENTOS PELA CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 33, I, DA LC 87/96. A INTERPRETAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

O nosso entendimento esboçado na Introdução discrepa de parte da doutrina e do entendimento do Supremo Tribunal Federal.

Hugo de Brito Machado (1997, p. 141), por exemplo, defende que o imposto a ser compensado é tão somente o atinente às entradas de mercadorias que continuarão circulando, bem como que o legislador complementar tem liberdade em relação ao tema, salientando, inclusive, que a doutrina do crédito físico (e não do crédito financeiro) tem predominado no Brasil.

O mesmo autor, em outra obra (2005, p. 377), parece entender a não-cumulatividade como mera técnica, e não como princípio constitucional, ao ensinar que os créditos de ICMS só podem ser deduzidos nos termos da LC 87/96.

Em linha semelhante segue Ricardo Lobo Torres (2002, pp. 347 e 348), ensinando que em matéria de ICMS se rejeita o sistema do crédito financeiro, no qual se aproveitam outras despesas necessárias à produção do bem, afirmando, no entanto, que com a autorização para a utilização do crédito correspondente às mercadorias adquiridas para uso ou consumo do estabelecimento ou para o seu ativo fixo (LC 87/96) já se percebe uma aproximação ao sistema do crédito financeiro.

O Supremo Tribunal Federal firmou posição no sentido da constitucionalidade da limitação temporal ao creditamento de mercadorias destinadas ao uso ou consumo do estabelecimento, nos termos do art. 33, I, da LC 87/96:

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. LEI COMPLEMENTAR N. 87/96. SUPERVENIÊNCIA DA LEI COMPLEMENTAR N. 102/00. CRÉDITO DE ICMS. LIMITAÇÃO TEMPORAL À SUA EFETIVAÇÃO. VULNERAÇÃO DO PRINCÍPIO DA NÃO-CUMULATIVIDADE. INOCORRÊNCIA. PRECEDENTES. 1. O Plenário desta Corte, no julgamento da ADI-MC n. 2.325, DJ de 4.10.04, fixou entendimento no

sentido de não ser possível a compensação de créditos de ICMS em razão de operações de consumo de energia elétrica ou utilização de serviços de comunicação ou, ainda, de aquisição de bens destinados ao uso e/ou à integração no ativo fixo do próprio estabelecimento. 2. As modificações nos artigos 20, § 5º, e 33, da Lei Complementar n. 87/96, não violam o princípio da não-cumulatividade. Agravo regimental a que se nega provimento. (STF, 2008, p. 1247).

Todavia, consoante se demonstrará abaixo, há razões para entender que essa interpretação não é a mais adequada.

3. INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 33, I, DA LC 87/96, COM A REDAÇÃO DA LC 122, EM FACE DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA NÃO-CUMULATIVIDADE DO ART. 155, § 2.º, I

No presente tópico demonstrar-se-á que diversas razões autorizam o entendimento de que o art. 33 da LC 87/76 afronta o princípio da não-cumulatividade. Atente-se para a dicção do dispositivo:

Art. 33. Na aplicação do art. 20 observar-se-á o seguinte:

I - somente darão direito de crédito as mercadorias destinadas ao uso ou consumo do estabelecimento nele entradas a partir de 1º de janeiro de 2011; (Redação dada pela Lcp nº 122, de 2006)

Verifica-se, em face do já exposto acima, que a limitação temporal de creditamento das mercadorias destinadas ao uso ou consumo do estabelecimento afronta a não-cumulatividade enunciada no art. 155, § 2.º, I, da Constituição Federal. Assim porque o princípio da não-cumulatividade é enunciado pela CF em termos amplos, não podendo a lei complementar limitá-lo material ou temporalmente.

José Eduardo Soares de Melo e Luiz Francisco Lippo (2004, p. 100) dizem que a não-cumulatividade é um princípio constitucional (e não mera técnica de tributação). Escrevem que sua supressão do Texto levaria um grave abalo em toda a estrutura econômica em que foi

baseado o Estado, uma vez que geraria um custo artificial indesejável aos preços dos produtos e serviços, em decorrência de artificialismo tributário.

Ives Gandra (2001, p. 548), por sua vez, diz que o princípio da não-cumulatividade é norma de aplicação, eventualmente regulamentável, com eficácia plena. Acrescenta, ainda, que o legislador infraconstitucional nada pode fazer em relação a ele, posto faltar-lhe competência legislativa para restringir o seu conteúdo, sentido e alcance.

No mesmo sentido, Luiz Fernando Ruck Cassiano (2007), que afirma que a Constituição Federal, não trazendo vedações ao crédito de ICMS, não autoriza, outrossim, a legislação a fazê-lo.

Desse entendimento, não diverge Gustavo Vita Pedrosa (2007), quando afirma que o mecanismo da não-cumulatividade não é oriundo das normas infraconstitucionais, mas da “Lex Magna”, não cabendo à lei complementar lhe restringir a eficácia. Acrescenta, ainda, que Roque Antônio Carraza observa que tal limitação temporal afastou ainda mais a Lei Kandir (LC 87/76) da Constituição Federal.

Sacha Calmon Navarro Coelho (2001, p. 302), em linha semelhante, diz que a Constituição de 1967, em seu art. 23, I (EC n. 1/69), fixava que o ICMS era não-cumulativo nos termos da lei complementar. Com fundamento nesse dispositivo, o Decreto-lei n.º 406/68, lei complementar *ratione materiae*, adotou o crédito físico, já que o art. 3.º § 3.º, estabelecia o não-estorno de mercadorias adquiridas para utilização como matéria-prima, material secundário e embalagem. Por essa razão, a jurisprudência da época se fixou no entendimento de que o sistema de compensação era o do crédito físico, ou seja, somente propiciavam crédito as mercadorias destinadas à revenda ou materiais/insumos que se integrassem ao produto resultante ou que, pelo menos, se consumissem integralmente na industrialização.

Segue lecionando que na CF de 1988 houve alteração profunda, pois não delegou à lei complementar estatuir o perfil da não-cumulatividade, mas apenas o disciplinamento adjetivo do regime de compensação do ICMS.

Dessa forma, continua, o valor suportado pelos agentes da circulação no exercício de suas atividades, como contribuintes de fato do ICMS (aquisição de bens para uso ou consumo e bens do ativo fixo), autoriza o adquirente e o tomador de serviços, na qualidade de contribuintes *de jure*, a se creditarem do imposto, deduzindo-o de suas operações tributadas, uma vez que é custo operacional.

Vê-se, portanto, que apesar dos entendimentos em contrário, inclusive do Supremo Tribunal Federal, o entendimento mais correto é pela inconstitucionalidade do art. 33, I, da LC n.º 87/96, em face do art. 155, § 2.º, I, da Constituição Federal.

4. Conclusão

No presente trabalho, pretendeu-se analisar a constitucionalidade, em face do princípio da não-cumulatividade, do art. 33, I, da Lei Complementar n.º 87/96, com a redação da LC 122/2006, que só permite o creditamento do ICMS incidente a mercadorias destinadas ao uso ou consumo do estabelecimento a partir de 1.º de janeiro de 2001.

Para examinar o assunto, expôs-se, de início, o entendimento contrário ao nosso, perfilhado inclusive pelo Supremo Tribunal Federal, no sentido da constitucionalidade da previsão, partindo-se do pressuposto de que cabe à lei complementar delinear o a não-cumulatividade do ICMS.

Em seguida, expusemos nosso entendimento, pela inconstitucionalidade da limitação contida no art. 33, I, tendo-se em vista que a não-cumulatividade em matéria de ICMS é princípio fixado no art. 155, § 2.º, I, da CF, não cabendo à lei complementar limitá-lo, mas tão-somente definir seus aspectos adjetivos.

REFERÊNCIAS

CASSIANO, Luiz Fernando Ruck. **Lei Complementar nº 122/06 e o princípio da anterioridade nonagesimal**. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1280, 2 jan. 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9339>>. Acesso em: 04 ago. 2008.

COELHO, Sacha Calmon Navarro. **Manual de Direito Tributário**. Rio de Janeiro, Forense, 2001.

MACHADO, Hugo de Brito. **Aspectos fundamentais do ICMS**. São Paulo, Dialética, 1997.

_____. **Curso de Direito Tributário**. São Paulo, Malheiros, 2005.

MARTINS, Ives Gandra. **Curso de Direito Tributário**. São Paulo, Saraiva, 2001.

MELO, José Eduardo Soares de; LIPPO, Luiz Francisco. **A não-cumulatividade tributária (ICMS, IPI, ISS, PIS e COFINS)**. São Paulo, Dialética, 2004.

PEDROSA, Gustavo Vita. **A insegurança jurídica dos contribuintes do ICMS em decorrência das constantes alterações do artigo 33 da Lei Complementar 87/96 e a possibilidade do crédito respectivo com base na Emenda Constitucional 42 de 2003**. Revista Jus Vigilantibus, 14 de abril de 2007. Disponível em: <http://jusvi.com/artigos/24469>. Acesso em 04 ago. 2008.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. 2.^a Turma. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n.º 461878/MG. Relator: Ministro Eros Grau. Decisão unânime. Brasília, 17.06.2008. DJ de 31.07.2008, p. 1247.

TORRES, Ricardo Lobo. **Curso de Direito Financeiro e Tributário**. Rio de Janeiro, Renovar, 2002.

MODIFICAÇÕES INTRODUZIDAS NO PROCESSO CIVIL PELO PROCESSO COLETIVO

Francisco Wildo Lacerda Dantas. Doutor em Direito pela FDL. Mestre em Direito pela Faculdade de Direito da UFBA. Professor aposentado e voluntário da UFAL e de Cursos de Especialização do CESMAC. Desembargador Federal do TRF da 5ª Região.

Resumo: Esse texto examina as modificações introduzidas no processo civil em geral em decorrência da disciplina do processo coletivo. Apreciam-se as modificações produzidas em respeito aos institutos fundamentais do processo: legitimação, litispendência e conexão, ônus da prova e coisa julgada e as consequências na aplicação do processo civil clássico, com o exame dessas influências na apreciação de um caso concreto.

Palavras-chave: Processo coletivo. Modificações. Influência no processo civil clássico.

Sumário: 1. Introdução 2. Distinção entre o processo civil clássico e o coletivo 3. Identificação do processo coletivo: 3.1.1 – Objeto 3.2 - Natureza jurídica 3.3 – O projeto do novo Código de Processo Coletivo e as mudanças a serem introduzidas 3.4 – As transformações já existentes no processo coletivo atual: 3.4.1- A legitimação ativa e passiva 3.4.2 – O interesse processual 3.4.3 – Competência 4. O conteúdo do processo coletivo e as modificações introduzidas no processo civil clássico: 4.1 – No processo em si mesmo: 4.1.1 – Litispendência e conexão 4.1.2 - A coisa julgada: natureza, espécies e alcance 4.1.3 – Execução da sentença 4.1.4 – Inversão do ônus da prova no Código do Consumidor e aplicação ao processo civil como um todo 4.2 – Na competência do juiz: 4.2.1 – Um caso específico: conflito de competência ajuizado perante o TRF da 5ª Região 4.2.2 – As perspectivas da competência do juiz no mundo moderno em face do processo coletivo 5. Conclusões.

1. Introdução

Aprecio a questão do relacionamento entre o processo coletivo e o processo civil clássico com o propósito de trazer as reflexões ao Curso de Formação dos magistrados realizados pela Escola de Magistratura Federal – ESMAFE – do TRF da 5ª Região, por amável e irrecusável convite do atual diretor o Desembargador Federal, decano da mesma corte, Doutor Lázaro Guimarães. Esclareço, inicialmente, que a denominação da palestra, registrada no presente artigo que se pretende publicar na revista da referida Escola: as modificações produzidas no processo civil pelo processo coletivo, foi do autor, a ESMAFE, muito menos seu emérito Diretor não tem nenhuma responsabilidade por isso. Trata-se de uma provocação: o processo coletivo é, indubitavelmente, um processo civil, no sentido de processo jurisdicional não penal, muito embora já seja considerado como um novo ramo do direito processual¹, que, no entanto, se afasta do processo civil usual.

Prefiro denominar de processo civil clássico, porque este último tem por objeto o indivíduo, o cidadão individualmente considerado, *uti singuli*, em uma palavra o *civitas*, de onde herdou o nome direito processual civil, enquanto o processo coletivo, embora também seja civil, tem por objeto o interesse coletivo, lato sensu, de que o indivíduo participa e, portanto, não o considera como indivíduo *uti singuli*.

Não desconheço que há autores, como GREGÓRIO ASSAGRA DE ALMEIDA que sustentam que o processo coletivo é um novo gênero de processo e que, agora, há de reconhecer-se: a) o direito processual penal; b) o direito processual civil; e c) o direito processual coletivo, a quem atribui berço e natureza constitucionais², por entender que ambos, o processo civil clássico, como assim o denomino, e o processo civil coletivo tem um objeto comum que é servir de instrumento à realização dos interesses/direitos do indivíduo. O primeiro – direito processual civil - tendo por titular o indivíduo considerado *uti singuli* e o segundo – direito processual coletivo – tendo por titular o indivíduo, considerado *uti universi*.

Prefiro acompanhar a postura de TEORI ZAVASCKY, para quem os mecanismos da tutela jurisdicional se divide, atualmente, em três grandes grupos, sem nenhuma distinção entre o direito Processual civil e um hipotético Direito Processual Coletivo. Distingue, em primeiro lugar, *os mecanismos de tutela de direitos subjetivos individuais* que, por sua vez, se subdividem em *destinados à tutela individual pelo próprio titular*, que prefiro denominar de

¹ - Como o afirma Gregório Assagra de Almeida na obra que tem essa denominação: “Direito Processual Coletivo Brasileiro (Um novo ramo do direito processual)”, Ed. Saraiva, São Paulo, 2003, p. 16.

² - Idem, cf. p. 16-20.

direito processual clássico, e os *destinados à tutela coletiva dos direitos individuais*. Acrescenta, em seguida, os *mecanismos para tutela de direitos transindividuais*. E, por fim, identifica os *instrumentos para a tutela da ordem jurídica*, assim considerados os mecanismos de controle de constitucionalidade dos preceitos normativos e das omissões legislativas³.

Os mecanismos que se referem ao grupo de interesses, que envolve tanto o interesse coletivo, como o interesse difuso e, ainda, o interesse individual homogêneo, bem revela o acerto da evolução humana apontada por THEILARD DE CHARDIM, quando afirmou que o homem estava condenado a evoluir do individual para o social, até atingir o ponto ômega da evolução, identificado com a figura de Jesus Cristo, reclama uma disciplina própria, distinta da disciplina até agora estabelecida para a tutela dos interesses individuais, identificado como direito subjetivo. Nesse sentido, ADA PELEGRINI GRINOVER já reconheceu que o conceito de direito subjetivo não serve para a disciplina da tutela dos interesses difusos⁴, enquanto, em Portugal – país em que esses interesses são tutelados através da ação Popular – afirma que esses tipos de interesses se revelam como pertencentes a um *tertius genus* que sugere sejam considerados como um direito subjectivo público⁵.

2. Distinção entre o processo clássico e o coletivo

Para o propósito dessa exposição, pode-se arriscar uma comparação entre os dois tipos de processos, ainda que ambos se refiram e sejam processo civil. Basicamente, se distinguem entre si pelo objeto e pela estruturação do processo, com ressonância na competência do juízo, como se demonstrará a seguir.

3. Identificação do processo coletivo

3.1.1 – Objeto

Começo o esforço de estabelecimento dessa distinção com a observação de que enquanto o processo civil clássico tem por objeto a realização do direito, mais precisamente do direito subjetivo que pode ser definido como um interesse individual claramente

³ - Cf. “Processo Coletivo)Tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos)”, RT, São Paulo, 2006, p. 27.

⁴ - Ou, como deixou registrado em obra que coordenara: “Vê-se daí que soçobra o conceito clássico de direito subjetivo, centro de todo sistema clássico burguês, que investia o indivíduo do exercício de direitos subjetivos, titularizados claramente em suas mãos, e legitimava o prejuízo causado a quem de outro direito subjetivo não fosse titular”. Cf. “A Problemática dos Interesses Difusos”, artigo publicado na obra coletiva “A Tutela dos Interesses Difusos”, por ela coordenada, p. 29-45, mais precisamente p. 31. Ed. Max Limonad, 1984.

⁵ - Manteve-se a grafia lusa. Cf. Luís Filipe Colaço Antunes “A Tutela dos Interesses Difusos em Direito Administrativo”, Livraria Almedina, Coimbra, 1989, p. 62, onde escreveu, precisamente: “De modo que, para dar solução a este problema da natureza jurídica dos interesses difusos, julgamos que a melhor forma não é preencher com novos conteúdos os institutos elaborados no passado, mas avançar para um *tertius genus*, que a meu ver deve ser a figura de um direito subjectivo público”

identificado na pessoa de um titular, justificava o prejuízo causado a quem de outro direito subjetivo não fosse titular, como afirmara a já mencionada ADA PELLEGRINI GRINOVER.

Como se sabe – e o aprofundamento do objeto dessas reflexões⁶ desborda do tema ora apreciado – o direito subjetivo é o substrato do direito de propriedade porque pode ser considerado com o poder, reconhecido por lei, de o titular de um interesse exigir que este seja satisfeito por outrem, pelo que, no entendimento do autor defensor desse posicionamento, o direito implica necessariamente um esforço, uma luta, para que seja realizado⁷.

Concluo, pois, que enquanto o processo civil clássico tem por objeto a realização/satisfação do direito subjetivo a que serve de objeto, o processo civil coletivo tem por objeto a realização de um direito que se expressa por um interesse metaindividual, seja coletivo, seja difuso, ou, ainda, individual homogêneo – definido pelo CDC, no Parágrafo Único do art. 81, como:

I – interesses ou diretos difusos, assim entendido, para efeitos deste Código, os metaindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato; II – interesse ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste Código, os transindividuais de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classes de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base; e, finalmente, III – interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.

Observe-se, por primeiro, que a lei menciona, expressamente, interesses ou direitos.

Como a lei não possui palavras inúteis, tem-se que o objeto do processo coletivo é, precipuamente, o interesse transindividual, que se apresentam de forma indivisível porque, sobretudo os difusos, pertencem a todos e não pertencem a ninguém, individualmente, pelo que tais interesses podem ou não se apresentar como um direito subjetivo – naturalmente no sentido clássico de expressar a titularidade de alguém em face de outrem que pode ser excluído do gozo dele. Basta refletir-se sobre a indagação que se atribui a um autor italiano: A quem pertence o ar que respiro?, o que revela, em imagem bem forte, que ninguém pode,

⁶ - Por que há, como se sabe, o entendimento de sequer existe o direito subjetivo, como sustentam, entre outros, Leon Duguit, cf. “Traité de Droit Constitutionnel”, 3ª ed. em cinco volumes, Ancienne Libvrarie Fontemoing & Cie., Éditeurs, Paris, 1927, p. 217-218 e Hans Kelsen, cf. “Teoria Pura do Direito”, Martins Fontes Ed., tradução de João Baptista Machado, São Paulo, 1985, 1ª ed. brasileira, p. 138 e s.

⁷ - Como se encontra exposto em sua obra “A Luta pelo Direito”, em tradução de Richard Paul Neto, publicada pela Editora Rio, 1983, 4ª ed., que caracteriza o sublime apogeu do sistema jurídico assentado num individualismo exarcebado, a ponto de condenar a solução encontrada pelo Dodge veneziano – o juiz da localidade - ao apreciar a pretensão do judeu Shylock, portador de um contrato que lhe conferia o direito subjetivo de cobrar-se de uma libra de carne de Antônio, na hipótese de não pagamento, tendo proferido julgamento pela impossibilidade ao determinar que isso somente fosse feito se não lhe extraísse nenhuma gota de sangue. Cf. p. 05-08 e p. 29.

razoavelmente, engarrafar todo o ar existente na natureza para apropriar-se dele e, em consequência, excluir do seu gozo – respiração – todos os demais

3.2 - Natureza jurídica

Não há um direito processual coletivo distinto do processo civil comum, como um ramo novo do direito processual. O processo civil se revela como um microsistema de processo civil e não um novo ramo distinto e separado do direito processual clássico. É apenas uma nova província desse direito.

3.3 – O projeto do novo Código de Processo Coletivo e as mudanças a serem introduzidas

Seguindo a influência dos estudos modernos sobre o processo civil coletivo, de que dá notícia o encontro de juristas realizado na Venezuela em 2004, quando se criou um modelo de processo coletivo para ibero-americanos, com a participação de renomados autores brasileiros, como ADA PELLEGRINI GRINOVER, KAZUO WATANABE e ANTÔNIO GIDI, elaborou-se, com a participação prevalente da primeira autora, um anteprojeto e, em consequência, já existe, no Congresso Nacional um projeto do Código Brasileiro de Processo Coletivo, que apresenta como principais objetivos, os seguintes:

1 – manter, em essência, as normas da legislação em vigor, aperfeiçoando-as por meio de regras mais claras e, sobretudo, mais flexíveis e abertas, adequadas às demandas coletivas;

2 – promover uma flexibilização da técnica processual, com aumento dos poderes do juiz, com o que se acompanha uma tendência existente até mesmo no processo individual;

3 – introduzir uma reformulação no sistema de preclusões, sempre com a observância do contraditório;

4 – proceder a uma reestruturação dos conceitos de pedido e de causa de pedir, com permissão para serem interpretados extensivamente;

5 – inovar no tratamento de conceitos como conexão, continência e litispendência, que passam a levar em conta do bem jurídico a ser tutelado;

6 – enriquecer a coisa julgada, com a previsão do julgado *secundus eventus probationis*;

7 – promover a uma ampliação dos esquemas de legitimação, para garantir maior acesso à justiça, com a introdução da observância da *representação adequada*;

8 – ressaltar o aspecto social da tutela dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, colocando esses direitos de terceira geração a salvo de uma indesejada banalização.

3.4 – As transformações já existentes no processo coletivo atual:

Embora o processo civil coletivo reclame um Código de Processo Coletivo, próprio, distinto do Código de Processo Civil, que denomino de clássico, impõe-se reconhecer que já há alterações no processo civil introduzidas por esse novo processo civil, o processo civil coletivo, que identifico como um microsistema de processo civil, cujas alterações constituem a razão de ser mesma dessas reflexões.

Identifico entre elas, em esforçada síntese: as modificações já introduzidas no processo no processo, propriamente e em respeito à competência do juiz. De referência às mudanças introduzidas no processo propriamente dito, aponto as referentes à legitimação, ao interesse de agir, à coisa julgada e à execução da sentença, entre muitas outras, como as mais importantes e que merecem uma apreciação, ainda que sumária.

Em relação à competência do juiz, creio que as questões relacionadas com a coisa julgada e os limites territoriais do órgão julgador, execução da sentença genérica e os possíveis conflitos de competência que se estabelecem em decorrência disso, questão recentemente julgada pelo TRF da 5ª Região, em que proferi voto vista que motivou o convite para o proferimento da palestra cujo resumo ora se publica, são as mais relevantes para nosso exame.

3.4.1- A legitimação ativa e passiva

A questão da legitimação sempre foi a que rendeu preocupação aos nossos estudiosos. Tratando-se de interesses transindividuais que tem por objeto um bem da vida indivisível e, por titulares, pessoas indeterminadas, que se apresentam como suas características fundamentais, não se poderia aplicar à disciplina processual respectiva a mesma regra expressa no art. 6º do CPC: *Ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei*, norma que bem revela a ideologia individualista burguesa então dominante.

Quando examinou a proteção dos interesses coletivos ou difusos, em trabalho publicado em obra coletiva coordenada por ADA PELLEGRINI GRINOVER, já mencionado, J. C. BARBOSA MOREIRA observou que um dos pontos sensíveis da problemática processual era, exatamente, em respeito à legitimação. Após afastar, por motivos óbvios, a hipótese de exigir-se a propositura conjunta da ação pela totalidade dos litisconsortes, em litisconsórcio unitário, resumiu as soluções apresentadas pela doutrina, às seguintes: “a) atribuir a legitimação, em caráter concorrente, a cada um dos membros da coletividade; b) atribuí-las a pessoas jurídicas (sociedades, associações) cujo fim institucional consista precisamente na defesa do interesses em foco, ou que, mesmo sem tal requisito, ofereçam boa

garantia de ‘representar’ de maneira adequada, com sinceridade e eficiência, o conjunto de interessados; eventualmente, também a entidades não dotadas de personalidade jurídica no plano do direito material, ou até grupos formados com o puro e específico objeto de movimentar o pleito; c) investir daquela qualidade órgãos do próprio aparelho estatal, notadamente o Ministério Público”⁸.

Optou-se, em nosso país, por adotar todas as hipóteses ao reconhecer, no art. 5º da Lei nº 7.347/85, a legitimação de órgãos públicos do aparelho estatal, no caso o Ministério Público (hipótese “c”) aos entes públicos – União, Estado e Municípios – e a integrantes da administração seus membros, como autarquias e empresas públicas, e até sociedades de economia mista (hipótese “b”) e, finalmente, sociedade de economia mista e até associações (hipótese “c”), sendo que neste caso, para evitar que se constitua uma associação com o fim exclusivo de propor a ação coletiva, exige a mesma lei que ela esteja constituída há pelo menos um ano e que tenha entre suas finalidades institucionais a proteção a que a ação civil pública busca proporcionar.

Trata-se, como reconhece a doutrina em uníssono, de uma legitimação concorrente e “disjuntiva”.

É concorrente, explica RICARDO DE BARROS LEONEL, porque qualquer dos legitimados pode propor a ação e é, ao mesmo tempo, disjuntiva, porque a atuação de um legitimado independe da atuação do outro⁹. Além disso, a disciplina brasileira tornou obrigatória a intervenção do Ministério Público que, se não houver ele próprio proposto a ação, atuará como fiscal da lei e, em caso de desistência infundada ou abandono da causa, assumirá a titularidade da demanda, na forma dos parágrafos 1º e 3º da mesma lei.

Já a legitimação passiva é identificada em “todo aquele, pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, ou ente despersonalizado, mas dotado de capacidade processual, que tenha ocasionado ou concorrido para a lesão ao interesse supraindividual tutelado, e que em função disso deva ser responsabilizado”, com a observação de que o Ministério Público jamais poderá figurar como sujeito passivo nessa ação, respondendo o ente político de que faz parte, sendo certo que somente haverá direito de regresso deste último, se o representante do Ministério Público atuar com dolo ou fraude¹⁰.

3.4.2 – O interesse processual

⁸ - Cf. “A Proteção Jurisdicional dos Interesses Coletivos e Difusos”, artigo 9º inserto na obra coletiva “A Tutela dos Interesses Difusos”, coordenada por Ada Pellegrini Grinover, ob. cit., p. 98-106, mais precisamente p. 99-100.

⁹ - Cf. “Manual do Processo Coletivo”, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2002, p. 162.

¹⁰ - Idem, ibidem, p. 201-202.

O interesse processual – interesse necessidade ou interesse adequação – é geralmente considerado como presumido para todos os entes públicos legitimados, notadamente para o Ministério Público, porque decorre mesmo dessa legitimação, mas RICARDO DE BARROS LEONEL faz uma observação que me parece correta a respeito da exata compreensão que se deve atribuir a esse entendimento.

É que, embora não se deva estabelecer uma distinção entre o interesse material e o interesse material que o ente público legitimado procura defender, por estarem identificado na legitimação que lhes atribui a lei, há que se reconhecer que tal presunção se aplica, sem dificuldade, ao órgão do Ministério Público.

Em respeito aos entes públicos, porém, esse interesse estará limitado à abrangência territorial de cada qual. Por outro lado, em relação às as associações privadas, não há essa presunção, devendo aferir-se-lhe a existência em cada caso¹¹. Além disso, em relação à atuação do Ministério Público onde ainda permanece renhida discussão sobre a legitimação, que assenta na existência ou não de interesse processual, para defesa dos interesses individuais homogêneos, alguns, notadamente os juristas que integram o Ministério Público - sustentam que essa legitimação é irrestrita a alcança inclusive os direitos individuais homogêneos¹², enquanto outro, como TEORI ALBINO ZAVASCKI, distingue tal atuação, por considerar que quando: “... a ação civil pública (ou qualquer outra ação coletivo, ouso acrescentar) tem por objeto a tutela de direitos e interesses metaindividuais (difusos e coletivos), a legitimação atribuída ao Ministério Público, pela Constituição (art. 129, III) deve ser entendida em sentido irrestrito e mais amplos possível, em limites suficientes e necessários para a obtenção da tutela jurisdicional completa e compatível com a natureza e magnitude da lesão ou da ameaça aos bens e valores tutelados”.

Mas, registrou em seguida, não se confundem os interesses coletivos e difusos com os interesses individuais homogêneos, pelo que me permito concluir que a esse respeito não se reconhece uma legitimação irrestrita em respeito á atuação do ministério Público na defesa judicial desses interesses¹³.

Concluo, então, que somente haverá interesse processual e, em conseqüência, legitimação para agir do Ministério Público quando o interesse individual homogêneo se

¹¹ - Idem, ibidem, p. 207-210.

¹² - Veja-se, por todos, Nelson Nery Júnior e Rosa Maria Andrade Nery, “Código Processual Civil Anotado”, São Paulo, RT, 4ª ed. atualizada até 10.03.1999, p. 1506.

¹³ - Cf. “Processo Coletivo (Tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos)”, RT, São Paulo, 2006, p.133.

apresentar, também, como interesse que se apresenta como relevante interesse social ou que se trata de interesse individual indisponível¹⁴.

3.4.3 – Competência

A apreciação da questão da competência do juiz para funcionar na ação coletiva implica admitir-se a distinção procedida por TEORI ALBINO ZAVASCKI entre tutela de direito coletivos e tutela coletiva de direitos, em que considera a primeira quando se tem por objeto os interesses coletivos e difusos e, a segunda, quando diz respeito a interesses individuais homogêneos

A distinção é indispensável para bem se compreender a regra do art. 2º da Lei de Ação Civil Pública: *As ações previstas nesta lei serão propostas no foro do local onde ocorrer o dano, cujo juízo terá competência funcional para processar e julgar a causa*. Observe-se, para logo, que muito embora se refira à competência de foro, ou do juiz do local do dano, se trata, mesmo, como o refere a lei, com precisão, de competência funcional e, portanto, absoluta, cabendo entender que se trata de competência *territorial-funcional*¹⁵.

Territorial, porque se parte do critério de foro – limites territoriais onde o juiz exercita validamente a jurisdição – e funcional, não só porque a lei o diz expressamente, senão porque a lei atribui a mesmo magistrado diversas funções¹⁶.

Assim, em relação à tutela coletiva de direitos – interesses coletivos e difusos – aplica-se, com inteireza, o art. 2º da LACP. Em respeito à tutela de direitos coletivos – interesses individuais homogêneos – no entanto, a competência do magistrado fica limitada, nos termos do art. 93, II, do Código de Defesa do Consumidor (CDC)¹⁷, aos limites de sua competência territorial. Acrescente-se, ainda, que, nos exatos termos do art. 94 do CDC, o magistrado está obrigado a publicar edital no órgão oficial, para que os interessados possam intervir como litisconsortes, o que produzirá importantes efeitos na coisa julgada, como se examinará adiante.

4. O conteúdo do processo coletivo e as modificações introduzidas no processo civil clássico:

¹⁴ - Nesse sentido, Motauri Ciocchetti de Souza, “Ação Civil Pública e Inquérito Civil”, Ed. Saraiva, São Paulo, 2001, p. 40.

¹⁵ - Como o afirma o mesmo autor e na mesma obra citados na nota anterior, às p. 28

¹⁶ - Com observa, com correção, Ricardo de Barros Leonel, ob. cit., p. 216.

¹⁷ - Como se sabe, a Lei da Ação Civil Pública (ACP) forma, com o Código de Defesa do Consumidor (CDC) um microsistema de processo coletivo: o art. 90 do CDC manda aplicar, no que couber, a ACP nas demandas coletivas prevista pelo CDC e a LACP, por sua vez, manda aplicar, no art. 21 – e naturalmente, no que couber – as normas do CDC aplicáveis à defesa dos direitos e interesses difusos.

4.1 – No processo em si mesmo:

Penso que a disciplina do processo coletivo – tanto o destinado à tutela dos direitos coletivos quanto a tutela coletiva dos direitos, na visão de TEORIA ALBINO ZAVASCKI – produziu importantes modificações no que prefiro denominar de processo civil clássico, notadamente em respeito à litispendência e conexão, ao alcance da coisa julgada, à execução da sentença, à inversão do ônus da prova, como me esforçarei por demonstrar.

4.1.1 – Litispendência e conexão

Como se sabe, a litispendência e a conexão são institutos próprios do direito processual clássico que buscam evitar que ações idênticas ou semelhantes recebam julgamentos diferentes. Partem ambos da teoria do *tri eadem*: mesmas partes, mesma causa de pedir e mesmo pedido, para a litispendência (processo idênticos), que provoca a extinção do processo sem exame do mérito, na forma do art. 267, V, do CPC, ou quando se repetir, em outra ação, a mesma causa de pedir ou o mesmo pedido, que caracteriza a conexão objetiva ou a continência como espécie desta, , ou processos semelhantes, em que o CPC impõe a reunião das causas para julgamento em um único processo – ou *simultaneus processus* – na forma do art. 105 do CPC.

Quando se trata de processo coletivo, no entanto, esses institutos reclamam um novo tratamento, bem expresso nos objetivos apontados para o Código de processo Coletivo, devendo-se levar em conta o bem da vida a ser tutelado.

Observa-se, no entanto, que quando se propõe duas ações coletivas, com identidade entre a causa de pedir e o pedido, ainda que o autor – e, pois, legitimado ativo, inexistente identidade de partes – seja diferente, deve-se considerar a hipótese de litispendência, pelo que já se reconheceu havendo concomitância entre ação coletiva (ACP) e ação popular, por lhes serem comuns a causa de pedir e o pedido, a hipótese é de litispendência, em razão do que deverá ser extinta a ação movida em segundo lugar, sem exame do mérito, até porque entendimento diverso conduzirá a decisões distintas, com o que não se compadece o ordenamento jurídico¹⁸.

De modo sem semelhante, tendo havido um derramamento de óleo no mar, de que podem decorrer lesões a interesses difusos (meio ambiente) e a interesses individuais (impossibilidade de os pescadores exercerem sua atividade, por determinado espaço de

¹⁸ - Nesse sentido, com remissões a muitos doutrinadores pátrios, cf. Ricardo de Barros Leonel, ob. cit., p. 253 e notas de pé de página nºs 279/280.

tempo), poder-se-ia propor duas ações coletivas, inclusive por legitimados diversos: Ministério Público e associação de pescadores e, nessa hipótese, impõe-se o reconhecimento de conexão¹⁹.

4.1.2 - A coisa julgada: natureza, espécies e alcance.

Outro instituto que tem tratamento diferenciado no processo coletivo é o da coisa julgada.

Passou a ter outro tratamento em respeito ao processo coletivo, com novas definições, e segura influência no processo civil clássico, notadamente na chamada tutela coletiva de direitos, na denominação de TEORI ALBINO ZAVASCKY.

Essa questão se apresenta como o terceiro ponto sensível identificado pro BARBOSA MOREIRA, por entender que, como o objeto da tutela dos interesses metaindividuais é um bem da vida indivisível e como era impossível exigir-se a presença em juízo de todos os interessados, havia necessidade de criar-se uma disciplina nova. Nasceu, a partir daí, a coisa julgada *secundum eventus litis*, ou coisa julga segundo o evento da lide, que se encontra presente no art. 18 da Ação Popular, art. 16 da Ação Civil Pública e, finalmente, art. 103 do Código de Defesa do Consumidor (CDC)

Na forma estabelecida no art. 103 do CDC – que se aplica a todas as demandas coletivas e não apenas àquelas disciplinas nesse diploma legal, por força do art. 21 da LACP, a sentença produzirá coisa julgada *erga omnes*, com o seguinte alcance:

a) se o pedido da ação coletiva for atendido, a sentença produzirá efeitos em favor de toda a coletividade, que poderá invocar o julgado para viabilizar indenização individual;

b) O pedido é rejeitado por insuficiência de prova. Não se forma coisa julgada pra nenhum legitimado, ordinário ou extraordinário. Pode-se propor outra ação, desde que se indique novas provas;

c) o pedido é rejeitado, com o exame do mérito. Os efeitos da coisa julgada se estendem a todos os legitimados. Ressalvam-se, no entanto, os direitos individuais, que poderão ser tutelados através de ação própria²⁰.

4.1.3 – Execução da sentença

A execução da sentença no processo coletivo apresenta peculiaridades em decorrência do direito a que se visa tutelar. Basicamente, apresenta as seguintes características: embora predominante específica, contempla a execução de quantias devidas

¹⁹ - Cf. Motoauri Ciocchetti de Souza, “Ação Civil Pública e Inquérito Civil”, ob. cit., p. 33.

²⁰ - Resumo semelhante se encontra em trabalho do Desembargador Federal Francisco Barros Dias, sob o nome “Coisa Julgada e Execução no Processo Coletivo”, que se consultou em apostila, desconhecendo-se se houve alguma publicação.

aos beneficiários, ainda que não tenham participado diretamente da relação processual, em face da natureza *erga omnes* de que se reveste, na forma do art. 103 do CDC.

Essa regra se aplica, inclusive, às hipóteses denominadas por TEORI ALBINO ZAVASCKY de tutela coletiva de direitos²¹ ou, mais precisamente na execução de sentença envolvendo os direitos individuais homogêneos, onde se distingue a existência de uma condenação genérica, na forma do art. 95 do CDC. A sentença se caracteriza por se limitar a fixar a responsabilidade do réu pelos danos causados – ou a indenização devida pela não satisfação de uma obrigação que lhe competia – em razão do que qualquer legitimado a que se refere o art. 82 do CDC tem a iniciativa de proceder-lhe a liquidação e execução individual, na forma do art. 97 do CDC, ainda que não tenham participado da relação jurídica do processo de conhecimento onde foi prolatada a sentença genérica.

Observe-se, de logo, que, em qualquer das hipóteses da ações coletivas – tutela de direitos coletivos ou tutela coletiva de direitos – a execução é individual. A previsão da ação coletiva, no art. 98 do CDC, somente se fará se houver a iniciativa de qualquer dos legitimados da ação coletiva, na forma do art. 82 do CDC. De qualquer maneira, observa ADA PELLEGRINI GRINOVER que “tanto num como noutro caso, porém, a liquidação e a execução serão necessariamente personalizadas e divisíveis. Promovidas que forem pelas vítimas e seus sucessores, estes estarão agindo na qualidade de legitimados ordinários, sendo individual o processo de liquidação e execução”, tendo acrescentado, em seguida: “... o que importa realçar é que, na técnica do Código do Consumidor, a sentença da ação coletiva que beneficiará as pretensões individuais, só reconhece o dever genérico de indenizar, dependendo ainda cada litigante de um processo de liquidação, e, portanto, de conhecimento, em que haverá ampla cognição e completa defesa do réu não só sobre o *quantum debeatur*, mas também quanto à própria existência do dano individual e do nexu etiológico com o prejuízo globalmente causado”²².

Questão importante que decorre desse entendimento diz respeito ao juízo competente para promover a liquidação/execução da sentença genérica.

É bem verdade que foi vetado o Parágrafo Unido do art. 97 do CDC que tinha a seguinte redação:

²¹ - Cf. “Processo Coletivo (Tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos)”, ob. cit.

²² - Cf. “Código Brasileiro de Defesa do Consumidor (comentado pelos autores do anteprojeto)”, Rio de Janeiro, Ed. Forense Universitária, 2001, 7ª ed., p. 557 a 559.

Parágrafo Único – A liquidação de sentença, que será por artigos, poderá ser promovida no foro do domicílio do liquidante, cabendo-lhe provar, tão só o nexo de causalidade, o dano e seu montante”.

Essa modificação, por si só, conduz a interpretações equivocadas, quando não se procede a uma interpretação sistêmica, qual a de entender-se que a liquidação/execução somente se procederá perante o juízo prolator da sentença genérica. Deve-se atentar, no entanto, para a cuidadosa observação de DA PELLEGRINI GRINOVER, uma das autoras responsáveis pela elaboração do anteprojeto do CDC: “É que, vetado o dispositivo em tela, permaneceu íntegro o § 2º, inciso I, do art. 98 – que se refere ao juízo da liquidação da sentença ou da ação condenatória, para a execução individual (acrescento: § 2º - *É competente para a execução do juízo: I – da liquidação da sentença ou da ação condenatória, no caso de execução individual*). Assim fica claro que diversos podem ser o foro e o juízo da liquidação da sentença e da ação condenatória, nas ações coletivas de que trata o Capítulo II do Título II”. E conclui, de modo categórico:

O fato é que, mesmo vetado o parágrafo único do art. 97, o inciso I do art. 2º permanece íntegro. A lei não pode conter disposições inúteis. É preciso dar conteúdo ao dispositivo em tela e a única interpretação capaz de fazê-lo parecer ser aquela que, reportando-se ao disposto no art. 101, inciso I (acrescento: *art. 101 – na ação de responsabilidade civil do fornecedor de produtos e serviços, sem prejuízo do disposto nos Capítulos I e II deste Título, serão observadas as seguintes normas: I a ação pode ser proposta no domicílio do autor*) e aplicando-o por analogia, extraí do sistema a regra da competência de foro do domicílio do liquidante”²³.

4.1.4 – Inversão do ônus da prova no Código do Consumidor e aplicação ao processo civil como um todo

O art. 6º do CDC incluiu entre os direitos básicos do consumidor, precisamente no inciso VIII, *a facilitação da defesa de seus direitos com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiência.*

Tal dispositivo reclama uma apreciação sumária, ainda que no bojo de uma resumida comparação em ter o processo coletivo e o processo civil clássico, com vistas a identificar-lhes as possíveis modificações introduzidas.

²³ - Idem, ibidem, p. 558 a 561.

A primeira observação diz respeito ao fato de que tal norma somente foi criada para disciplinar-se as relações de consumo, cabendo apreciar em que condições deve ser exercido mais esse poder que se atribui ao juiz e se pode ou não ser estendida ao processo coletivo em geral.

Já se reconheceu que a inversão do ônus da prova opera *ope judicis*, isto é, restritamente no âmbito do poder de convencimento interno do juiz, que lhe deverá fundamentar a convicção e não, *ope legis*, como mera decorrência da lei.

Em conseqüência, não se pode concluir que o juiz está obrigado a inverter o ônus da prova, tanto que ocorra um dos requisitos para isso exigido: verossimilhança da alegação **ou hipossuficiência da parte**. Parece-me, pois, que o magistrado é juiz da conveniência e oportunidade de aplicar-se o dispositivo, ainda que tal decisão possa ser reapreciada pela instância superior, já se tendo concluído que somente quando o magistrado concluir que sem a inversão do ônus da prova – em hipótese em que se satisfaz um dos requisitos da verossimilhança da alegação ou da hipossuficiência da parte – não terá condições de proferir uma decisão, ou seja, quando ocorreria uma hipótese de *non liquet*, se deverá promover essa inversão.²⁴

Embora a regra se destine especificamente às relações de consumo, entende-se que, desde que satisfeitos os requisitos para ela exigidos e com as cautelas mencionadas, tem aplicação ao processo coletivo em geral e não apenas às relações de consumo.

4.2 – Na competência do juiz:

As modificações introduzidas no processo civil em face da disciplina do processo coletivo repercutiram na competência do juiz.

Registra-se, além das questões já apreciadas em respeito à execução da sentença coletiva, mais, uma questão que tem sido objeto de apreciação doutrinárias nem sempre coincidentes. Refiro-me à modificação introduzida em respeito à disciplina da coisa julgada nos processos coletivos, mais precisamente à modificação introduzida no art. 16 da LACP pela Medida Provisória nº 1.570/97, depois convertida na Lei nº 9.494/97, que deu nova redação ao art. 16 da LACP:

Art. 16 – A sentença civil fará coisa julgada erga omnes, nos limites da competência territorial do órgão prolator (modificação introduzida), exceto se o pedido for

²⁴ - Como o refere Nelson Néri Júnior, como remissão a Kasuo Watanabe, “Comentários ao CDC”, p. 498 e a precedente jurisprudenciais TJSP-RT 706/67. Cf. CPC Comentado e legislação processual civil em vigor”, em parceria com Rosa Maria Andrade Nery, RT, 4ª ed. revista e ampliada, atualizada até 10.02.1999, p. 1805.

julgado improcedente por deficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova.

A esse respeito, assentou NELSON NÉRY JÚNIOR:

12. Ineficácia e inconstitucionalidade. *A norma, na redação dada pela L 9494/97, é inconstitucional e ineficaz. Inconstitucional por ferir os princípios do direito de ação (CF 5º XXXV), da razoabilidade e da proporcionalidade e porque o Presidente da República a editou, por meio de medida provisória, sem que houvesse autorização constitucional para tanto, pois não havia urgência (o texto anterior vigorava há doze anos, sem oposição ou impugnação), nem relevância, requisitos exigidos pela CF 62 caput. Ineficaz porque a alteração ficou capenga, já que incide o CDC 103 nas ações coletivas ajuizadas com fundamento na LACP, por força do LACVP 21 e CDC 90. Para que tivesse eficácia, deveria ter havido alteração da LACP 16 e CDC 103.*

De consequência, não há a limitação territorial para a eficácia erga omnes da decisão proferida em ação coletiva, quer esteja fundada no LACP, quer no CDC²⁵.

HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, por sua vez, após re-conhecer que essa modificação foi introduzida pelo Governo Federal por haver-se sentido impossibilitado de levar avante o seu projeto de privatização em razão das sucessivas liminares obtidas em ações civis públicas e de reconhecer que a modificação não havia obedecido à melhor técnica porque – segundo averbou – a coisa julgada se limita pelo pedido (demanda) e não pela competência, pelo que “... segundo a tradição de nosso direito e pelas exigências do próprio bom senso, o réu domiciliado em qualquer ponto do território nacional, desde que inserido na relação processual, está sujeito a suportar os efeitos da coisa julgada oriunda de sentença de juiz de qualquer parte do território brasileiro”, procedeu, em acréscimo, ao seguinte comentário:

Mas isto não impede que haja litígios que somente devam ser decididos pelo juízo do foro do réu ou da situação da coisa ou da verificação do fato.

A lei pode, dentro de sua soberania normativa, regular das mais diferentes maneiras o problema da competência. Se não o faz segundo a melhor técnica, pode merecer a censura ou a crítica dos doutos. Nem por isso deixará de ser eficaz enquanto não revogada ou alterada por outra lei.

Penso que se deve ressaltar a respeito o ponto comum de ambas as apreciações: o lamentável equívoco técnico de estabelecer-se limites à eficácia da declaração,

²⁵ - Cf. “CPC Comentado e legislação processual civil extravagante”, em parceria com Rosa Maria Andrade Nery, ob. cit., p. 1540-1541.

correspondente ao que LIEBMAN denominava de eficácia natural da sentença, à autoridade da coisa julgada, ou *auctoritas rei iudicatae*.

Deve-se refletir sobre os pontos divergentes em respeito a considerar-se inconstitucional a modificação e, ao mesmo tempo, ineficaz, em face d manutenção de outros dispositivos do CDC. Tenho dificuldade em identificar a inconstitucionalidade apontada porque não consigo enquadrar como desrespeito a qualquer norma definida da atual Constituição. Por outro lado, lembro-me bem que o nosso TRF já afastou um incidente de inconstitucionalidade que se provocou a respeito. Quanto à ineficácia da modificação, isso dependerá de cada caso concreto.

4.2.1 – Um caso específico: conflito de competência ajuizado perante o TRF da 5ª Região

Chego a um dos tópicos de nossa reflexão que rendeu ensanchas ao irrecusável convite do nosso estimado decano: o julgamento do Pleno, em que atuei, em respeito a um conflito de competência, cuja cópia do voto vista que proferi buscarei distribuir entre os interessados.

Tratou-se da hipótese em que o Sindicato Estadual dos Trabalhadores das Escolas Federais de 1º e 2º Graus do Estado da Paraíba havia proposto ação coletiva, no caso uma ação ordinária, perante o Juiz Federal da 4ª Vara, na Capital, logrando obter sentença favorável que determinava a implantação do percentual de 28,86% no vencimento básico dos professores, no caso, substituídos, à exceção de dois servidores que já a tinham recebido, com transação homologada nos autos, acrescida a condenação das parcelas vencidas desde janeiro de 1993.

Posteriormente, como não tivesse havido a implantação do referido percentual em seus vencimentos e tampouco o pagamento das parcelas vencidas, uma servidora, cujo nome não vem ao caso, entre coma ação de execução na 8ª Vara Federal, no município de Sousa, no mesmo Estado da Paraíba, onde é domiciliada.

O douto magistrado da 8ª Vara, em Sousa, reconheceu a sua incompetência, por alegar que, na hipótese, o juízo competente era o que havia prolatado a sentença transita em julgado, na forma do art. 575, II, do CPC , no caso o juiz Federal da 4ª Vara, na Capital. Este último magistrado, porém, entendeu que se tratava de causa que versava sobre direitos individuais homogêneos, pelo que a execução individual poderia ser feita no domicílio do beneficiado.

Foi relator o Desembargador Vladimir de Carvalho, que votou pela competência do juízo suscitado, ou seja, o da 8ª Vara, na cidade de Sousa. Depois de alguns votos, veio o substancial voto vista do Desembargador PAULO ROBERTO DE OLIVEIRA LIMA que, após examinar a questão, entendeu que embora se tratasse de uma ação coletiva, a execução deveria se promovida perante o juiz prolator da sentença, com fundamento no art. 575, II, do CPC.

Votou, pois, pela competência do Juiz Federal da 4ª Vara, na Capital.

Observei, no voto vista, que a questão envolvia muitas questões jurídicas e que, como o próprio havia ressaltado autor do voto vista que me havia antecedido, tratava-se de questão absolutamente inédita em nossa Corte.

Fundamentei meu voto na apreciação de três questões que havia considerado importante ao deslinde da causa: 1ª -n Tratava-se ou não de uma ação coletiva? 2ª - A depender da resposta que obtivesse à questão anterior, os autores – ou autor, no caso – tinha ou não legitimidade para ingressarem no feito como parte e, nessa condição, iniciar a execução? 3ª - E, finalmente, perante qual juízo deveria ser iniciada a execução: o prolator da sentença condenatória ou o juiz do domicílio dos servidores?

Depois do exame atento, em que me socorri de contribuições jurisprudenciais citadas no texto, encontrei resposta positivas a todas as perguntas que havia formulado, pelo que considerei competente, acompanhando o voto do Relator nesse sentido, o juízo suscitante, ou seja, O juiz Federal da 8ª Vara Federal, na cidade de Sousa.

4.2.2 – As perspectivas da competência do juiz no mundo moderno em face do processo coletivo

Observo, por fim, que o disciplinamento do processo coletivo – seja na perspectiva da tutela de direitos coletivos – Ação Civil Pública ou Ação fundada no Código de Defesa do Consumidor – seja na perspectiva da tutela coletiva de direitos – na hipótese da ação coletiva para 4.2.2 – promoveu-se profunda modificação na competência do juiz, como bem ressaltado pela Ministra do STF Carmem Lúcia Antunes Rocha.

Esclareceu Sua Excelência, em lúcido artigo, como soe acontecer, que, modernamente, o juiz não é mais representante do Príncipe nem juiz do Estado, O ponto de partida e de chegada de sua atuação considera o justo como entendido socialmente segundo a necessidade de cada um e de todos os indivíduos, e não apenas o que for interessante ou conveniente para a pessoa jurídica estatal, tendo acrescentado, de forma categórica:

Diversamente do juiz pacificador ou do juiz árbitro, o juiz da sociedade contemporânea não tem “competência negativa”, mas “competência afirmativa”. Antes, o juiz negava o Direito a uma das partes e, assim, assegurava o da outra. Não é o que se tem na atualidade, quando o juiz afirma direitos, não apenas de uma parte que a ele requer, mas a todos que na mesma circunstância se encontram (direitos de minoria, categorias profissionais, etc.). A conduta do juiz não apenas a dirimir uma lide, mas a prevenir outras na sociedade, resolvendo as pendências incipientes em determinado grupo e sintonizando as dificuldades a serem superadas antes mesmo de se firmarem como conflitos sociais²⁶.

5. Conclusões

A disciplina do processo coletivo, que deixou de ser limitado à tutela do direito subjetivo, que reproduzia a ideologia presente na escola das pandectas, sistematizadora de todo o direito clássico, inclusive o processo civil, que a ele serve de instrumento, promoveu verdadeira revolução nos institutos processuais.

Já se passou a considerar que já existe, hoje, um Direito Processual Coletivo, de matriz constitucional, que envolve o processo coletivo civil, bem como ações do controle de constitucionalidade, o Direito Processual Penal, limitados às causas de natureza penais, não cíveis e o Direito Processual Civil, fundado no direito subjetivo a que visa tutelar

Rejeito essa tricotomia processual. Existem, tão somente, o Direito Processual Civil e o direito Processual Penal. O Direito Processual Civil sistematiza todas as normas que instrumentalizam a realização e satisfação do direito material de natureza cível, por dizer respeito ao cidadão, quer o considere *uti singuli* quer o contemple *uti universi*.

Neste último caso, as normas que disciplinam o processo coletivo, em respeito à tutela dos interesses difuso, coletivos e individuais homogêneos, formam um novo corpo de normas processuais, cuja disciplina desafia a criação de um novo Código de Processo Coletivo, cujo projeto já se encontra no Congresso Nacional.

Conveniente a distinção da doutrina de que se deve distinguir a tutela coletiva de direitos, assim considerada a tutela jurisdicional que se presta aos interesses metaindividuais em sua essência, os difusos e os coletivos e a tutela coletiva de direitos, a destinada aos direitos individuais homogêneos.

A disciplina do processo coletivo, em qualquer das formas de tutela, forma um microsistema processual autônomo que influenciou fortemente o processo civil clássico,

²⁶ - Cf. “O Juiz na Nova Ordem Social”, artigo inserto na obra coletiva “Perspectivas do Direito Público (estudos em homenagem a Miguel Seabra Fagundes), Livraria Del Rey, 1995, p. 247-273, mais precisamente, p. 247 e 257.

como prefiro denominá-lo, descabendo aplicar institutos criados para o processo civil clássico no julgamento próprio desse microsistema.

A modificação mais importante introduzida pela disciplina desse microsistema se encontra na revolução procedida em respeito à competência do juiz, que deixou de ser apenas a de declarar direitos – na forma do processo civil tradicional – para transformar o papel do juiz, não apenas no representante do Príncipe ou do Estado, mas como autoridade irremediavelmente comprometida com as necessidades da sociedade, para considerar que o ideal de justiça por ele buscado é formulado pela sociedade e para a sociedade.

Nessas condições, a par das modificações apontadas no texto sobre o processo civil clássico, em face da disciplina do processo coletivo, não se pode mais identificar a competência do juiz como era disciplinada no processo civil clássico. Não é mais uma competência negativa, no sentido de, para reconhecer o direito de uns, negar o direito de outros, mas uma competência afirmativa, no sentido de que, deixando o papel de juiz meramente pacificador, passou a atuar, notadamente no julgamento dos interesses coletivos *lato senso*, com competência afirmativa, pois busca evitar lides futuras, afirmando direitos de uma coletividade ou grupo e não apenas de um indivíduo.

NOTAS:**MODIFICATIONS TO THE COLLECTIVE PROCESS**

Abstract: This paper studies the changes operated into the collective process discipline, specially toward it's main institutes: legitimation, pending judicial decision and connection, proof charge and judicial stoppel, as well as its consequences into classic civil process, followed by the examination of these influences on an exemplar case.

Keywords: Collective process; Changes; Reflections into the classic civil process.

A ANÁLISE DA EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE EM FACE DA REFORMA DAS LEIS 11.232, DE 22.12.2005 E 11.382, DE 6.12.2006

Tiago Antunes de Aguiar. Juiz Federal 18ª Vara de Pernambuco

Resumo: O texto trata das noções elementares a respeito da exceção de pré-executividade, como uma das modalidades de defesa do executado, e de sua importância para a garantia do efetivo contraditório e da ampla defesa na execução, além de analisar sua subsistência em face das reformas promovidas pelas Leis n.º 11.232, de 22 de dezembro de 2005 e n.º 11.382, de 6 de dezembro de 2006.

Palavras-chave: Execução, Exceção de pré-executividade, reforma.

Introdução

De antemão, cabe-nos, apresentar uma idéia do que seja a Exceção de Pré-executividade. Podemos conceituá-la como a possibilidade de opor-se uma defesa na execução, sem a garantia prévia do juízo, por meio de uma simples petição, quando a matéria impugnada, a princípio, for de ordem pública, podendo o vício da execução ser declarado de ofício pelo juiz, ou, ainda que tal matéria não seja de ordem pública, seja possível a desconstituição do título executivo mediante prova pré-constituída. Atende-se, assim, ao princípio do Contraditório e da ampla defesa na execução, sem desvirtuar o princípio do devido processo legal.

Para tanto, faremos uma breve incursão: na origem etimológica do termo exceção de pré-executividade; na antiga sistemática dos embargos à execução do código de processo civil de 1973; na aplicação do princípio do contraditório na execução, que fundamenta a pertinência dessa exceção de pré-executividade; no parecer de Pontes de Miranda (a quem se atribui a primeira alusão ao tema); no de Alcides Mendonça Lima (principal defensor da impossibilidade de aplicação deste tema); nas opiniões acerca da natureza jurídica da exceção de pré-executividade; nos entendimentos a respeito das matérias argüíveis via essa exceção e no momento do cabimento da mesma; na sistemática de defesa do executado em face das Leis n.º 11.232/2005 e n.º 11.382/2006, com a subsistência da exceção de pré-executividade e, finalizando, pronunciaremos nossas conclusões obtidas com o trabalho.

1 – Origem etimológica

A origem etimológica do termo “exceção de pré-executividade” ou “exceção pré-processual” é compreendida pelo fato dessa exceção ou argüição, *a priori*, referir-se a falta de requisitos de executividade do título, que são enumerados pela lei *previamente*; como, por exemplo, a regular assinatura do sacador em uma letra de câmbio (requisito específico enunciado pela lei Uniforme de Genebra) ou mesmo a falta de algum dos requisitos gerais do título executivo¹, previstos no art. 586 do Código de Processo Civil: certeza, liquidez e exigibilidade.

Deve-se atentar que, inicialmente, a exceção de pré-executividade foi argüida em relação a títulos executivos extrajudiciais (como veremos no caso do parecer n.º 95 de Pontes de Miranda), sendo que alguns destes como a letra de câmbio e o cheque, por exemplo, têm requisitos específicos para que se tornem certos e, conseqüentemente, executáveis previstos previamente em lei especial. Por isso afirma-se que “as exceções que versarem sobre os requisitos de admissibilidade do processo executivo de títulos extrajudiciais serão pré-processuais, dado o fato de se tratar a executoriedade do título de questão de direito material e não processual.”²

Explicando o termo, afirma Pontes de Miranda:

O direito pré-processual é que diz se o título extrajudicial é título executivo ou não. Os requisitos que o direito pessoal ou real há de ter para que a pretensão à condenação que lhe corresponde possa ser exercida simultaneamente com a pretensão à execução são pressupostos da tutela jurídica (...) O juiz, examinando a petição, já tem cognição incompleta do mérito e atende ao que o direito pré-processual concedeu ao título extrajudicial. Não é o seu despacho que confere a executividade; preexistia, e o mandado já se expede em deferimento da parte da petição em que se exerceu a pretensão à execução (adiantada).³

2 – Da antiga sistemática dos embargos à execução do Código de processo Civil de 1973

A execução, manifestada em um processo autônomo (no caso das atuais execuções de título extrajudicial, fiscal e contra a fazenda pública) ou em fase do processo de conhecimento (atual cumprimento da sentença previsto nos artigos 475-I a 475-R do CPC), pode ser conceituada como uma série de atos coordenados que visam a satisfazer a pretensão do exequente, munido de um título executivo, o qual contém uma obrigação certa, líquida e exigível.

Desde logo, acentuou-se na doutrina tradicional⁴ a idéia de uma posição privilegiada do exequente frente ao executado, visto que o primeiro já detém um título certo, líquido e exigível ao qual deve se submeter o segundo, dentro do devido processo legal, através dos atos do processo executivo que, diferentemente dos atos do processo cognitivo, consistem e uma série de atos materiais (ex: penhora, arrematação, adjudicação) que buscam a efetivação da obrigação do devedor que deveria tê-la cumprido espontaneamente.

Entretanto, a execução tem seu início justamente com o ato de expropriação do patrimônio do executado – a penhora. Para tanto, deve observar o juiz se todos os pressupostos da execução (obrigação certa, líquida e exigível) e as condições da ação estão presentes para o ordenamento da medida constritiva; respeitando o princípio do devido processo legal (CF, art. 5º, LIV).

A priori, o contraditório na execução parece ser diferido para o momento de apresentação dos embargos à execução ou da impugnação do cumprimento da sentença; esta última criada pelos artigos 475-J, 475-L e 475-M do Código de Processo Civil (incluídos pela Lei n.º 11.232/2005), sobre a qual discorrer-se-á em momento posterior no presente trabalho.

Pela antiga sistemática do artigo 737 do Código de Processo Civil de 1973 (revogado pela Lei n.º 11.382/2006), só eram admissíveis os embargos à execução após seguro o juízo pela penhora (na execução por quantia certa) ou pelo depósito (na execução para entrega de coisa).

Com tal dispositivo, o Código provocava uma aparente incompatibilidade, a ser resolvida, entre a garantia constitucional da ampla defesa e o regular desenvolvimento do processo executivo, de modo a não desvirtuar a sua essência como processo de coação com suas características próprias. Neste sentido, afirmou Francisco Wildo Lacerda Dantas:

A defesa por excelência no processo de execução se procede através dos embargos e, como já se disse, exige-se como pressuposto

específico para esse exercício a prévia garantia de juízo. Isso provoca o dilema a ser resolvido: autorizar-se a agressão do patrimônio do cidadão, antes que esse possa defender-se, sem exigir que, para o exercício da garantia constitucional, sofra constringões em bens do seu patrimônio e, ao mesmo tempo, não desfigurar a execução como processo para satisfação do direito anteriormente reconhecido⁵.

A interpretação literal do artigo 737 do Código de Processo Civil, antes da sua revogação pela Lei n.º 11.382/2006, poderia levar a conclusão de que não se admitia qualquer manifestação de defesa do devedor antes de seguro o juízo⁶. Na verdade, o revogado artigo 737 deveria ser interpretado de forma sistêmica com outros dispositivos do mesmo código, como o artigo 586 (a execução deve ser fundada em título certo, líquido e exigível – atualmente obrigação certa, líquida e exigível), o 618 (que se refere à nulidade da execução) e o 295 (indeferimento da inicial), e com o ordenamento jurídico como um todo, principalmente em harmonia com os princípios constitucionais, sobretudo do artigo 5º de nossa Carta Magna. Os embargos, mesmo antes das reformas das Leis n.º 11.232/2005 e n.º 11.382/2006, não poderiam ser considerados a única forma de impugnação a uma execução, manifestamente nula, podendo o executado argüir a nulidade e devendo o juiz, até mesmo de ofício, declarar sua nulidade extinguindo o processo com ou sem o julgamento do mérito, dependendo da hipótese.

Há tempos, já afirmava Cândido Dinamarco: “é preciso debelar o mito dos embargos, que leva os juízes a uma atitude de espera, postergando o conhecimento de questões que poderiam e deveriam ter sido levantadas e conhecidas liminarmente, ou talvez condicionando o seu conhecimento à oposição destes. Dos fundamentos dos embargos (CPC, art. 741), muito poucos são os que não se pode conhecer de-ofício, na própria execução”⁷.

3 – Execução e contraditório

O princípio do contraditório pode ser resumido no binômio ciência e participação. É conceituado como a ciência do que se faz e ou se pretende que seja feito no processo, pelas partes envolvidas, e ao mesmo tempo a possibilidade de cooperar ou de contrariar⁸. Assim, além da ciência dos atos processuais a ambas as partes, é necessário, para que este princípio se efetive, que se possibilite a real participação dos sujeitos processuais no desenrolar do processo.

Havia posicionamentos em parte da doutrina⁹ em afirmar que o processo executivo não é contraditório¹⁰, ou seja, que não se trata de um processo dialético, de um meio de discutir e acertar o direito das partes, mas apenas um meio de sujeição do devedor à realização da sanção a que se deve adequar para o cumprimento da obrigação já contida em um título certo, líquido e exigível. Negava-se a presença deste princípio constitucional na execução ou afirmava-se haver nesta apenas um contraditório eventual, inexistindo nesse processo o equilíbrio entre as partes, como afirma Amílcar de Castro, citado por Cândido Dinamarco¹¹.

Segundo Luiz Edmundo Appel Bojunga, “Seguramente, a noção de inexistência de contraditório na execução remonta àquelas idéias de Köler, segundo as quais, não se tem um progredir na relação processual de execução, mas simples retrato de um direito já criado no primeiro ato executivo, excluindo-se, por conseguinte, a estrutura contraditória e a própria oralidade”¹².

Contudo, parece ser inquestionável que tais argumentos de parte da doutrina não mais se sustentam¹³, não podendo se confundir a especificidade do processo autônomo de execução em relação ao processo cognitivo com a ausência de contraditório. O executado não é um mero sujeito passivo que deve se submeter inerte a todos os atos da execução. À exigência político-jurídica e social do cumprimento das obrigações e conseqüentemente da lei pelo executado, nos termos pactuados no título executivo se contrapõe o princípio da não prejudicialidade do devedor, consagrado no artigo 620 do CPC, que aduz que a execução será promovida pelo meio menos oneroso possível ao devedor¹⁴, bem como o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III, da CF). Não se concebe hoje, como o era no Direito Romano, uma execução cruel e desumana, vingativa e que possa recair sobre o próprio corpo do devedor. A execução há de ser real, sobre o patrimônio do executado.

O que acontece é que o processo de execução não é um “processo de sentença”, predisposto para a discussão do mérito, ele é um “processo de coação”, no sentido de que se concentra no título executivo; mas, na atividade jurisdicional do processo executivo o Estado não é parcial a favor do exeqüente, no sentido de atuar a lei a seu favor a todo custo. Existe aquela idéia central de que sacrifício algum deve ser imposto ao executado, além do necessário e razoável. Por isso, o juiz é seguidamente chamado a proferir juízos de valor no processo de execução – seja acerca dos pressupostos processuais gerais e específicos da execução e ou das condições da ação. Ora, para fazê-lo é imperativo constitucional a oferta

de possibilidade a ambas as partes para dizerem sobre o ato a praticar, já que o executado não é como em tempos idos, mero sujeito passivo da execução¹⁵.

Creemos que, ao menos desde a Constituição da República de 1988, frente ao seu artigo 5º, inciso LV, não resta dúvida sobre a abrangência do princípio do contraditório aos acusados em geral tanto no processo judicial, incluindo obviamente o processo executivo, quanto no processo administrativo. Mas resta a discussão sobre o grau de sua intensidade na execução.

Autores como Moacyr Amaral Santos¹⁶ e Luiz Edmundo A. Bojunga¹⁷ consideravam os embargos à execução como o único meio de manifestação do contraditório e da defesa do executado e terceiros interessados no processo executivo. Todavia, a partir das observações feitas acima, o contraditório existe dentro da execução, seja ela na forma de processo autônomo ou fase incidental do processo de conhecimento, não se podendo pensar que ele é somente garantido com o exercício da defesa através dos embargos, que tem natureza de ação relativamente autônoma, ou mediante a recente impugnação do cumprimento de sentença.

Ao contrário, deve-se admitir o exercício do direito de defesa e do contraditório na execução, independentemente da oposição de embargos, sobretudo quando se alega a inexistência dos pressupostos processuais exigíveis à constituição de toda a relação processual ou das condições de ação¹⁸.

Segundo Cândido Dinamarco¹⁹, são manifestações do contraditório no processo executivo: a necessidade de citação do executado, a exigência de intimação da penhora, a possibilidade de se impugnar a avaliação, de opor-se ao pedido de reforço da penhora, de remir o bem penhorado, de recorrer das decisões desfavoráveis, de usar correição parcial, entre outras.

Do exposto, denota-se que o princípio do contraditório é imprescindível para a fundamentação da possibilidade de se interpor a chamada exceção de pré-executividade, já que é instrumento hábil para a garantia do efetivo exercício desta prerrogativa constitucional na execução.

4 – Parecer de Pontes de Miranda

Atribui-se comumente na doutrina a Pontes de Miranda, com seu parecer n.º 95, a criação do termo exceção de pré-executividade, que acreditamos ser o mais difundido para atribuir-se a impugnação do título executivo quando este não guardar seus pressupostos processuais específicos: certeza, liquidez e exigibilidade. A título apenas de observação, o

autor não se refere em seu parecer à palavra exceção de pré-executividade e sim à “exceção pré-processual ou processual”²⁰.

Em 1966, Pontes de Miranda elaborou o citado parecer a Companhia Siderúrgica Mannesmann que o teria requisitado devido a problemas com pedidos de falência da mesma, tendo o juiz as negado, por serem falsos os títulos apresentados. Com o insucesso dos pedidos de falência da empresa, algumas execuções foram propostas por portadores desses títulos falsos.

Devido a grande quantidade de execuções ajuizadas e a necessidade de se garantir o juízo destas para alegar suas nulidades, comprometendo injustamente grande quantidade de capital de giro da empresa, foi requisitado o parecer que entre as questões levantadas perguntava: “pode o juiz exigir a penhora dos bens da empresa demandada antes de se pronunciar sobre a falsidade dos títulos?”. A resposta, nas palavras do autor, foram: “Uma vez que houve alegação que importa em oposição pré-processual ou processual, o juiz tem de examinar a espécie e o caso, para que não cometa a arbitrariedade de penhorar bens de quem não estava exposto à ação executiva”²¹.

O parecer de Pontes de Miranda foi elaborado em três partes: Os Fatos, onde o autor narra o acontecido com a empresa; Os Princípios, onde há o embasamento do parecer; e A Consulta e as Respostas, onde são respondidas questões feitas pelo cliente como a acima referida.

Na parte do parecer denominado Os Princípios, o autor se refere à necessidade de que para que haja executividade, é preciso que se repute título executivo ou que haja sentença com carga suficiente de executividade, ou seja condenatória (o que atualmente perde um pouco o sentido tendo em vista que até a sentença declaratória pode ser executada, a teor do artigo 475-N, I, do CPC). Enuncia, da mesma forma, que se alguém cobra uma dívida que consta em um título extrajudicial, como uma letra de câmbio, e o demandado argüi que a sua assinatura é falsa, ou que o nome é parecido, porém não foi ele que se vinculou ao título, tem o juiz que apreciar o caso antes de ter o devedor de pagar ou nomear bens a penhora, pois trata-se de negação de executividade do título, tendo o juiz que decidir de ofício quanto a isso, porque está em exame a pretensão à execução, e não o mérito da causa²².

Ainda atinente a esta parte do parecer, Pontes de Miranda delinea a característica fundamental da exceção de pré-executividade (à época em que era indispensável a penhora para que o executado pudesse se manifestar nos autos) de prescindir da garantia do juízo para sua interposição, visto ser uma “exceção” dentro do processo executivo: “A penhora ou o

depósito somente é de exigir-se para a oposição de embargos do executado; não, para a oposição das exceções e de preliminares concernentes à falta de eficácia executiva do título extrajudicial ou da sentença.”²³

O desfecho da obra do autor se dá com “a consulta e as respostas”, onde são apontadas as soluções para os questionamentos da Companhia Mannesmann. Inicialmente, Pontes de Miranda reafirma a necessidade de serem os títulos líquidos e certos para que possam ser executados e no caso da consulta o estatuto da empresa exigia a assinatura de dois diretores, sendo que os possíveis títulos apresentados para a execução apresentavam uma das assinaturas falsa. Assim, “se o demandado nas vinte e quatro horas, alega e prova que não é a pessoa vinculada, contra a qual se poderia propor a ação executiva, tem de haver decisão do juiz antes de se expedir mandado de penhora”²⁴. Conclui, afirmando que verificada a falsidade dos títulos o juiz deve indeferir o pedido de execução, pois, segundo o autor, o despacho do juiz, na petição inicial é revogável e tem de ser revogado se a alegação é procedente.

5 – Parecer de Alcides de Mendonça Lima

Em contraposição à tese da exceção de pré-executividade, apareceu na doutrina Alcides de Mendonça Lima, expressando suas idéias sobre a impossibilidade da alegação de vícios à execução senão através dos embargos, em parecer elaborado a pedido da COPERSUCAR – cooperativa central do produtos de açúcar e álcool do Estado de São Paulo.

A cliente era exequente em processo movido contra a Central Paulista de Açúcar e Alcool Ltda., cobrando-se três notas promissórias, sendo que duas ainda não vencidas, mas consideradas vencidas pela credora nos termos do contrato entre as partes. O juiz despachou a inicial mandando pagar em 24 horas ou nomear bens a penhora, tendo a executada interposto agravo contra essa decisão, considerando que a credora não portava título líquido, certo e exigível que foi provido parcialmente, suspendendo a execução quanto às duas promissórias ainda não vencidas²⁵.

As questões levantadas ao autor foram: “1- Se o despacho inicial da execução pode ser atacado por agravo, sem a penhora anterior?; 2 – A penhora é indispensável para ensejar a impugnação da devedora pelo agravo ou, normalmente, por via de embargos?”²⁶

Alcides Lima fundamenta suas respostas dando ênfase, logo no primeiro parágrafo de que a questão deve ser resolvida a partir da análise do direito processual brasileiro, fora disso é mera discussão acadêmica, longe da realidade de nosso ordenamento jurídico, afirmando

que o único meio de opor-se a pretensão do exeqüente é através dos embargos à execução. Repudia, desde logo, a possibilidade de se interpor exceção de pré-executividade, visto que está não encontra previsão legal, em nossa legislação²⁷.

Mostrou-se, o citado jurista, impregnado do preconceito de uma antiga doutrina em não admitir o contraditório na execução, revelando a idéia de que o credor tem uma posição de prevalência sobre o devedor, podendo-se falar em contraditório apenas em relação ao processo executivo lato senso, ou seja, com o oferecimento da ação dos embargos, só sendo permitido ao executado opor-se a pretensão do exeqüente através destes²⁸.

Aduziu, o autor, que o parecer de Pontes de Miranda serve como subsídio para reforma do código, desde que suas idéias se materializem em lei, fixando os casos com precisão em que o devedor poderá opor-se a execução sem oferecer bens à penhora. Se assim não for, os embargos do devedor, praticamente, sempre poderão ser opostos sem a penhora, que é medida de constrição de vasta utilidade para a garantia do cumprimento da execução. Conseqüentemente, o parecer 95 de Pontes de Miranda, para Alcides Lima, serve de base para questões de política legislativa ou mesmo acadêmicas e não encontra adequação à previsão legal de nosso sistema processual²⁹.

Com essas considerações, o escritor, responde as perguntas formuladas pela cliente, dizendo ser indispensável para a impugnação da execução a prévia garantia do juízo e impossível o devedor sustar a ação executiva com a alegação e prova da extinção do crédito (ex: pagamento, prescrição), sem penhora e sem embargos, por ser imperativo legal de nosso ordenamento, ao contrário da Itália onde a penhora não é condição do conhecimento e processamento do embargos do devedor³⁰.

6 – Matérias argüíveis e momento de argüição

Através do parecer de Pontes de Miranda, chega-se a uma conclusão de que o eminente jurista quando fundamentou a possibilidade de se oferecer a exceção pré-processual ou processual, referia-se a matérias processuais e de ordem pública, mas não a matérias argüíveis que adentrassem diretamente no mérito da execução. Assim, ele afirma: “Se o sacador ou aceitante da letra de câmbio diz que a assinatura é falsa(...), o juiz tem de decidir quanto a isso, porque está em exame a pretensão à execução, e não o mérito da causa.”³¹ (grifos nossos).

A doutrina e a jurisprudência evoluíram para aceitar que fossem argüidas na exceção de pré-executividade matérias indiretas de mérito (como o pagamento, a prescrição, transação com remissão e renúncia), mesmo que o juiz não as possa conhecer de ofício, desde que fosse desnecessária a dilação probatória, ou seja, houvesse prova pré-constituída dos fatos argüidos, a exemplo do que ocorre com o mandado de segurança.³²

Entretanto, autores como Eduardo Talamini e Araken de Assis foram além, defendendo que é possível a interposição de exceção de pré-executividade, ainda que seja necessária a dilação probatória.

Enquanto Araken de Assis defende de modo irrestrito a possibilidade de interposição de exceção de pré-executividade, ainda que seja necessária a dilação probatória³³, Talamini argumenta que a necessidade de prova pré-constituída só pode ter aplicação em relação às matérias indiretas de mérito (como pagamento, transação e renúncia), tendo em conta que essas só podem ser conhecidas de modo indireto e sumário. Indireto, por que só são conhecidas para o fim de extinção do processo, nas hipóteses do artigo 794 do CPC, e sumário, porque devem estar evidenciadas de plano, sem a necessidade de uma análise profunda.³⁴

Já no que se refere às matérias processuais de ordem pública (pressupostos processuais executivos, condições da ação executiva, nulidade absoluta de atos executivos), para que não haja resultados incompatíveis com os fundamentos do contraditório na execução, o autor citado defende a possibilidade de dilação probatória no bojo do processo executivo ou na fase incidental do cumprimento de sentença, a exemplo da produção de prova testemunhal para se comprovar a impenhorabilidade de um bem.³⁵

Não nos parece acertada a idéia de que seja possível a interposição da exceção de pré-executividade, quando o executado necessitar de produção de prova em juízo, sob pena de se desvirtuar a execução, seja como processo autônomo, seja como procedimento incidental do processo de conhecimento. Para um exame mais profundo de questões de fato, o executado tem a seu dispor a impugnação ao cumprimento da sentença e os embargos ao processo de execução autônomo. A aceitação de petições durante o curso da execução, requerendo provas testemunhais ou periciais após passado o prazo para a apresentação dos embargos ou da impugnação, por exemplo, findaria por transformar em chicana o desenrolar da marcha rumo a satisfação do crédito do exequente, violando o princípio da efetividade da execução, consagrado de forma implícita nas reformas das Leis n.º 11.232/2005 e n.º 11.382/2006.

A necessidade de prova pré-constituída como requisito para a interposição da exceção de pré-executividade é, inclusive, defendida por autores como Fredie Didier Jr.³⁶, Leonardo José Carneiro da Cunha³⁷, Fernando Rister de Sousa Lima³⁸ e Lucas Rister de Sousa Lima.³⁹ Da mesma forma, este é o entendimento que vem prevalecendo no Superior Tribunal de Justiça.⁴⁰

Quanto às matérias argüíveis na exceção de pré-executividade, é importante ressaltar que a prescrição, a partir da edição da Lei n.º 11.280/2006, pode ser decretada de ofício pelo juiz, tornando-se matéria de ordem pública, razão pela qual é incontestável a possibilidade de sua veiculação por exceção de pré-executividade, além de ser possível a sua alegação pelo motivo de ser matéria indireta de mérito, a qual pode ser comprovada de plano pelo executado.

Por outro lado, discute-se a possibilidade de argüição, via exceção de pré-executividade, da alegação de inexigibilidade do título executivo por estar fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal ou fundado em interpretação da lei ou ato normativo tidas pelo STF como incompatíveis com a Constituição Federal, prevista nos artigos 475-L, §1º, do CPC.

Talamini discorre não ser possível o tratamento de tal assunto por exceção de pré-executividade sob o fundamento de que, apesar de se tratar de matéria de ordem pública no processo cognitivo, é logicamente anterior ao trânsito em julgado do título judicial, encontrando anteparo (barreira) no título executivo judicial. Nas palavras do autor, “mesmo as matérias processuais atinentes à fase cognitiva do processo e que eram de ordem pública ficam sepultadas com a formação do título executivo (ressalvadas apenas as relativas à inexistência do processo cognitivo ou da sentença, que implicam na própria inexistência do título)”⁴¹. Como a declaração de inconstitucionalidade não implica na decretação da inexistência da sentença proferida, a qual existe e produziu efeitos, a inexigibilidade por inconstitucionalidade da sentença do processo executivo só poderia ser argüida pela impugnação prevista nos artigos 475-J, 475-L, 475-M, do CPC.⁴²

Comungamos, neste ponto, com Araken de Assis, ao defender que “a inconstitucionalidade superveniente (art. 475-L, §1º) pode ser alegada, a qualquer tempo, no processo em que se executa o título atingido pela ineficácia”⁴³. A exceção de pré-executividade evoluiu para que fosse possível argüir qualquer matéria indireta de mérito ou de ordem pública, desde que por prova pré-constituída, não havendo sentido em negar seguimento a tal petição quando seu fundamento for a inexigibilidade do título por declaração

de inconstitucionalidade proferida pelo STF, tendo em conta ser sumária e indireta a cognição de tal petição pelo juiz, bastando a análise do julgado do pretório excelso em face da sentença proferida no processo de cognição.

Ressalte-se que o Superior Tribunal de Justiça vem entendendo que quando uma norma é declarada inconstitucional pelo STF não mais se faz necessária dilação probatória e assim pode a questão ser argüida em exceção de pré-executividade.⁴⁴

Cabe, ainda, neste tópico, considerações quanto ao momento em que se pode apresentar a exceção de pré-executividade na execução. Na concepção de Pontes de Miranda a exceção de pré-executividade deveria ser interposta dentro do prazo fixado para as exceções normais que, naquela época (código de 1939), era de três dias. Observa-se que este jurista via como objetivo da exceção de pré-executividade o de impedir a penhora, com o que concorda Carlos Renato de Azevedo Pereira⁴⁵.

Entretanto, é questão há muito tempo superada pela doutrina que impedir a efetivação da penhora era uma consequência da exceção de pré-executividade (antes da entrada em vigor das Leis n.º 11.232/2005 e n.º 11.382/2006, as quais não mais exigem a garantia do juízo como requisito para interposição dos embargos ou da impugnação ao cumprimento de sentença) e não um objetivo e que a efetivação da penhora não pode evitar que seja utilizada esta exceção, tenha essa como fundamento matérias de ordem pública ou matérias indiretas de mérito que sejam comprovadas de plano, sem dilação probatória. Assim, não há prazo para interposição da exceção de pré-executividade quando as matérias argüidas sejam de ordem pública, por isso não sujeitas a preclusão.

Quanto às matérias indiretas de mérito e possíveis de comprovação de plano, caberá ao executado argüi-las na primeira oportunidade em que vier falar nos autos, sob pena de não mais poder fazê-lo durante o trâmite da execução, tendo em conta a preclusão.⁴⁶

7 – Sistemática de defesa do executado em face das Leis N° 11.232/2005 e N° 11.382/2006 e subsistência da exceção de pré-executividade

Com a edição das Leis n.º 11.232, de 22 de dezembro de 2005 e n.º 11.382, de 6 de dezembro de 2006 houve uma profunda modificação na execução civil brasileira e, conseqüentemente, na sistemática de defesas do executado.

O processo de execução autônomo fundado em título executivo judicial foi transformado em procedimento ou fase incidental do processo de conhecimento, denominado

de cumprimento de sentença, sendo a ação de embargos à execução de título judicial substituída pela impugnação ao cumprimento de defesa, com natureza jurídica de defesa e interposta dentro do próprio incidente de cumprimento de sentença, como simples petição, ainda que instruída em autos apartados no caso de não lhe ser prestada efeito suspensivo (artigo 475-M, §2º, do CPC).

A execução fundada em título executivo extrajudicial, a contra a fazenda pública e a fiscal continuam como processos de execução autônomos, continuando a ação de embargos à execução como o principal meio de defesa do executado.

A execução contra a fazenda pública remanesce, nos termos do artigo 730 do CPC, com a necessidade de citação da executada para embargar no prazo de 30 dias, não sendo exigido qualquer tipo de garantia do juízo para a proposição dos embargos, em face da impenhorabilidade dos bens públicos e da necessidade de trânsito em julgado da sentença que os rejeite ou do decurso de prazo sem a apresentação destes, para a expedição da requisição de valor ao presidente do tribunal competente (art. 100 da CF/88).

Na execução fiscal, por sua vez, além de permanecerem os embargos como meio de impugnação do título executivo, ainda persiste a necessidade de se garantir o valor da execução como requisito para o ajuizamento da ação incidental com finalidade de defesa, a teor do artigo 16 da Lei n. 6.830/80.

Entretanto, o artigo 736 do CPC, com aplicação direta na execução fundada em título executivo extrajudicial, teve sua redação alterada para não mais se exigir a segurança do juízo como requisito para interposição dessa modalidade de defesa do executado.

As principais questões que se desencadearam em relação à defesa do executado, após a reforma, são as seguintes: a) é necessária a efetivação da penhora para que se maneje a impugnação ao cumprimento da sentença?; b) ainda persiste o instituto da exceção de pré-executividade com a criação da impugnação ao cumprimento da sentença e com o fim da necessidade de garantia do juízo para a propositura dos embargos a execução?

Assim, dispõe o artigo 475-J, §1º, do CPC, incluído pela Lei n. 11.232/2005: “Do auto de penhora e de avaliação será de imediato intimado o executado, na pessoa de seu advogado (arts. 236 e 237), ou, na falta deste, o seu representante legal, ou pessoalmente, por mandado ou pelo correio, podendo oferecer impugnação, querendo, no prazo de 15 dias.”

Por sua vez, dispõe o artigo 736 do CPC, com redação dada pela Lei n.º 11.382/2006: “O executado, independentemente de penhora, depósito ou caução, poderá opor-se à execução por meio de embargos”.

A leitura do primeiro dispositivo acima transcrito poderá resultar na idéia de que é necessária a penhora para que se interponha a impugnação ao cumprimento de sentença ou, ao contrário, chegar-se-á a conclusão de que o dispositivo apenas indica que o prazo final para o protocolamento da impugnação é de 15 dias a contar da intimação da penhora, não sendo vedada sua utilização em momento anterior à penhora e sendo esta última apenas requisito para que tal impugnação possa ser recebida com efeito suspensivo, a teor da aplicação sistemática do artigo 739-A, §1º (o qual determina que para que os embargos sejam recebidos no efeito suspensivo é necessária a garantia da penhora de bens), ao procedimento de cumprimento de sentença.

Com o primeiro entendimento, doutrinadores como Araken de Assis⁴⁷, Ana Maria Scartezzini⁴⁸, Fernando Rister de Sousa e Lucas Rister de Sousa⁴⁹ defendem a necessidade de penhora como requisito para o ingresso da impugnação ao cumprimento de sentença, aduzindo que tal exigência termina por justificar a subsistência da exceção de pré-executividade na fase de cumprimento de sentença, uma vez que esta não demanda tal requisito.

Na segunda linha de interpretação, a qual nos parece ser mais acertada, autores como Leonardo da Cunha⁵⁰ e Rafael Guimarães⁵¹ vêm no artigo 475-J, §1º, do CPC, apenas uma limitação temporal de quinze dias para o oferecimento da impugnação, contados da intimação da penhora, não sendo a constrição de bens do devedor requisito de ajuizamento da defesa do executado.

A esta última linha de idéia, some-se a concepção de Fredie Didier JR.⁵² de que a efetivação da penhora no cumprimento de sentença é apenas um pressuposto para a concessão de efeito suspensivo à impugnação. Ora, se a simples impugnação do cumprimento da sentença sem a garantia do juízo não tem o condão de suspender o procedimento incidental, não haverá prejuízo ao credor, bem como seria muito mais salutar termos uma regra uniforme para a execução de título judicial e extrajudicial no que concerne a desnecessidade de constrição de patrimônio do executado, com condição para a apresentação da sua defesa (seja impugnação ou ação de embargos).

Quanto à subsistência do instituto da exceção de pré-executividade, após as reformas do processo de execução civil, parece que seus fundamentos permanecem, ainda que se admita ou não a garantia do juízo no cumprimento de sentença, bem como após revogação da norma que exigia a mesma garantia para o ajuizamento dos embargos a execução.

Para os que persistem na idéia de que a impugnação ao cumprimento da sentença exige prévia penhora de bens, a exceção de pré-executividade terá um terreno bastante fértil para se argüir todas as matérias de ordem pública ou matérias indiretas de mérito que possam ser provadas sem necessidade de dilação probatória, citadas em momento anterior no presente trabalho. Mesmo para aqueles que entendam como nós pela dispensabilidade da garantia do juízo para o oferecimento da impugnação, ainda assim a exceção de pré-executividade pode ser utilizada quando se tenha perdido o prazo para a impugnação e a matéria argüida seja de ordem pública ou sendo matéria indireta de mérito não tenha havido a preclusão de sua alegação nos autos e esta possa ser provada sem dilação probatória.

Na execução fundada em título executivo extrajudicial, o raciocínio é idêntico. Apesar de não se exigir a garantia do juízo para a proposição dos embargos, haverá sempre matérias de ordem pública que poderão ser argüidos em momento posterior, bem como matérias indiretas de mérito que não tenham sido aventadas e, portanto, sobre as quais não tenha ocorrido a preclusão.

Verifica-se, no entanto, que a utilização da citada exceção, após a reforma, encontra-se bastante esvaziada, ante a desnecessidade de garantia do juízo para a apresentação de defesa pelo executado, tanto no cumprimento de sentença, quanto no processo de execução autônomo fundado em título executivo extrajudicial, uma vez que essa sempre foi a grande utilidade da exceção de pré-executividade: possibilitar a defesa em juízo do executado sem uma indevida constrição de bens, quando de plano é evidente a falta de executividade do título.

Todavia sua utilização encontra vasto campo na execução fiscal, tendo em conta que, a teor do artigo 16 da Lei n. 6.830/80, subsiste a necessidade de garantia da execução mediante penhora como requisito para a propositura dos embargos à execução promovida pela fazenda pública, sendo certo que a morte de tal instituto não parece ter data certa.

8 – Conclusões

A exceção de pré-executividade, apesar de sua confusão terminológica, é o termo mais utilizado para se referir ao oferecimento de simples petição nos autos de processo autônomo de execução ou em procedimento incidental de cumprimento de sentença, como defesa do executado, para a argüição de matérias de ordem pública ou matérias indiretas de mérito que não demandem dilação probatória, com a finalidade de fulminar o título executivo.

Quando em vigor a antiga sistemática dos embargos à execução do código de processo Civil de 1973, com a necessidade de garantia prévia do juízo como requisito para a proposição de tal ação incidental, a exceção de pré-executividade era um instrumento indispensável para garantir a defesa do executado que não precisaria se submeter a uma constrição indevida no seu patrimônio quando possuía elementos para extinguir a execução de plano.

A idéia de que o princípio do contraditório não incide na execução encontra-se superada há tempos idos, sendo fundamental a compreensão de tal princípio para fortalecer a utilização da exceção de pré-executividade, sem a desvirtuação do devido processo legal e do princípio da efetividade na execução.

Os pareceres de Pontes de Miranda e Alcides de Mendonça Lima são emblemáticos para a reconstituição histórica da exceção de pré-executividade, a fim de se entender a origem e a evolução do instituto.

As matérias argüíveis na exceção de pré-executividade evoluíram daquelas de ordem pública (as quais podem ser conhecidas de ofício e fundamentavam a razão de ser do instituto quando da sua criação doutrinária) para qualquer matéria indireta de mérito, como o pagamento e a transação, desde que não haja necessidade de dilação probatória. Da mesma forma, seu momento de oferecimento em juízo evoluiu do instante anterior à penhora, para qualquer tempo ou grau de jurisdição, tanto em relação às matérias de ordem pública quanto no que concerne às matérias indiretas de mérito, desde que não tenha havido preclusão em relação a estas últimas.

Com a entrada em vigor das Leis n.º 11.232/2005 e n.º 11.382/2006, a execução fundada em título judicial foi transformada de processo autônomo para procedimento incidental do processo de conhecimento, tendo sido criada a defesa de impugnação ao cumprimento de sentença, subsistindo a ação incidental dos embargos à execução em relação ao processo executivo fundado em título executivo extrajudicial.

Tanto a impugnação ao cumprimento da sentença, quanto os embargos à execução fundada em título extrajudicial dispensam a garantia do juízo como requisito de suas proposições.

A exceção de pré-executividade subsiste de forma plena na execução fiscal (a qual continua exigindo a garantia da execução como pressuposto de admissibilidade dos embargos) e tem sua área de atuação diminuída com a reforma da execução civil. Porém, referida defesa do executado continua sendo importante para as hipóteses em que este tenha perdido o prazo

para a impugnação ou para os embargos ou mesmo quando tenha deixado de suscitar matéria fundamental para a extinção da execução nessas oportunidades.

Referências

- ASSIS, Araken. *Cumprimento da sentença*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- BOJUNGA, Luiz Edmundo Appel. A Exceção de Pré-Executividade. *Ajuris*. Vol. 14, n.º 55, jul/set, 1989, pp. 62-70.
- DANTAS, Francisco Wildo Lacerda. Exceção de Pré-Executividade: Aspectos Teóricos e Práticos. *Revista Dialética de Direito Tributário*. N.º 24, set, 1997, pp. 21-29.
- DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil*. 3. ed. Salvador: editora JusPODIVM, 2008.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução Civil*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 1987.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução Civil*. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998.
- FERREIRA, Carlos Renato de Azevedo. Exceção de Pré-Executividade. Revista dos Tribunais. Vol. 79, n.º 657, jul, 1990, pp. 243-246.
- LIMA, Alcides de Mendonça. Ação Executiva. Agravo do devedor contra o despacho inicial, sem oferecer bens à penhora. Alegação de não serem títulos executivos, por falta de liquidez e exigibilidade – Matéria somente argüível em embargos do devedor, após a penhora – Interpretação do arts. 586, 652, 736 e 737 do CPC. Revista dos Tribunais. Ano: 72, vol. 575, set, 1983, pp. 63-71.
- MACHADO, Schubert de Farias. Execução Forçada. Defesa Antes da Penhora. Interpretação do arts. 618 e 737 do Código de Processo Civil. *Repertório IOB de Jurisprudência (Civil, Processual, Penal, Comercial e Administrativo)*. n.º 22, 2ª quinzena de novembro, 1990, pp. 453-456.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Dez Anos de Pareceres*. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1975.
- SANTOS, Ernando Fidélis do; WAMBIER, Luiz Rodrigues; NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coords.). *Execução Civil – estudos em homenagem ao professor Humberto Theodoro Júnior*. São Paulo: editora revista dos tribunais, 2007.
- SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de Direito Processual Civil*. Vol. III. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

SIQUEIRA FILHO, Luiz Peixoto. *Exceção de Pré-Executividade*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *A reforma da execução do título extrajudicial*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. II: Processo de Execução e Processo Cautelar. 21ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

Notas

¹ Tais requisitos, a partir das Leis 11.232/2005 e 11.382/2006, passaram a ser denominados de fundamentos da obrigação reconhecida pelo título, tendo em conta que qualquer sentença proferida no processo civil que reconheça uma obrigação (mesmo a meramente declaratória) é título executivo, podendo ser executada, de acordo com o artigo 475-N, I, do CPC.

² SIQUEIRA FILHO, Luiz Peixoto. *Exceção de Pré-Executividade*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998, p.30.

³ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Dez Anos de Pareceres*. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1975, p. 129.

⁴ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. II: Processo de Execução e Processo Cautelar. 21ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p.7.

⁵ DANTAS, Francisco Wildo Lacerda. Exceção de Pré-Executividade: Aspectos Teóricos e Práticos. *Revista Dialética de Direito Tributário*. N.º 24, set, 1997, p.25.

⁶ MACHADO, Schubert de Farias. Execução Forçada. Defesa Antes da Penhora. Interpretação do arts. 618 e 737 do Código de Processo Civil. *Repertório IOB de Jurisprudência (Civil, Processual, Penal, Comercial e Administrativo)*. n.º 22, 2ª quinzena de novembro, 1990, p. 456.

⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução Civil*. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 451.

⁸ *ibidem*. p. 171.

⁹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *op. cit.*, 1998, p. 6.

¹⁰ Confira-se a obra *A reforma da Execução do título extrajudicial*, da editora forense, ano 2007, página 181, onde Humberto Theodoro Júnior defende a possibilidade da exceção de pré-executividade no processo autônomo de execução e no procedimento incidental do cumprimento de sentença.

¹¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *op. cit.*, 1998, p. 170.

¹² BOJUNGA, Luiz Edmundo Appel. A Exceção de Pré-Executividade. *Ajuris*. Vol. 14, n.º 55, jul/set, 1989, p. 65.

¹³ Neste mesmo sentido, confira-se TALAMINI, Eduardo. *Execução Civil – estudos em homenagem ao professor Humberto Theodoro Júnior*. A objeção na execução (“exceção de pré-executividade”) e as leis de reforma do código de processo civil. São Paulo: editora revista dos tribunais, 2007, pp. 576-577.

¹⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. *op. cit.*, 1998, p. 166.

¹⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução Civil*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 1987, p. 95.

¹⁶ SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de Direito Processual Civil*. Vol. III. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p.399.

¹⁷ BOJUNGA, Luiz Edmundo Appel. *op. cit.*, p. 66.

¹⁸ DANTAS, Francisco Wildo Lacerda. *op. cit.*, p. 23.

¹⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *op. cit.*, 1987, p. 96.

²⁰ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *op. cit.*, p. 138.

²¹ *ibidem*. p. 138.

²² *ibidem*. p. 128.

²³ *ibidem*. p. 132.

²⁴ *ibidem*. p. 137.

²⁵ LIMA, Alcides de Mendonça. Ação Executiva. Agravo do devedor contra despacho inicial, sem oferecer bens à penhora. Alegação de não serem os títulos executivos, por falta de liquidez e exigibilidade – Matéria somente

argüível em embargos do devedor, após a penhora – Interpretação dos arts. 586, 652, 736 e 737 do CPC. *Revista dos Tribunais*. Vol. 575, ano 72, set, 1983, pp. 63-64.

²⁶ *ibidem*. p. 64.

²⁷ *ibidem*. pp. 64-65.

²⁸ *ibidem*. p. 65.

²⁹ *ibidem*. p. 65.

³⁰ *ibidem*. p. 66.

³¹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *op. cit.*, p. 128.

³² LIMA, Fernando Rister de Sousa; LIMA, Lucas Rister de Sousa. *Execução Civil – estudos em homenagem ao professor Humberto Theodoro Júnior*. Aspectos práticos e teóricos da distinção entre a exceção de pré-executividade e a impugnação no sistema de cumprimento de sentença. São Paulo: editora revista dos tribunais, 2007, p. 596.

³³ ASSIS, Araken. *Cumprimento da sentença*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 307.

³⁴ TALAMINI, Eduardo. *op. cit.* p. 579

³⁵ *ibidem*. p. 578-579.

³⁶ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil*. 3. ed. Salvador: editora JusPODIVM, 2008, p. 545.

³⁷ CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Execução Civil – estudos em homenagem ao professor Humberto Theodoro*. As defesas do Executado. São Paulo: editora revista dos tribunais, 2007, p. 656-657.

³⁸ LIMA, Fernando Rister de Sousa; LIMA, Lucas Rister de Sousa. *Execução Civil – estudos em homenagem ao professor Humberto Theodoro Júnior*. Aspectos práticos e teóricos da distinção entre a exceção de pré-executividade e a impugnação no sistema de cumprimento de sentença. São Paulo: editora revista dos tribunais, 2007, pp. 596-597.

³⁹ *ibidem*. pp. 596-597.

⁴⁰ CF. Brasil. Superior Tribunal de Justiça. Agravo regimental no agravo de instrumento n.º 1051891. Processo: 200801132049 UF: SP Órgão Julgador: SEGUNDA TURMA. Relator: Min. Castro Meira. Brasília, 23.09.2008. Disponível em <http://www.stj.jus.br>. Acesso em 21.11.2008.

⁴¹ TALAMINI, Eduardo. *op. cit.* pp. 578-579.

⁴² *ibidem*. pp. 580-581.

⁴³ ASSIS, Araken. *op. cit.* p. 307.

⁴⁴ Brasil. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial n.º 871764. Processo: 20060164237-9. UF: RJ. Órgão Julgador: SEGUNDA TURMA. Relator: Min. Eliana Calmon. Brasília, 06.05.2008. Disponível em <http://www.stj.jus.br>. Acesso em 21.11.2008

⁴⁵ SIQUEIRA FILHO, Luiz Peixoto. *op. cit.*, p. 62.

⁴⁶ LIMA, Fernando Rister de Sousa; LIMA, Lucas Riser de Sousa. *op. cit.* p. 598.

⁴⁷ ASSIS, Araken. *op. cit.* pp. 307-308.

⁴⁸ SCARTEZZINI, Ana Maria Goffi Flaquer. *Execução Civil - estudos em homenagem ao professor Humberto Theodoro*. Breves Considerações sobre a imperiosa ampliação da admissibilidade da objeção de pré-executividade. São Paulo: editora revista dos tribunais, 2007, p. 575.

⁴⁹ LIMA, Fernando Rister de Sousa; LIMA, Lucas Rister de Sousa. *op. cit.* p. 594.

⁵⁰ CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *op. cit.* p. 647.

⁵¹ GUIMARÃES, Rafael de Oliveira. *Execução Civil - estudos em homenagem ao professor Humberto Theodoro*. A objeção de pré-executividade após as reformas do processo de execução. São Paulo: editora revista dos tribunais, 2007, p. 696-697.

⁵² DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *op. cit.* p. 541-542.

THE ANALYSIS OF PRE-FORECLOSURE EXCEPTION IN RELATION TO THE REFORMS PROMOTED BY THE LAWS NUMBER 11,232, OF DECEMBER 22, 2005 AND NUMBER 11,382, OF DECEMBER 6, 2006.

Abstract: The text deals with the basic notions about pre-foreclosure exception, as one of the methods of defense of the debtor, and its importance to the guarantee of the effective contradictory and of the ample defense in the process of execution, besides analyzing its subsistence in relation to the reforms promoted by the Laws number 11,232, of December 22, 2005 and number 11,382, of December 6, 2006.

Keywords: process of execution, pre-foreclosure exception, reform.

A INCONSTITUCIONALIDADE DO NOVO ARTIGO 440 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

Rogério Roberto Gonçalves de Abreu: Juiz federal substituto em João Pessoa/PB. Professor de direito penal do Centro Universitário de João Pessoa (UNIPÊ) e de direito processual penal da Fundação Escola Superior do Ministério Público da Paraíba (FESMIP/PB). Mestre em direito econômico pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB). Pós-graduado em direito fiscal e tributário pela Universidade Cândido Mendes (UCAM/RJ).

No último dia 9 de junho de 2008, o presidente da República sancionou a Lei n. 11.689 que, com a finalidade de modernizar o processo penal brasileiro no que concerne aos crimes de competência do tribunal do júri, “altera dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, relativos ao Tribunal do Júri, e dá outras providências”.

Tratando especificamente do exercício da função de jurado, seguindo a linha da redação anterior (mas com nova redação), diz o artigo 439 que o “exercício efetivo da função de jurado constituirá serviço público relevante, estabelecerá presunção de idoneidade moral e assegurará prisão especial, em caso de crime comum, até o julgamento definitivo.”

Já no novo artigo 440, estabelece o Código de Processo Penal que “constitui também direito do jurado, na condição do art. 439 deste Código, preferência, em igualdade de condições, nas licitações públicas *e no provimento, mediante concurso, de cargo ou função pública, bem como nos casos de promoção funcional ou remoção voluntária*” (grifado).

Como se pode observar, os assuntos tratados nos artigos 439 e 440 da nova redação eram disciplinados pelo Código de Processo Penal, em sua antiga redação, no artigo 437, que assim dispunha: “O exercício efetivo da função de jurado constituirá serviço público relevante, assegurará prisão especial, em caso de crime comum, até o julgamento definitivo, *bem como preferência, em igualdade de condições, nas concorrências públicas*” (grifado).

Comparando-se as redações anterior e atual, percebe-se que o legislador da Lei n. 11.689/2008 procurou ampliar os benefícios conferidos àqueles que efetivamente exerceram a função de jurado. De acordo com a antiga redação, o jurado tinha direito a presunção de idoneidade moral, prisão especial em caso de crime comum (até o

juízo definitivo) e preferência em licitações (concorrências públicas). A nova lei acrescenta o direito a preferência, em igualdade de condições, no provimento de cargos e funções públicas mediante concurso público, promoção funcional e remoção voluntária.

É preciso entender o significado da modificação.

A União, os Estados e os Municípios brasileiros devem necessariamente se pautar em sua administração pelos princípios constitucionais administrativos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade e da eficiência, por força do que dispõe o artigo 37, *caput*, da Constituição Federal de 1988. A necessidade de uma atuação administrativa impessoal, embora abraçada pelo art. 37, também decorre do princípio da isonomia, previsto no art. 5º, *caput* e inciso I, da Constituição.

Sendo assim, sempre que a Administração precisa selecionar interessados para a prestação de serviços mediante contraprestação paga pelo erário, deve pautar sua escolha por critérios objetivos previstos em lei. Por esse motivo, salvo exceções constantes da própria Constituição Federal, deve efetivar essa seleção entre os interessados aptos à prestação através dos institutos (e procedimentos) da licitação e do concurso público.

Os procedimentos de licitação e concurso público visam a conferir igualdade de condições e oportunidades a todos os interessados em contratar ou ingressar nos quadros da Administração. O critério fundamental de seleção é o mérito. No caso das licitações, esse critério pode ser especificado no menor preço, na melhor técnica, no melhor trabalho. No caso do concurso público, trata-se da comprovação do maior preparo técnico, demonstrado pelo êxito do candidato na submissão a exames de provas e avaliação de títulos.

Em ambos os casos, é comum haver empates. Nas licitações públicas, pode ocorrer que dois ou mais proponentes ofereçam propostas com preços iguais. Nos concursos públicos, dois ou mais candidatos podem terminar o certame com a mesma nota final. Nesse momento, entram em cena os chamados *critérios de desempate*, que devem ser previstos em lei, como todos os principais fundamentos das licitações e concursos. Critério de desempate previsto unicamente no edital pode ser contestado judicialmente.

Falando em “preferência, em igualdade de condições”, nas licitações e nos concursos para provimento de cargos públicos, o artigo 440 do Código de Processo Penal – assim como fazia o antigo artigo 437 – simplesmente estabeleceu mais um

critério de desempate. De acordo com o dispositivo, quando dois ou mais candidatos na licitação ou no concurso estiverem empatados (*i.e.*, em igualdade de condições no certame), superados os demais critérios de desempate previstos na lei e no edital, terá preferência sobre os demais o proponente ou candidato que efetivamente houver exercido a função de jurado.

Da mesma forma e ainda segundo a nova lei, no que concerne aos atos de promoção e remoção voluntária – os quais operam movimentações funcionais de servidores no âmbito da respectiva carreira – o artigo 440 estabeleceu novo critério de desempate para os casos em que houver dois ou mais interessados empatados, ou seja, em igualdade de condições, superados os demais critérios de desempate.

Na lei federal que define regras gerais sobre licitações e contratos administrativos (Lei n. 8.666/93 e alterações posteriores), o art. 3º, § 2º, estabelece a ordem de preferência a ser seguida para os casos de igualdade nas propostas apresentadas. Está assim redigido o dispositivo:

“Art. 3º *omissis*.

§ 2º Em igualdade de condições, como critério de desempate, será assegurada preferência, sucessivamente, aos bens e serviços:

I – produzidos ou prestados por empresas brasileiras de capital nacional;

II – produzidos no País;

III – produzidos ou prestados por empresas brasileiras.

IV – produzidos ou prestados por empresas que invistam em pesquisa e no desenvolvimento de tecnologia no País. (Incluído pela Lei nº 11.196, de 2005)”.

Embora os incisos I, III e IV se refiram a “empresas”, a ordem ali estabelecida se aplica, com as devidas adaptações, a pessoas físicas. O inciso I pode indicar pessoa (física ou jurídica) de nacionalidade brasileira cuja atividade seja desempenhada sem investimentos estrangeiros, no que se distingue da hipótese do inciso III (que sugere a existência de capital internacional). O inciso II, por sua vez, indica bens produzidos (por pessoa física ou jurídica) em território brasileiro, independentemente de sua nacionalidade. Finalmente, o inciso IV indica a pessoa (física ou jurídica) brasileira que invista em pesquisa e no desenvolvimento de tecnologia no país.

De acordo com a nova redação do art. 440 do CPP, superados os critérios acima e permanecendo o empate na apuração da licitação, terá preferência o cidadão (pessoa física, portanto) que houver exercido efetivamente a função de jurado.

Para o provimento de cargos e funções públicas através de concursos de provas ou de provas e títulos, os respectivos editais trazem normas sobre critérios de desempate para as situações em que dois ou mais candidatos se apresentam com a mesma pontuação (*i.e.*, em igualdade de condições) ao final de todas as fases do certame.

Eis um exemplo de edital da Administração Pública federal para a carreira de Auditor-Fiscal da Receita Federal do Brasil, precisamente na parte em que se definem os critérios de desempate:

“CONCURSO PÚBLICO PARA AUDITOR-FISCAL DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL (EDITAL ESAF Nº 70, DE 21 DE OUTUBRO DE 2005)

9 - DA HABILITAÇÃO E CLASSIFICAÇÃO DA PRIMEIRA ETAPA

(...)

9.2 - Havendo empate na totalização dos pontos, terá preferência o candidato com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos, na forma do disposto no parágrafo único do art. 27 da Lei nº 10.741, de 01 de outubro de 2003 (Estatuto do Idoso).

9.2.1- Persistindo o empate, o desempate beneficiará o candidato que, na ordem a seguir, tenha obtido, sucessivamente:

a) o maior número de pontos, nas Disciplinas D7, D8, D9, D10 e D11, para a Área de Especialização Geral;

b) o maior número de pontos, nas Disciplinas D9, D10, D5, D8 e D6, para a Área de Especialização Tecnologia da Informação.

9.3 - Persistindo, ainda, o empate, o desempate beneficiará o candidato de maior idade.”

Eis agora as normas sobre desempate em um edital da Administração Pública do Estado de São Paulo para provimento de cargos de Secretário de Escola:

“GOVERNO DO ESTADO DE SÃO PAULO

SECRETARIA DE ESTADO DA EDUCAÇÃO

DEPARTAMENTO DE RECURSOS HUMANOS

EDITAL DE ABERTURA DE INSCRIÇÃO

(PUBLICADO NO D.O.E EM 27.05.08)

CONCURSO PÚBLICO PARA PROVIMENTO DE CARGO DE SECRETÁRIO DE ESCOLA - SQC-II-QAE / SE

IX - DA CLASSIFICAÇÃO

(...)

3- em caso de igualdade de pontuação, serão aplicados, sucessivamente, os seguintes critérios de desempate ao candidato:

3.1- que tiver idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos, priorizando-se o de idade mais elevada, nos termos da Lei Federal nº 10.741/2003;

3.2- que obtiver maior nota final;

3.3- que obtiver maior nota na 1ª parte da prova (objetiva);

3.4- que obtiver maior nota na 2ª parte da prova (dissertativa);

3.5- que tiver maior número de dias trabalhados no cargo ou função de Secretário de Escola (Anexo I);

3.6- que apresentar diploma de Nível Universitário;

3.7- que tiver a maior idade.”

Finalmente, vejam-se as normas sobre desempate em edital da Administração Pública do município de São Paulo/SP para provimento de cargos de procurador do município:

“PREFEITURA DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO
SECRETARIA MUNICIPAL DE GESTÃO - SMG
SECRETARIA DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS - SNJ
CONCURSO PÚBLICO PARA PROVIMENTO DE CARGOS VAGOS DE
PROCURADOR DO MUNICÍPIO I

EDITAL DE ABERTURA DE INSCRIÇÕES E INSTRUÇÕES ESPECIAIS

8. DA CLASSIFICAÇÃO

8.1 A nota final do candidato aprovado no concurso será igual ao total de pontos obtidos pela somatória das notas das provas de Conhecimentos Específicos I e Conhecimentos Específicos II, acrescido dos pontos atribuídos aos títulos.

8.2 Os candidatos aprovados serão classificados por ordem decrescente da nota final.

8.3 No caso de igualdade na Classificação Definitiva, terá preferência, sucessivamente, o candidato que tiver:

a) idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos, até o último dia de inscrição neste concurso público, na forma do disposto no parágrafo único do artigo 27 da Lei Federal nº 10.741 de 01 de outubro de 2003;

b) maior nota na prova de Conhecimentos Específicos II;

c) maior nota na prova de Conhecimentos Específicos I;

d) maior pontuação por títulos;

e) maior idade

f) aprovação em Processo Seletivo de Estagiários da Procuradoria Geral do Município de São Paulo instituído nos termos da Portaria nº 31/2006 - PGM.G e comprovação de seu efetivo exercício por no mínimo um ano, até a data do encerramento das inscrições para este concurso.

8.4 O desempate será processado pela Fundação Carlos Chagas.”

Embora longas, as transcrições acima são bastante úteis à defesa da tese que se propõe no presente trabalho. Demonstram que cada entidade ou órgão público que realiza concurso para provimento de cargos em determinada carreira tem autonomia para disciplinar o certame em lei e edital próprios. Os critérios de desempate são ordinariamente previstos em cada edital, elaborado pelo órgão ou entidade do respectivo ente da federação, seja a União, um Estado-membro ou um Município.

De acordo com a nova redação do art. 440 do Código de Processo Penal brasileiro, superados os critérios de desempate previstos na lei (federal, estadual ou municipal, conforme o órgão ou entidade promotor do certame) e no edital de determinado concurso público, persistindo o empate, terá preferência aquele que houver efetivamente exercido a função de jurado. Precisamente nesse ponto, o artigo 440 do Código de Processo Penal, com a redação que lhe deu a Lei n. 11.689, de 9 de junho de 2008, é inconstitucional.

De acordo com o art. 22, inciso XXVII, da Constituição Federal, compete privativamente à União legislar sobre “normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios”. A lei que trata do assunto é a já citada Lei n. 8.666/93, com suas alterações posteriores.

Tratando-se de competência privativa da União, os Estados e Municípios são proibidos de editar leis que prevejam normas gerais sobre licitações e contratos administrativos, restando-lhes a prerrogativa de definir normas específicas para atender a peculiaridades locais. Não poderão, dessa maneira, criar leis que contrariem a disciplina prevista na Lei n. 8.666/93, sendo-lhes vedado, conseqüentemente, criar critérios de desempate além daqueles previstos no art. 3º, § 2º.

Embora a constitucionalidade da existência de um critério de desempate aplicável às licitações públicas, vinculado ao exercício da função de jurado, não seja totalmente isenta de dúvida, pode-se afirmar que o mesmo legislador do Código de Processo Penal detém a competência legislativa necessária para alterar a Lei n.

8.666/93. Dessa forma, a introdução no CPP de um critério de desempate em matéria de licitações e contratos administrativos não infringiria, *a priori*, a competência legislativa das demais entidades federativas.

No que concerne ao provimento de cargos e funções públicas, à promoção funcional e à remoção voluntária de servidores – tudo matéria de direito administrativo – a Constituição Federal estabelece normas e princípios a serem seguidos por todos os entes da federação, atribuindo à legislação infraconstitucional a função de minudenciar essa disciplina. Assim, é a própria CF quem define os princípios aplicáveis à Administração Pública da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Entretanto, em momento algum a Constituição Federal conferiu ao poder legislativo da União competência para estabelecer normas gerais, através da edição de uma lei de caráter nacional, sobre o provimento de cargos, empregos e funções da Administração dos Estados e Municípios, bem como promoções e remoções de seus respectivos servidores. Trata-se de matéria de direito administrativo afeta à competência legislativa de cada um dos entes da federação, nos termos do que preconiza o princípio federativo inscrito nos artigos 1º e 60, § 4º, da CF.

Ao estabelecer no art. 440 do Código de Processo Penal, da forma ampla e irrestrita como indica sua redação, um critério de desempate para o provimento de cargos, empregos e funções, bem como para as promoções e remoções voluntárias de servidores públicos, o legislador da União imiscuiu-se em disciplina legislativa afeta ao poder legislativo dos Estados e Municípios, estabelecendo norma geral em matéria de serviços públicos e servidores sem autorização constitucional.

É preciso concluir, portanto, que a aplicação da Lei n. 11.689, de 9 de junho de 2008, aos cargos, empregos, funções, empregados e servidores públicos dos Estados e Municípios brasileiros viola frontalmente o princípio federativo, uma vez que agride a autonomia estadual e municipal para administrar seus próprios serviços e servidores públicos, através das constituições e leis que adotarem. Da mesma maneira, viola a competência legislativa constitucional desses entes da federação, estando, por tais motivos, totalmente eivada de inconstitucionalidade formal.

O raciocínio, nessa parte, é muito simples: diferentemente do que ocorre em matéria de licitações e contratos administrativos, o poder legislativo da União não detém a prerrogativa de estabelecer normas gerais sobre o provimento de cargos, empregos e funções públicas, de promoção ou remoção de servidores, no âmbito da administração dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. A disciplina dessas

questões é restrita às constituições e leis que adotarem cada um dos entes da federação, como consequência do poder de auto-administração que decorre do princípio federativo.

Sendo assim, a Lei n. 11.689, de 9 de junho de 2008, modificando a redação do art. 440 do CPP, não pode estabelecer critério de desempate nessas matérias, aplicável a entes federativos diversos da União, sob pena de violação ao princípio federativo e à competência legislativa privativa desses entes para a organização e administração de seus serviços e servidores públicos.

Aparentemente, a disposição do referido art. 440 do CPP comportaria interpretação conforme a Constituição sem redução de texto, excluindo-se a interpretação inconstitucional, limitando-se sua aplicação ao provimento de cargos, empregos e funções, bem como às promoções e remoções de empregados e servidores públicos da administração pública da União. Com isso, restaria intocado o princípio federativo e a competência legislativa dos demais entes da federação.

Esse procedimento, contudo, violaria frontalmente o princípio constitucional da isonomia.

De fato, não apenas os servidores públicos da União, mas também os servidores dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios são convocados para a prestação do serviço obrigatório em que se constitui o exercício da função de jurado. A recusa ao atendimento dessa convocação e o não cumprimento de prestação alternativa acarreta, indistintamente, consequências de natureza punitiva, de modo que esse dever cívico atinge a todos irrestritamente. Nesse momento, surge a seguinte questão: por que apenas aos servidores públicos da União se haveria de conceder um benefício pelo cumprimento de uma obrigação que se estende aos servidores dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios (isso sem mencionar os empregados do setor privado)?

A interpretação de que o critério de desempate previsto no novo art. 440 do CPP seria aplicável apenas ao provimento de cargos e funções na estrutura administrativa da União, bem como às remoções e promoções de servidores públicos federais, autorizaria a admissão de consequências legais desiguais a pessoas em situações absolutamente semelhantes, o que colidiria com o princípio da isonomia, previsto no art. 5º da Constituição Federal.

Essa situação de inconstitucionalidade pode ser retratada através de um simples exemplo: imagine-se que três pessoas tenham sido convocadas e hajam exercido efetivamente a função de jurado. Posteriormente, cada um deles inscreve-se em concursos públicos para cargos absolutamente semelhantes (professor ou fiscal, por

exemplo), respectivamente, na administração federal, estadual e municipal. Não obstante a incontestável semelhança entre as três situações, o critério de desempate do art. 440 do CPP se aplicaria exclusivamente ao candidato a cargo ou função pública na estrutura da União.

Em resumo, a aplicação do art. 440 do Código de Processo Penal, com redação dada pela Lei n. 11.689, de 9 de junho de 2008, às esferas federal, estadual e municipal padeceria de flagrante inconstitucionalidade formal por violação ao princípio federativo e às regras constitucionais sobre competência legislativa. Por outro lado, sua aplicação restrita aos cargos, empregos, funções, empregados e servidores públicos da União violaria flagrantemente o princípio constitucional da isonomia. Em qualquer caso, portanto, o art. 440 do CPP será inconstitucional.

LEGALIDADE, DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA E CONTROLE JUDICIAL: O CASO DO VALOR MÍNIMO ANUAL POR ALUNO (LEI Nº 9.424/96)

Orlan Donato Rocha: Juiz Federal Substituto da 10ª Vara Federal da Seção Judiciária da Paraíba (Privativa das Execuções Fiscais e Processos de Natureza Tributária). Pós-graduado em Direito Público pela UFRN.

Resumo: O presente trabalho analisa o § 1º do artigo 6º, da Lei nº 9.424/96 (atualmente revogado pela Lei nº 11.494/2007), regulamentado pelo Decreto nº 2.264/97, sob a perspectiva do controle judicial da discricionariedade administrativa, tendo em conta o princípio constitucional da legalidade, em virtude da fixação do Valor Mínimo Anual por Aluno-VMAA pelo Presidente da República. Apresenta um estudo dos princípios e regras jurídicas, com especial exame do princípio da legalidade, trazendo em destaque a releitura sob as dimensões da legitimidade, constitucionalidade e juridicidade, afirmando a necessidade de se adotar o ordenamento jurídico como parâmetro de sujeição da atividade da Administração Pública, sobretudo considerando a utilização crescente de “conceitos jurídicos indeterminados” nas previsões legais. Conclui que a fixação do VMAA, para fins complementação dos recursos do FUNDEF, deve ser aplicada no sentido de concretizar o direito fundamental à educação básica, consequência do direito fundamental à boa administração pública. Por fim, ressalta a postura de equilíbrio a ser praticada pelo Poder Judiciário para assegurar o exercício eficiente da competência discricionária da Administração Pública e, ao mesmo tempo, não permitir a ampliação desmedida da margem de livre apreciação do administrador a ponto de violar os direitos fundamentais da pessoa humana.

Palavras-chave: Legalidade (Juridicidade) – Administração Pública – Controle Judicial – Valor Mínimo Anual por Aluno-VMAA – Conceitos Jurídicos Indeterminados – Direito Fundamental à Educação.

1.0 Introdução

O desiderato deste ensaio reside em apresentar um estudo de caso concreto no qual foram suscitadas questões concernentes ao controle judicial da discricionariedade administrativa, à luz do princípio constitucional da legalidade, na medida em que o § 1º do

artigo 6º, da Lei nº 9.424/96 (atualmente revogado pela Lei nº 11.494/2007), regulamentado pelo Decreto nº 2.264/97, atribui competência discricionária ao Presidente da República para a fixação do Valor Mínimo Anual por Aluno-VMAA, para fins de complementação do FUNDEF, atualmente denominado de FUNDEB (EC nº 53/2006), sempre que, em cada Estado e no Distrito Federal, os valores por aluno não alcançarem o mínimo definido nacionalmente.

É cediço que, nada obstante o elevado número de publicações nacionais e estrangeiras a respeito do tema da discricionariedade, seus limites, extensão e alcance do seu controle pelo Poder Judiciário, ainda subsiste pendente uma solução da Ciência Jurídica capaz atender, de forma eficiente, às necessidades de proteção dos cidadãos contra os abusos ou excessos do Poder Público, sem prejudicar a autonomia do Poder Executivo para fazer frente aos interesses, cada vez maiores, da sociedade, em razão da constante evolução histórico-política das instituições públicas e privadas.

Nesse passo, não se pode olvidar que a extensão e o alcance do controle judicial da atividade administrativa, especialmente a discricionária, constituem assunto bastante controvertido, cujos doutrinadores elaboram teorias, e sugerem práticas, demasiadamente distintas, com linhas de pesquisa científica específicas, compreendendo pontos de partida e metodologias diferentes, seja quanto aos critérios adotados, seja quanto às conseqüências geradas em relação aos direitos subjetivos dos administrados.

Por conseguinte, almeja-se trazer à discussão, sem pretensões de esgotar, matérias referentes à conceituação e definição dos princípios e regras jurídicas, com ênfase ao princípio constitucional da legalidade (art. 37, *caput*, da Constituição Federal de 1988), externando nova concepção hermenêutica, de modo a compreendê-lo integrado e sistematicamente dentro dos significados da legitimidade, constitucionalidade e juridicidade, e sua relação com o instituto da discricionariedade administrativa atribuída ao Poder Executivo, cada vez mais crescente, sobretudo ante o incremento das necessidades da coletividade e da complexidade das relações entre administrado e Administração Pública.

Ademais, procurou-se demonstrar a insuficiência dos critérios adotados pela classificação tradicional dos atos administrativos em vinculados e discricionários, para efeito de servir de parâmetro de exclusão ou admissão da apreciação judicial dos comportamentos da Administração Pública, porquanto, além da existência sedimentada na doutrina e na jurisprudência de elementos regradados (competência, forma e finalidade) sempre suscetíveis

de sindicância judicial, passou-se a estudar a sujeição do mérito (motivo e objeto) do ato administrativo, não só a Lei estrita, mas também ao Ordenamento Jurídico como um todo.

Portanto, notadamente em razão da utilização significativa dos chamados “conceitos jurídicos indeterminados” pelo legislador, ao conferir competência discricionária ao administrador quando este atua no exercício da gestão pública, tem-se observado uma exigência de revisão dos parâmetros manejados pelo Poder Judiciário no controle da legalidade, de sorte a abranger, além das regras positivas, os bens e valores juridicamente tutelados, as garantias e direitos fundamentais coletivos e individuais, e os princípios gerais do Direito, podendo falar-se, hodiernamente, no reconhecimento a todos de um direito fundamental à ética administrativa em qualquer âmbito do Poder Executivo.

2.0 Apresentação do caso concreto

O processo judicial, tombado sob nº 2009.82.02.003233-0, 8ª Vara da Seção Judiciária da Paraíba, tratava de pedido manejado pelo MUNICÍPIO NOVA OLINDA/PB em face da UNIÃO, visando à condenação desta ao pagamento das diferenças decorrentes da subestimação que estava sendo praticada na fixação do valor mínimo anual por aluno-VMAA, para efeito de complementação do FUNDEF, de maneira que a aplicação dos critérios previstos no artigo 6º, § 1º, da Lei nº 9.424/96, para a obtenção daquele valor, não fosse inferior à razão entre a receita total prevista para o Fundo e o número total de matrículas, obtido mediante a soma do número de matrículas do ano anterior e o número estimado de novas matrículas, tudo em âmbito nacional.

Em sua petição inicial, a aludida edilidade alegou, em síntese, que: a) o Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e de Valorização do Magistério/FUNDEF foi criado pela EC nº 14/96, que introduziu critérios novos de distribuição e utilização de 15% dos principais impostos dos Estados e dos Municípios, promovendo a partilha de recursos entre eles, de acordo com o número de alunos atendidos em cada rede de ensino, auferidos mediante censo e de acordo com coeficientes de distribuição estabelecidos e publicados previamente; b) com isso foi fixado um piso nacional, por ato do Presidente da República, de forma a garantir este repasse mínimo por aluno matriculado em cada rede de ensino da federação; c) tal sistemática foi previamente estabelecida pelo art. 6º da Lei nº 9.424/96 a partir da razão entre a previsão da receita total para o FUNDEF e a matrícula total do ensino fundamental do ano anterior, acrescido do total

estimado de novas matrículas, cujos dados são obtidos do censo anual educacional realizado pelo Ministério da Educação; d) ademais, definido este valor, a UNIÃO fica obrigada a complementar os recursos dos Fundos sempre que, em cada Estado e no Distrito Federal, os valores por aluno não alcançaram o mínimo definido nacionalmente; e e) apesar disso, a União definiu o valor mínimo a ser repassado em arrepio aos ditames legais que a vinculam, não se havendo falar em discricionariedade.

Todavia, ao ofertar contestação ao pedido do referido Município, a União asseverou que: a) o ato presidencial estava em conformidade com os preceitos legais; b) a aplicação da média nacional como piso para o valor mínimo anual por aluno afrontaria o princípio federativo; c) a indexação deste valor nacional seria incompatível com as receitas; d) tal medida mostra-se incongruente com a finalidade do programa; e e) a metodologia do FUNDEF, tal como disciplinada pela Lei nº 9.424/96, regulamentada pelo Decreto nº 2.264/97, não instituiria fórmula para encontrar um valor nacional, devendo o cálculo do valor mínimo por aluno ser realizado no âmbito de cada fundo, ficando a complementação sujeita à disponibilidade financeira, observando-se a Lei de Responsabilidade Fiscal.

Não havendo audiência de instrução probatória, tendo em vista que o processo cuidava de matéria estritamente de direito, o Juízo, por aplicação do disposto no art. 330, inc. I, do Código de Processo Civil, exarou julgamento antecipado da lide, extinguindo o processo com resolução do mérito, determinando à União que, observada a prescrição quinquenal, pagasse as diferenças vencidas provenientes da subestimação do valor mínimo nacional por aluno, averiguadas de acordo com os valores previstos no art. 6º da Lei nº 9.424/96, observando-se a razão entre a previsão da receita total para o FUNDEF e a matrícula total do ensino fundamental no ano anterior, acrescida do total estimado de novas matrículas, não se aplicando, quanto à definição do VMAA, patamar inferior à média nacional obtida através da razão entre o somatório dos valores destinados aos diversos fundos estaduais e o número total de alunos matriculados no ensino fundamental, em todo o País, acrescido da previsão de novas matrículas.

Como se vê, ao se analisar a questão suscitada no processo judicial, emerge o tema relativo ao controle pelo Poder Judiciário dos comportamentos da Administração Pública, incluindo aí o referente à extensão, às possibilidades e às restrições ao exercício da discricionariedade administrativa, se cabe ou não questionamentos de ordem objetiva ou subjetiva no tocante à necessidade, conveniência e oportunidade do critério adotado pelo

administrado público, tendo conta a sua conformidade ou não com o princípio constitucional da legalidade.

2.0 Princípio Constitucional da legalidade

Antes de examinar especificamente o princípio constitucional da legalidade, impende tecer breves considerações acerca dos princípios e regras, enquanto espécies de normas jurídicas, compreendendo os princípios encartados, implícita e expressamente, na Constituição da República de 1988.

Nesse diapasão, parte-se da premissa de que a expressão “princípios” traduz valores fundamentais da sociedade sobre determinada matéria, em certo espaço e tempo, e possuem relevância superior àquela atribuída às regras jurídicas, de modo que cabe ao hermenauta extrair da regra o sentido que melhor se coadune com a diretriz dada pelo princípio que fundamenta tal regra jurídica. É a chamada natureza normogênica dos princípios em relação às regras jurídicas.¹

A par disso, observa-se que as regras jurídicas se distinguem dos princípios jurídicos, uma vez que as primeiras descrevem uma situação jurídica, vale dizer, vinculam fatos hipotéticos específicos, que, preenchidos os pressupostos por elas descritos, exigem, proibem ou permitem algo em termos definitivos, ao passo que os últimos expressam um valor ou uma diretriz, sem descrever uma situação jurídica, nem se reportar a um fato particular, exigindo, porém, a realização de algo, da melhor maneira possível, observadas as possibilidades fáticas e jurídicas. Assim, essa distinção entre princípios (mandados de otimização) e regras jurídicas (determinações positivas ou negativas) orienta-se pelo critério qualitativo².

Todavia, é admissível a distinção entre os princípios e as regras jurídicas, segundo um critério lógico (conflito normativo), tendo em conta que, embora ambos apontem para decisões particulares sobre obrigação jurídica em circunstâncias específicas, diferenciam-se no tocante à natureza da orientação que ofertam, pois as regras são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada, já que concretizados os fatos que a regra estipula, ou a regra é válida, aceitando a resposta contida na previsão, ou a regra não é válida, não contribuindo para decisão, ao passo

¹ Essa assertiva depreende-se da lição de COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação constitucional*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997, p. 84-87.

² ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. Madri: Centro de estudios políticos y constitucionales, 2001, p. 86-87. Título original: *Theorie der grundrechte*.

que os princípios, possuem uma dimensão do peso ou da importância, de sorte que a solução da colisão de princípios deve levar em conta a força relativa de cada um, sem que a aplicação de um, no caso concreto, importe no aniquilamento de outro³.

Saliente-se que aludidos critérios não são infensos a críticas, pois o método *tudo ou nada* de aplicação das regras pode ser afastado a partir da constatação de que as regras necessitam de um processo de interpretação semelhante ao aplicado aos princípios, no escopo de revelar quais as conseqüências que serão implementadas, de maneira que a única diferença entre princípios e regras reside no grau de abstração anterior à interpretação, já que, no caso dos princípios o grau de abstração é maior relativamente à norma de comportamento a ser determinada, não se vinculando abstratamente a uma situação específica; no caso das regras, as conseqüências são de pronto verificáveis, ainda que devam ser corroboradas por meio do ato de aplicação⁴.

Da mesma forma, a ponderação (método do *conflito normativo*) não é critério privativo de aplicação dos princípios, podendo, em alguns casos, haver conflito entre regras sem que estas percam sua validade, sendo aludida antinomia resolvida pela atribuição de peso maior a uma delas, de tal modo que a distinção entre princípios e regras consiste na determinação da norma de conduta que resulta da sua interpretação, pois os princípios não determinam diretamente a conduta a ser seguida, apenas estabelecem fins normativamente relevantes, cuja concretização depende mais intensamente de um ato institucional de aplicação que deverá encontrar o comportamento necessário à promoção do fim, ao passo que as regras dependem de modo menos intenso de um ato institucional de aplicação nos casos normais, pois o comportamento já estava previsto frontalmente pela norma⁵.

A par desses critérios que servem, em conjunto, como parâmetros para diferenciar os princípios das regras jurídicas, pois um só critério, em razão da idéia de que o Direito evolui para acompanhar as necessidades da sociedade, não esgota todas as possibilidades de interpretação da Constituição Federal⁶, o certo é que não se pode desconhecer que a força normativa dos princípios jurídicos, mormente os princípios previstos implícito e expressos na

³ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 39 e 42. Título original: Taking rights seriously.

⁴ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 39-40.

⁵ ÁVILA, Humberto. *Idem.*, p. 54-55.

⁶ BONFIM, Thiago Rodrigues de Pontes. *Os princípios constitucionais e sua força normativa: análise da prática jurisprudencial*. Salvador: JusPodivm, 2008, p. 55-56.

Constituição Federal Brasileira⁷, prevalece sobre àquela atribuída às regras jurídicas, visto que os princípios constituem a razão de ser da criação das regras, pois expressam valores considerados historicamente fundamentais por dada sociedade⁸.

Assim, os princípios jurídicos, paralelamente às regras jurídicas, são normas jurídicas, com grau máximo de juridicidade, cuja normatividade é plena e de eficácia direta, de sorte que, por si sós, prestam-se para embasar uma pretensão em juízo⁹, inclusive por meio de mandado de segurança, já que podem gerar um direito líquido e certo, caso contrário, admitir-se-á verdadeira inversão de valores, fazendo com que o princípio tenha que se sujeitar à lei para ser aplicado, como se fosse o princípio que girasse em torno da lei e não o contrário.

Nesse contexto, o art. 37, *caput*, da Constituição Federal (CF), faz referência expressa ao ao princípio da legalidade, enquanto parâmetro da atividade administrativa como um todo, admitindo-se o sentido de que o administrador público somente pode fazer o que a lei permite, ao passo que o particular, em razão do disposto no art. 5º, inc. II, da CF (reserva da norma), pode fazer tudo o que a lei não proíbe.

Todavia, é de importância capital saber-se que o princípio da legalidade não importa apenas no cumprimento cego da lei nos seus estritos termos, sem se cogitar da sua adequação aos valores fundamentais da sociedade, sob pena de faltar legitimidade na ação do administrador público, pois o ato do administrador público deve conformar-se com a *moralidade* e a *finalidade* administrativas para dar plena legitimidade à sua atuação. Aplicar puramente a lei na frieza de seu texto não é o mesmo que atendê-la na sua letra e no seu espírito. A administração, por isso, deve ser orientada pelos princípios do Direito e da Moral, para que ao *legal* se ajunte o *honesto* e o *conveniente* aos interesses sociais¹⁰.

Com efeito, o princípio da legalidade não deve ser concebido tão-só pelo que expressamente disciplina a lei, mas sim como sinônimo de legitimidade, que, a seu turno, compreende a impessoalidade (interesse público) e a moralidade (probidade) no atuar da Administração Pública.

Contudo, considerando a assunção de novos encargos pelo Poder Público no Estado Social, a consequente ampliação da discricionariedade administrativa, o descumprimento dos direitos fundamentais e a necessidade de se obter uma reação do Poder

⁷ HESSE, Konrad. *Temas fundamentais de direito constitucional*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 132-136.

⁸ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 259.

⁹ STF, RE 579.951/RN, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Pleno, un., DJ 24.10.2008, p. 01876. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/jurisp.asp>>. Acesso em: 15 ago. 2011.

¹⁰ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 27. ed. Atualização de Eurico de Andrade Azevedo et al. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 87.

Judiciário não só contra os excessos ou abusos do Executivo, o princípio constitucional da legalidade evolui para assumir a noção de princípio de constitucionalidade, de sorte que a legalidade administrativa passou a ordenar e regular os desempenhos funcionais do Poder Legislativo, ensejando a superação do dogma positivista que recusara normatividade aos princípios, passando a reconhecer imperatividade a quaisquer normas constitucionais expressas, inclusive principiológicas¹¹.

Saliente-se, ainda, que a legalidade, hodiernamente, deve ser entendida como juridicidade, pois a Administração Pública não se conforma apenas às regras legais, satisfazendo com o cumprimento nominal e simplista de regras isoladas, mas deve submissão ao domínio amplo do Direito¹², compreendido este como um sistema¹³ complexo de normas, dentre as quais se incluem os princípios gerais, positivados ou não na Constituição Federal de 1988 e nas leis, implicando o surgimento de um “bloco de legalidade”, a qual todos os Poderes Públicos se encontram vinculados¹⁴.

Dessa forma, sem afastar a necessidade de observância das regras legais em vigor, nem tampouco transformar a ordem jurídica em um conjunto de fluidos valores de natureza social e meramente política, a Administração Pública, seja qual for seu âmbito de atuação, deverá sujeitar-se ao princípio da legalidade, compreendido numa concepção sistêmica para abranger o princípio da legitimidade, o princípio da constitucionalidade e o princípio da juridicidade, tanto que o Supremo Tribunal Federal¹⁵ já entendeu que a sua violação resta caracterizada quando há afronta aos direitos fundamentais e a qualquer regra ou princípio constitucional.

3.0 Discricionariedade administrativa e legalidade

Dentre vários critérios adotados pela doutrina para classificar os atos administrativos, avulta de importância aquele concernente à divisão dos atos em vinculados (atividade administrativa vinculada) e discricionários (atividade administrativa

¹¹ MORAES, Germana de Oliveira. *Controle jurisdicional da administração pública*. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2004, p. 29.

¹² CARVALHO, Raquel Melo Urbano de. *Curso de direito administrativo: parte geral, intervenção do Estado e estrutura da administração*. 2. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2009, p.55.

¹³ FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão e dominação*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 175-177.

¹⁴ NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. *O princípio da boa-fé e sua aplicação no direito administrativo brasileiro*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002, p. 134.

¹⁵ STF, RE 395.662 AgR/RS, 2ª T., m., Rel. Min. GILMAR MENDES, j. 16/03/2004, DJ 23/04/2004, p. 00036. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 15 ago. 2011.

discricionária), pois leva em conta a margem de liberdade de ação que a lei (entendida esta no âmbito da legitimidade, constitucionalidade e juridicidade) confere ao administrador.

Assim, pode-se dizer que atos vinculados são aqueles que o administrador pratica sem realizar nenhuma valoração subjetiva, porquanto a lei determina, com total objetividade, qual deve ser o comportamento da Administração em vista de certa situação fática, também previamente descrita, de sorte que só resta ao administrador um comportamento possível, o previsto em lei¹⁶.

Já os atos discricionários são aqueles em que o administrador possui uma margem de escolha, de modo que, a partir de valoração subjetiva quanto ao motivo e o objeto do ato, o administrador decide, sopesando sempre os critérios da necessidade, conveniência e oportunidade, por um dentre vários comportamentos igualmente respaldados pela lei¹⁷.

Impende ressaltar que não há atos totalmente discricionários, embora existam atos totalmente vinculados, pois o legislador, por maior que seja a liberdade decisória atribuída ao administrador, reserva para si a prerrogativa de disciplinar certos elementos, tal como a competência do ato, sem embargo de que, mesmo havendo esforços no sentido de tratar a matéria com precisão, ainda é possível restar parcela de discricionariedade, de maneira que é mais correto asseverar que um ato é predominantemente discricionário¹⁸.

Outrossim, saliente-se que não se vê adotar a expressão “poder discricionário”, já que a discricionariedade, enquanto “poder” da Administração Pública, pode ensejar a idéia falsa de que poder ser exercida ao seu talante, quando, na verdade, a discricionariedade só se manifesta quando a norma legal possibilita, podendo ser mais bem descrita como uma conseqüência da linguagem jurídica externada pela técnica legislativa, sendo o resultado da maneira pela qual o legislador houve por bem regular uma situação fática, tanto que é melhor falar em “dever” discricionário, pois a Administração está sujeita ao cumprimento do dever de alcançar a finalidade prevista em lei¹⁹.

Por outro lado, importante dizer que a doutrina não se justifica mais a distinção rígida, não raro na jurisprudência pátria, entre “poderes” administrativos vinculados e discricionários, como se fossem conceitos estanques e antagônicos, já que essa simplificação

¹⁶ ALEXANDRINO, Marcelo, PAULO, Vicente. *Direito administrativo descomplicado*. 18. ed. rev. e atual. São Paulo: Método, 2010, p. 415.

¹⁷ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 23. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2010, p. 143.

¹⁸ LUSTOSA JÚNIOR, Hélio Dourado. *Estudos de direito administrativo: em homenagem ao Prof. Celso Antônio Bandeira de Mello*. São Paulo: Max Limonad, 1996, p. 239.

¹⁹ DE MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 2. ed. 10. tir. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 15.

contida na fórmula “atos vinculados” e “atos discricionários” tem despertado a enganosa sugestão de que existe uma radical antítese entre atos de uma ou de outra destas supostas categorias antagônicas, podendo dessa falta de precisão conceitual resultar o efeito de arredar o Poder Judiciário do exame completo da legalidade de inúmeros atos e conseqüente comprometimento da defesa de direitos individuais, com violação ao preceito constitucional do inc. XXXV da Constituição Federal, de modo que vinculação e discricionariedade se entrelaçam em vários aspectos²⁰.

A discricionariedade administrativa pode ser entendida como a margem de liberdade que remanesça ao administrador para eleger, segundo critérios consistentes de proporcionalidade e razoabilidade, um, dentre pelo menos dois comportamentos, cabíveis perante cada caso concreto, a fim de cumprir o dever de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade legal, quando, por força da fluidez das expressões da lei ou da liberdade conferida no mandamento, dela não se possa extrair objetivamente uma solução unívoca para a situação vertente²¹.

Como se vê, ponto comum entre a atuação vinculada e discricionária da Administração Pública é a submissão à legalidade (legitimidade, constitucionalidade e juridicidade), mesmo porque no Estado Democrático de Direito (art. 1º, da Constituição Federal), todas as atividades que a Administração Pública exerce são limitadas pela lei, de forma que obsta os abusos e as arbitrariedades a que as autoridades poderiam ser conduzidas. Por conseguinte, sendo a Administração provida de prerrogativas de poder público, que lhe assegurem posição de supremacia sobre o particular (embora não seja absoluta, pois é condicionada ao princípio da dignidade pessoa humana²²), imprescindível para a realização dos fins de interesse público, o princípio da legalidade funciona como garantia de equilíbrio entre os poderes de autoridade que a Administração exerce e os direitos individuais previstos pelo ordenamento jurídico²³.

Com efeito, o poder de ação administrativa, ainda que discricionária, não é totalmente livre, haja vista que, sob alguns aspectos, em especial a competência, a forma e a finalidade, a lei impõe restrições, daí por que a discricionariedade importa liberdade de ação

²⁰ KRELL, Andréas Joachim. Discricionariedade Administrativa, Conceitos Jurídicos Indeterminados e Controle Judicial. *Revista ESMAFE: Escola de Magistratura Federal da 5ª Região*. Recife: TRF 5ª Região, n. 8, p. 185, dez., 2004.

²¹ DE MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Curso de direito administrativo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 936.

²² JUSTEN FILHO, Marçal. Conceito de Interesse Público e a “Personalização” do Direito Administrativo. *Revista trimestral de direito público*. São Paulo: Malheiros, n. 26, p. 131, 1999.

²³ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 66.

nos limites preconizados pela lei, e se Administração ultrapassar esses limites, sua decisão passa a ser arbitrária e ilegal.

Assim, quando a norma dá ao administrador a faculdade de agir discricionariamente, impõe também limites e requisitos que, se não obedecidos, acarretarão a invalidade do ato, pois a discricionariedade é, basicamente, liberdade de escolha dentro dos parâmetros legais, há sempre submissão ao princípio da legalidade, ao passo que, a arbitrariedade consiste na atuação sem observância das restrições legais, já que o administrador passa adotar alternativas ignorando-as ou, simplesmente, contrariando-as frontalmente.

Ressalte-se que a legalidade, num Estado Democrático de Direito, não pode ser apontada como obstáculo ao funcionamento da Administração. Em obediência ao princípio democrático da supremacia da lei ampla, aquela deve submeter-se a este sem reservas, pois, se a lei é rígida, é porque representa uma garantia fundamental para os cidadãos, e a Administração a ela deve amoldar-se, de sorte que a discricionariedade não pode ser considerada uma válvula de rigidez da legalidade²⁴ pelo simples fato de que, inegavelmente, também advém dessa própria legalidade, é por meio de permissão do legislador que o administrador pode atuar de forma discricionária, não poderia haver ato administrativo extralegal ou supralegal, porque seria inválido.

Por fim, como consequência da sujeição da atividade administrativa discricionária à legalidade ampla, há necessidade de que a Administração Pública se oriente pelos princípios da razoabilidade (técnica integrativa de interpretação jurídica, que se vale do bom-senso jurígeno, e não do bom-senso leigo²⁵) e da boa-fé (impedimento para Administração não enganar os administrados nem frustrar injustificadamente as expectativas criadas em favor dos particulares²⁶), daí por que o administrador deve, quando está diante de uma gama de opções igualmente deferidas pela lei, escolher a que melhor atender ao interesse público primário, pois o legislador concede liberdade de escolha ao administrador justamente para que, em contrato com as situações concretas, viabilize uma forma eficiente de alcançar a finalidade legal.

Portanto, esta deve ser a constante preocupação do administrador, não podendo optar por uma alternativa menos satisfatória apenas em razão da vontade pessoal, sob pena de

²⁴ GRAU, Eros Roberto. Poder Discricionário. *Revista de direito público*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 93, p. 41-45, jan./mar., 1990.

²⁵ PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. *Controle judicial da administração pública: da legalidade estrita à lógica do razoável*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2006, p. 51.

²⁶ MONTANER, Luis Cosculluela. *Manual de derecho administrativo*. 8. ed. Madrid: Civitas, 1997, p. 331.

quebra também do princípio da impessoalidade²⁷. Porém, se uma alternativa de ação se mostrar manifestamente superior às outras, o administrador, devido a seu dever de bem administrar a coisa pública, não pode dela descurar, não haverá escolha, pois haverá uma redução da atividade discricionária a nível zero, tendo em conta que é conferido ao administrador a possibilidade de optar por uma única alternativa, já que todas as demais consubstanciam exercício do “poder” discricionário vicioso²⁸.

4.0 Controle Judicial da discricionariiedade administrativa em face da legalidade administrativa em face da legalidade: O valor mínimo anual por aluno – VMMA (Lei n°

Nesse diapasão, tem-se que o princípio constitucional da legalidade constitui parâmetro de aferição pelo Poder Judiciário da validade, ou não, do ato perpetrado pela Administração Pública no desempenho da competência discricionária, seja em função do espaço de livre apreciação dado pela lei ao administrador, seja em razão da existência de conceitos jurídicos indeterminados na descrição do motivo determinante da prática do ato administrativo, pois a administração decidirá se considera, ou não, que certa circunstância se enquadra no conteúdo do conceito indeterminado empregado na descrição legal e, conforme essa decisão, efetivará, ou não, o ato previsto no respectivo consequente.

Destaque-se que o controle de legalidade da discricionariiedade administrativa pelo Poder Judiciário não importa dizer que se posso imiscuir-se no mérito (conteúdo político²⁹) do ato administrativo, entendido este como o processo de valoração e de complementação dos motivos e de definição do conteúdo do ato administrativo não parametrizados por regras nem por princípios, mas por critérios não positivados, baseados no juízo de conveniência e de oportunidade acerca da prática do ato administrativo capaz de materializar o interesse público³⁰.

Seguindo essa linha, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, por intermédio da Terceira Seção, decidiu pela impossibilidade de o Poder Judiciário adentrar no mérito do ato vergastado, devendo seu controle circunscrever-se à análise da legalidade

²⁷ MARINELA, Fernanda. *Direito administrativo*. 3. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2007, p. 38

²⁸ MAURER, Hartmut. *Elementos de direito administrativo alemão*. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2001, p. 52-53.

²⁹ FAGUNDES, Miguel Seabra. *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. 8. ed. atual. por Gustavo Binenbojm. Rio de Janeiro: 2010, p. 179.

³⁰ MORAES, Germana de Oliveira. Ob. cit., p. 50.

(entenda-se sistematicamente nas suas três concepções: legitimidade, constitucionalidade e juridicidade), ao entender que o ato de redistribuição de servidor público é instrumento de política de pessoal da Administração, que deve ser realizada no estrito interesse do serviço, levando em conta a conveniência e a oportunidade da transferência do servidor para as novas atividades, de maneira que o controle judicial dos atos administrativos discricionários deve-se limitar ao exame de sua legalidade, eximindo-se o Judiciário da ingerência do mérito do ato impugnado³¹.

Frise-se, ainda, que o Supremo Tribunal Federal sufraga a posição no sentido da impossibilidade de invasão do mérito administrativo pelo Poder Judiciário³², ressaltando-se o controle da legalidade à luz da ordem jurídica, tanto que fora externado o entendimento de que a concessão de benefício de isenção fiscal é ato discricionário, fundado em juízo de conveniência e oportunidade do Poder Executivo, cujo controle é defeso ao Poder Judiciário³³, desde que não atente contra a segurança jurídica e os direitos subjetivos³⁴.

Com efeito, o controle judicial do ato administrativo perante o princípio constitucional da legalidade é exercido mediante o confronto desse ato sob apreciação com a legislação e os princípios que regem o ordenamento jurídico, de sorte que, a conveniência e oportunidade podem ser analisadas pelo Poder Judiciário sob a ótica dos princípios da razoabilidade, proporcionalidade e moralidade, tanto que o Superior Tribunal de Justiça determinou à Administração Pública que destine do orçamento verba para a realização de obras de recuperação de solo, face à comprovação técnica de que aludidas obras seriam indispensáveis para a proteção do meio ambiente ecologicamente equilibrado, direito fundamental à dignidade da pessoa humana³⁵.

Com suporte jurídico nessas premissas, parte-se para a análise do caso concreto em que se ventilou matéria concernente à definição do valor mínimo nacional por aluno, para

³¹ STJ, MS 12.629/DF, 3ª S., un., Rel. Min. FELIX FISHER, j. 22/08/2007, DJ 24/09/2007, 244. No mesmo sentido: STJ, REsp 187.904/SC, 5ª T., un., Rel. Min. GILSON DIPP, j. 19/04/2001, DJ 04/06/2001, p. 202; REsp 588.253/RJ, 2ª T., un., Rel. Min. FRANCISCO PEÇANHA MARTINS, j. 18/08/2005, DJ 17/10/2005, p. 249. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia>>. Acesso em: 16 ago. 2011.

³² Nesse sentido, o parágrafo primeiro do art. 24 da Constituição Espanhola de 31/10/1978, ao estabelecer a cláusula constitucional da tutela judicial efetiva, determina o controle pleno da discricionariedade, desde sejam observados os limites que impedem a substituição da decisão política do administrador pelo provimento jurisdicional: “Todas las personas tienen derecho a obtener tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión”.

³³ STF, RE 480.107/PR, 2ª T., un., Rel. Min. EROS GRAU, j. 03/03/2009, DJe 27/03/2009, p. 00830. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/jurisp.asp>>. Acesso em: 19 ago. 2011.

³⁴ FRANÇA, Vladimir da Rocha. *Invalidação judicial da discricionariedade administrativa*: no regime jurídico-administrativo. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 175.

³⁵ STJ, REsp 429570/GO, 2ª T., m., Rel. Min. ELIANA CALMON, j. 11/11/2003, DJ 22/03/2004, p. 277. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia>>. Acesso em: 19 ago. 2011.

efeito de complementação, efetivada pela União, dos valores do FUNDEF, haja vista a conexão com o tema do controle judicial dos atos da Administração Pública, especialmente quando editados no exercício da competência administrativa discricionária.

Com efeito, a vinculação dos agentes administrativos aos termos empregados pela lei apresenta uma variação simplesmente gradual, de sorte que o ato administrativo vinculado não possui uma natureza diferente do ato discricionário, sendo a diferença no grau de liberdade de decisão concedida pelo legislador quantitativa, mas não qualitativa (de natureza), pois a decisão administrativa oscila entre os pólos da plena vinculação e da plena discricionariedade, cujos extremos quase não existem na prática, sendo a intensidade vinculatória condicionada à densidade normativa mandamental dos diferentes tipos de termos lingüísticos utilizados pela respectiva lei.

O FUNDEF, instituído pela Emenda Constitucional n.º 14/96, ao alterar a redação original o artigo 60 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, em atendimento ao disposto no artigo 212, caput, da Constituição Federal, a teor das suas normas de regência – Lei n.º 9.424/96 (atualmente revogado pela Lei n.º 11.494/2007), regulamentada pelo Decreto n.º 2.264/97 –, é fundo contábil, cujos recursos são provenientes do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços – ICMS, do Fundo de Participação dos Estados – FPE, do Fundo de Participação dos Municípios – FPM, e do Imposto sobre Produtos Industrializados – IPI. Estes recursos são aplicados para a manutenção e desenvolvimento do ensino fundamental público e na valorização do magistério, e são distribuídos no âmbito de cada Estado e no Distrito Federal, na proporção do número de alunos matriculados anualmente nas escolas cadastradas, consideradas as matrículas da 1.ª à 8.ª séries do ensino fundamental. Conforme disposição da Lei n.º 9.424/96, o custo por aluno será obtido de acordo com os níveis de ensino e tipos de estabelecimento.

A União somente complementarará os recursos destinados ao FUNDEF, no âmbito de cada Estado e no Distrito Federal, caso o valor destes recursos não alcance o mínimo definido nacionalmente. O valor mínimo anual por aluno é fixado por ato do Presidente da República, e seu cálculo é efetuado a partir da razão entre a previsão da receita total para o FUNDEF e a matrícula total do ensino fundamental no ano anterior, acrescido do total estimado de novas matrículas, cujos dados são extraídos do censo anual educacional realizado pelo Ministério da Educação. Saliente-se que, hodiernamente, o cálculo é estabelecido conforme anexo da Lei n.º 11.494/2007

Nesse diapasão, a densidade do conteúdo vinculante da norma adquire fundamental importância, sobretudo quando a Administração Federal sustenta, em prol da legalidade do ato infirmado, a fluidez do conceito de valor mínimo por aluno, para efeitos de complementação do FUNDEF por parte da União (art. 6.º, caput e § 1.º, da Lei n.º 9.424/96), cuja fixação reside no cálculo do valor mínimo anual por aluno (VMAA), cuja fórmula é prevista no mesmo artigo 6.º, verbis: “Art. 6.º A União complementarará os recursos do Fundo a que se refere o art. 1.º sempre que, no âmbito de cada Estado e do Distrito Federal, seu valor por aluno não alcançar o mínimo definido nacionalmente. § 1.º O valor mínimo anual por aluno, ressalvado o disposto no § 4.º, será fixado por ato do Presidente da República e nunca será inferior à razão entre a previsão da receita total para o Fundo e a matrícula total do ensino fundamental no ano anterior, acrescida do total estimado de novas matrículas, observado o disposto no art. 2.º, § 1.º, incisos I e I.”.

Como se vê, competência discricionária atribuída ao Presidente da República, nos termos do artigo 6.º, caput, da Lei n.º 9.424/96, não se encontra imune a qualquer controle jurisdicional, porquanto, embora Presidente da República possa fixar o VMAA (nacional) no patamar que entender mais conveniente para a consecução de seu programa de governo (art. 6.º, caput, da Lei n.º 9.424/96), desde que esse valor mínimo seja superior à média nacional, que é quociente dos recursos totais (nacionais) do Fundo e da matrícula total (nacional) no ano anterior, acrescida do total (nacional) estimado de novas matrículas (§ 1.º, do artigo 6.º, da Lei n.º 9.424/96)³⁶.

Ora, ainda que se permita ao Presidente da República a fixação de um VMAA em cada Estado (artigo 6.º, caput, Lei n.º 9.424/96), vedando apenas a sua estipulação em valor inferior ao menor dentre os quocientes apurados nos Estados, observa-se, na verdade, um limite ao “poder” discricionário controlável pelo Poder Judiciário ao patamar mínimo do § 1.º, do artigo 6.º, da Lei n.º 9.424/96.

Isso porque o exercício da discricionariedade pelo Presidente da República, ao fixar o valor mínimo anual por aluno-VMAA, sujeita-se aos limites impostos pelo constituinte ao erigir o acesso universal à educação básica à categoria de direito fundamental do cidadão, disso resultando que o do § 1.º, do artigo 6.º, da Lei n.º 9.424/96 que regem a matéria sobre a complementação do FUNDEF pela União deve ser interpretada à luz princípio superior encartado na Lei Maior, quando adota, na forma do artigo 60, § 3.º, do Ato das Disposições

³⁶ TRF 5ª Região, AC 352269/AL, 4ª T., un., Rel. Des. Fed. EDÍLSON NOBRE (conv.), j. 13/09/2005, DJ 03/10/2005, p. 1038. No mesmo sentido: TRF 5ª Região, APELREEX 10542/PB, 1ª T., un., Rel. Des. Fed. ROGÉRIO FIALHO, j. 13/05/2010, DJe 21/05/2010, p. 137.

Constitucionais Transitórias, na redação dada pela Emenda Constitucional n.º 14/96, adotou como mecanismo de repartição igualitária dos recursos destinados ao FUNDEF a sua complementação pela União, quando o valor mínimo por aluno, nos Estados e no Distrito Federal, não alcançar o mínimo nacionalmente estipulado.

A eventual indeterminação de tal conceito, que não se confunde com atribuição legal de competência discricionária ao administrador³⁷, não é capaz, em termos apriorísticos, de afastar o controle judicial do ato, tal como restou demonstrado pelo direito administrativo espanhol, ao adotar como pressuposto teórico o imperativo da maximização do controle jurisdicional como forma de reduzir a possibilidade de utilização arbitrária do “poder” administrativo, sustentando que os conceitos indeterminados, sejam de experiência (incapacidade para o exercício de suas funções, premeditação, força irresistível) ou de valor (boa-fé, padrão de conduta do bom pai de família, justo preço) referem-se sempre a supostos concretos, e remetem para uma única solução justa, o que submete a aplicação de tais conceitos à plena sindicabilidade judicial³⁸.

A despeito daqueles³⁹ que entendem que os conceitos indeterminados de valor empregados na descrição legal do motivo que enseja a prática de um ato administrativo pode resultar em discricionariade diante de um determinado caso concreto, quando os fatos não tenham como ser enquadrados, nem na zona de certeza positiva, nem na de certeza negativa do conceito, resultando em mais de uma possível atuação igualmente legítima, o certo é que o valor mínimo anual por aluno consubstancia conceito jurídico indeterminado de experiência, cuja sindicabilidade judicial é plena, já que o administrador, após socorrer-se de processo interpretativo, torna preciso o conceito, não lhe restando qualquer margem de liberdade de escolha do significado lingüístico, porquanto cabe ao Poder Judiciário, exatamente por ser sua função típica constitucionalmente prevista, interpretar e aplicar o alcance e extensão das normas jurídicas para a sua justa concretização do direito fundamental à boa administração pública⁴⁰, tanto que da exegese da norma de referência (§ 1.º, do artigo 6.º, da Lei n.º 9.424/96) extrai-se que o Presidente da República não é obrigado a fixar um determinado valor mínimo nacional, mas, necessariamente, não poderá fixá-lo abaixo de um patamar, que é

³⁷ SICCA, Gerson dos Santos. *Discricionariade administrativa: conceitos indeterminados e aplicação*. Curitiba: Juruá, 2006, p. 91.

³⁸ ENTERRÍA, Eduardo García, FERNANDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de derecho administrativo*. 10 ed. t. 1. Madrid: Civitas, 2000, p. 457.

³⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Ob. cit., p. 118. DE MELLO, Celso Antônio Bandeira. Ob. cit., p.90-91.

⁴⁰ FREITAS, Juarez. *Discricionariade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 43.

uma média nacional, obtida mediante a aplicação de uma fórmula claramente contida no texto legal.

5.0 Conclusão

Em primeiro lugar, registre-se que a definição dos limites à discricionariedade administrativa, em razão da aplicação do princípio constitucional da legalidade, encontra íntima relação com o controle jurisdicional dos comportamentos do Estado-Administração, haja vista que mencionados limites fixam a margem de liberdade de ação legítima dentro da qual o Poder Executivo pode agir livremente, segundo critérios próprios de necessidade, conveniência e oportunidade, insindicáveis subjetivamente pelo Poder Judiciário, pois, caso contrário, estar-se-ia malferindo o princípio constitucional da tripartição funcional do Poder de Estado.

Contudo, observa-se que campo de atuação da discricionariedade vem se ampliando, seja em função das inúmeras tarefas que Administração vem assumindo, seja em razão da transferência de parcelas significativas de atividade legislativa para o Poder Executivo⁴¹. Assim, é inarredável a necessidade de releitura do princípio constitucional da legalidade como parâmetro utilizado pelo Poder Judiciário para o controle formal e material da conduta do administrador.

A propósito, quando a Administração exerce atividade vinculada, o controle judicial pode exercer-se sem restrições, com o fim de verificar a conformidade do ato com a lei e decretar a nulidade, se reconhecer que essa conformidade inexistiu, ao passo que, quando a atividade é discricionária, tal controle é possível, desde que se respeitem os limites da discricionariedade delimitados pelo princípio constitucional da legalidade que, por sua vez, delimita a densidade normativa mandamental da lei de referência, a qual delimitará o grau de vinculação ou de discricionariedade do agente público que praticou o ato.

Outrossim, deve-se entender a legalidade no sentido mais amplo do que a mera dicção da lei, englobando, além das leis formais, todos os valores constitucionais, desde os proclamados como superiores na Constituição da República do Brasil, até aqueles que se encontram disseminados, expressa e implicitamente, no corpo daquela e, sobretudo, sujeitando-se aos direitos fundamentais, que incluem garantias individuais, coletivas e

⁴¹ Neste ponto, convém realçar que mesma edição de regras legais, com base em juízos políticos, pelas Agências Executivas dos Estados Unidos, estão sujeitas ao controle judicial com elevado grau de independência: GELLHORN, Ernest, LEVIN, Ronald M. *Administrative law and process in a nutshell*. 4. ed. St. Paul: West Publishing, 1997, p.80.

institucionais, tendo em conta a certeza de que não há âmbito material ou formal da atividade administrativa isento de valoração diante do Direito, enquanto bloco de legalidade e bloco de constitucionalidade.

Por outro lado, pode-se dizer que o processo de aplicação de conceitos jurídicos indeterminados é um processo vinculado, porque não admite uma solução ou um resultado da interpretação e aplicação da lei (subsunção de dados às suas categorias) que não esteja condicionado ao princípio constitucional da legalidade, concebido de forma sistemática e integrada segundo as três vertentes da legitimidade, constitucionalidade e juridicidade, condicionado à implementação dos direitos fundamentais da pessoa humana, já que não se pode admitir que o administrador público, a pretexto de atender a questões políticas, torne letra morta os dispositivos da Carta Magna asseguradores daqueles direitos.

Assim, a Lei nº 9.424/96, ao conferir competência discricionária ao Presidente da República na fixação do Valor Mínimo Anual por Aluno-VMAA, para fins complementação dos recursos do FUNDEF, deve ser aplicado de maneira a assegurar o quanto possível a concretização do direito fundamental à educação básica, enquanto corolário do direito fundamental à boa administração pública, corroborado pela necessidade de, com espede no princípio da universalização do acesso à educação fundamental, repartição igualitária dos recursos destinados aos Fundos instituídos nos entes federativos.

Desse modo, a União não pode definir o valor mínimo nacional “por Estado”, nem tampouco utilizar como valor mínimo nacional por aluno o menor valor médio por aluno encontrado nos Estados, fixando o Presidente da República um VMAA superior ao menor quociente estadual, porém menor do que a média nacional, sob pena de, caso contrário, malferir a diretriz constitucional de corrigir as desigualdades entre os entes federados, possibilitando a distribuição de recursos vinculados à educação de forma mais equânime entre os Municípios e o Estado (art. 3º, inc. III, da Constituição).

Portanto, seja admitindo o valor mínimo anual por aluno-VMAA como conceito jurídico indeterminado de experiência ou empírico, seja conferindo discricionária ao Presidente da República quando da definição desse valor, sempre estará condicionado a erradicar o analfabetismo, universalizar a educação básica e o ensino fundamental, e diminuir as disparidades regionais, em razão da sujeição ao princípio constitucional da legalidade, entendido como parâmetro de interpretação composto de princípios constitucionais e regras legais, implementadores do direito fundamental à boa administração pública.

De toda forma, não pode jamais o Poder Judiciário descurar da necessidade de adotar uma postura equilíbrio, na qual se assegure o exercício eficiente da competência discricionária, afim de que para que a Administração Pública possa atuar com inovação e dinamismo na resolução dos casos concretos, sem permitir que a criação de uma situação temerária ao Estado Democrático de Direito pela ampliação desmedida no ordenamento jurídico da margem de livre apreciação, em que o administrador ostentaria uma liberdade absoluta.

Referências

- ALEXANDRINO, Marcelo, PAULO, Vicente. *Direito administrativo descomplicado*. 18. ed. rev. e atual. São Paulo: Método.
- ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. Madri: Centro de estudios políticos y constitucionales, 2001. Título original: Theorie der grundrechte.
- ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2003.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.
- BONFIM, Thiago Rodrigues de Pontes. *Os princípios constitucionais e sua força normativa: análise da prática jurisprudencial*. Salvador: JusPodivm, 2008.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 23. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2010.
- CARVALHO, Raquel Melo Urbano de. *Curso de direito administrativo: parte geral, intervenção do Estado e estrutura da administração*. 2. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2009.
- COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação constitucional*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.
- DE MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Curso de direito administrativo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- DE MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 2. ed. 10. tir. São Paulo: Malheiros, 2010.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2007.
- DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. Título original: Taking rights seriously.
- ENTERRÍA, Eduardo García, FERNANDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de derecho administrativo*. 10 ed. t. 1. Madrid: Civitas, 2000.
- FAGUNDES, Miguel Seabra. *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. 8. ed. atual. por Gustavo Binenbojm. Rio de Janeiro: 2010.
- FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão e dominação*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003.
- FRANÇA, Vladimir da Rocha. *Invalidação judicial da discricionariedade administrativa: no regime jurídico-administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.
- FREITAS, Juarez. *Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- GELLHORN, Ernest, LEVIN, Ronald M. *Administrative law and process in a nutshell*. 4. ed. St. Paul: West Publishing, 1997.
- GRAU, Eros Roberto. Poder Discricionário. *Revista de direito público*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 93, jan./mar., 1990.
- HESSE, Konrad. *Temas fundamentais de direito constitucional*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. São Paulo: Saraiva, 2009.

- JUSTEN FILHO, Marçal. Conceito de Interesse Público e a “Personalização” do Direito Administrativo. *Revista trimestral de direito público*. São Paulo: Malheiros, 1999.
- KRELL, Andréas Joachim. Discricionariedade Administrativa, Conceitos Jurídicos Indeterminados e Controle Judicial. *Revista ESMAFE: Escola de Magistratura Federal da 5ª Região*. Recife: TRF 5ª Região, n. 8, 2004
- LUSTOSA JÚNIOR, Hélio Dourado. *Estudos de direito administrativo em homenagem ao Prof. Celso Antônio Bandeira de Mello*. São Paulo: Max Limonad, 1996.
- MARINELA, Fernanda. *Direito administrativo*. 3. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2007.
- MAURER, Hartmut. *Elementos de direito administrativo alemão*. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2001.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 27. ed. Atualização de Eurico de Andrade Azevedo et al. São Paulo: Malheiros, 2002.
- MONTANER, Luis Cosculluela. *Manual de derecho administrativo*. 8. ed. Madrid: Civitas, 1997.
- MORAES, Germana de Oliveira. *Controle jurisdicional da administração pública*. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2004.
- NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. *O princípio da boa-fé e sua aplicação no direito administrativo brasileiro*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.
- PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. *Controle judicial da administração pública: da legalidade estrita à lógica do razoável*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2006.
- SICCA, Gerson dos Santos. *Discricionariedade administrativa: conceitos indeterminados e aplicação*. Curitiba: Juruá, 2006.