

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO DO RECIFE
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**

ANDRÉ MELO GOMES PEREIRA

**CIDADANIA E EFETIVIDADE DO PROCESSO JUDICIAL EM FACE
DA FAZENDA PÚBLICA NO BRASIL**

Recife, maio de 2004.

ANDRÉ MELO GOMES PEREIRA

**CIDADANIA E EFETIVIDADE DO PROCESSO JUDICIAL EM FACE
DA FAZENDA PÚBLICA NO BRASIL**

Dissertação apresentada como
requisito parcial para obtenção do
Título de Mestre em Direito Público
pela Universidade Federal de
Pernambuco.

Prof. Doutor Raymundo Juliano do Rêgo Feitosa
(Orientador)

Recife, maio de 2004.

FICHA CATALOGRÁFICA

341.465
P436c

Pereira, André Melo Gomes
Cidadania e efetividade do processo judicial em face da
Fazenda Pública no Brasil / André Melo Gomes Pereira –
Recife: O Autor, 2004.
212 f.

Orientador: Raymundo Juliano do Rêgo Feitosa.

Dissertação (Mestrado). Universidade Federal de
Pernambuco. CCJ. Direito, 2004.

Inclui bibliografia e anexos.

1. Processo civil. 2. Cidadania. I. Feitosa, Raymundo
Juliano do Rêgo. II. Título.

UFPE/CCJ-FDR/PPGD/EFR-efr

AVALIAÇÃO DA BANCA EXAMINADORA

ANDRÉ MELO GOMES PEREIRA

CIDADANIA E EFETIVIDADE DO PROCESSO JUDICIAL EM FACE DA FAZENDA PÚBLICA NO BRASIL

A Banca examinadora, composta pelos professores abaixo, sob a presidência do primeiro, submeteu o candidato à defesa em nível de Mestrado em Direito Público e a julgou nos seguintes termos:

MENÇÃO GERAL: Aprovado

Professora Eneida Melo, Doutora, UFPE

Julgamento: Aprovado Ass. Eneida Melo

Professor Manoel Severo Neto, Doutor, UNICAP

Julgamento Aprovado Ass. Manoel Severo Neto

Professor Sérgio Torres Teixeira, Doutor, UFPE

Julgamento: Aprovado Ass. Sérgio Torres Teixeira

Recife, 29 de julho de 2004.

Programa de Pós-Graduação em Direito

FDR-CCJ/UFPE

Área de Concentração: Direito Público

Orientador: Prof. Doutor Raymundo Juliano do Rêgo Feitosa

Dedico este trabalho:

Ao Prof. Raymundo Juliano do Rêgo Feitosa, meu orientador e constante incentivador, amigo de ontem e de sempre, e ao Mestre Marcos André Couto Santos, amigo incondicional, os quais, no momento mais difícil de minha ainda curta existência, não me deixaram ficar sentado à beira de um caminho;

ao Prof. Fernando Melo (in memoriam), meu avô, por haver me ensinado que a formação do professor não pode prescindir da pesquisa e da permanente abertura ao debate acadêmico;

ao Prof. Gláucio Veiga pelo amor que dedica à Faculdade de Direito do Recife e à sua história;

a todos os cidadãos brasileiros que foram autores em processos em face da Fazenda Pública e morreram sem verem efetivados os seus direitos.

Agradeço:

a todos os meus amigos o auxílio e o incentivo quando da elaboração desta dissertação; amigos da Faculdade de Direito do Recife; amigos da Justiça Federal de 1ª Instância em Pernambuco; amigos do Colégio Vera Cruz;

à minha chefia imediata na Justiça Federal, Juízes Federais Nilcéa Maggi e Tiago Antunes de Aguiar, pela valorização que conferem ao aperfeiçoamento dos servidores e pelo incentivo fraternal.

a todos os servidores do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFPE, especialmente Josy e Carminha, pela paciência e pela atenção que sempre me dispensaram;

à histórica Biblioteca da Faculdade de Direito do Recife pelos seus mais de 170 anos de existência;

a todos os meus professores;

à minha família;

a Jesus Cristo por tudo, em especial pela lição dada à humanidade de que a dignidade da pessoa humana deve ser o valor máximo.

RESUMO

PEREIRA, André Melo Gomes. *Cidadania e efetividade do processo judicial em face da Fazenda Pública no Brasil*. 2004. 278 f. Dissertação de Mestrado – Centro de Ciências Jurídicas/Faculdade de Direito do Recife, Universidade Federal de Pernambuco, Recife.

Na atualidade, o conteúdo da cidadania foi significativamente ampliado como resultado e ao mesmo tempo causa das dimensões dos direitos fundamentais. Apesar de poder ser visualizada como uma situação jurídica em que há direitos e deveres, a cidadania ultrapassa essa concepção para se ligar a um conjunto de aspirações do ser humano de possuir uma vida digna. Essas aspirações são representadas pelo princípio da dignidade da pessoa humana, o qual o Estado Democrático de Direito deve, ao máximo, efetivar para legitimar sua existência. Contudo, muitas vezes, o Estado falha e viola esse dever. Nessa hipótese, inclusive revisando atos e omissões legislativos e administrativos, cabe ao Poder Judiciário assegurar a cidadania. O instrumento utilizado é o processo judicial em face da Fazenda Pública. A Fazenda Pública é a expressão processual do Estado em juízo. O processo deve ser justo, efetivo e tempestivo, atendendo à dimensão constitucional, à internacional e à social do acesso à justiça. No entanto, o processo em face da Fazenda Pública, no Brasil, apresenta grande déficit de efetividade, principalmente na execução. Todos os poderes estatais são responsáveis. Em razão desse problema, foram criados os Juizados Especiais Federais, que se constituem, ao mesmo tempo, em um novo modo-de-ser do processo em face da Fazenda Pública e em um novo órgão jurisdicional, apresentando-se como alternativa para dotar de efetividade e tempestividade o processo em face da Fazenda Pública.

Palavras-chave: Cidadania – Processo – Fazenda Pública

RIASSUNTO

PEREIRA, André Melo Gomes. *Cittadinanza e effettività del processo giudiziale nei confronti della Pubblica Amministrazione in Brasile*. 2004, 278 f. Dissertazione del Master – Centro di Scienze Giuriche/Facoltà di Diritto del Recife, Università Federale di Pernambuco, Recife.

Nell'attualità il contenuto della cittadinanza è stato significativamente ampliato come risultato e allo stesso tempo causa delle dimensioni dei diritti fondamentali. Anche si potrebbe essere visualizzata come una situazione giuridica nella quale ci sono diritti e doveri, la cittadinanza va oltre questa concezione per unirsi ad un insieme di aspirazioni dell'essere umano di possedere una vita degna. Queste aspirazioni sono rappresentate per il principio di dignità della persona umana, il quale lo Stato Democratico di Diritto deve, al massimo, effettivamente per legittimare sua esistenza. Tuttavia, molte volte, lo Stato fallisce e viola questo dovere. In questa ipotesi, incluso la revisione degli atti e omissioni legislativi e amministrativi, è di competenza del Potere Giudiziario assicurare la cittadinanza. Lo strumento utilizzato è il processo giudiziale per la Pubblica Amministrazione. La Pubblica Amministrazione è la espressione processuale dello Stato in giudizio. Il processo deve essere giusto, effettivo e tempestivo, pretendendo in considerazioni la dimensione costituzionale, la internazionale e la sociale dell'accesso alla giustizia. Intanto, il processo nei confronti della Pubblica Amministrazione, in Brasile, presenta grande deficit di effettività, specialmente nell'esecuzione. Tutti i poteri statali sono responsabili. Dovuto a questo problema, sono stati creati i Tribunali Speciali Federali che sono costituiti, allo stesso tempo, in un nuovo modo di essere del processo nei confronti della Pubblica Amministrazione e in un nuovo organo giurisdizionale, si presentando come alternativa per dotare di effettività e tempestività il processo per la Pubblica Amministrazione.

Parole – Chiave: Cittadinanza – Processo – Pubblica Amministrazione

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	09
CAPÍTULO I - CIDADANIA, ESTADO E PODER JUDICIÁRIO.....	17
1.1. Cidadania: evolução histórica e elementos.....	17
1.1.1 Cidadania civil, política e sócio-econômica.....	22
1.1.2. Cidadania no Brasil.....	25
1.2. Estado x cidadão.....	29
1.2.1. Atuação do Estado frente à sociedade.....	32
1.2.2. Estado brasileiro na atualidade.....	36
1.3. O papel do Poder Judiciário na sociedade contemporânea.....	40
1.3.1. Poder Judiciário e Estado: argumentos contrários à revisão judicial dos atos estatais	42
1.3.2. Poder Judiciário e Estado: argumentos favoráveis à revisão judicial dos atos estatais	45
1.4. Poder Judiciário, Estado e Processo: a cidadania.....	56
CAPÍTULO II – CIDADANIA, TEMPO E PROCESSO.....	58
2.1. Acesso à justiça e suas dimensões.....	58
2.2. Efetividade processual e tempo.....	71
2.2.1. O tempo na história.....	74
2.2.2. O tempo no direito e no processo.....	79
2.3. Cidadão e processo na atualidade.....	84
2.3.1. O cidadão e o processo entre particulares.....	86
2.3.2. O cidadão e o processo em face da Fazenda Pública.....	87
CAPÍTULO III – PROCESSO EM FACE DA FAZENDA PÚBLICA E EFETIVIDADE.....	89
3.1. A Fazenda Pública: entre a unicidade e a dualidade de jurisdição.....	89
3.2. A Fazenda Pública em juízo no Brasil.....	95
3.2.1. Breve histórico e conformação atual.....	97
3.2.2. Pontos sensíveis no processo de conhecimento em face da Fazenda Pública.....	103
3.2.3. Pontos sensíveis nas tutelas de urgência em face da Fazenda Pública.....	111

3.2.4. Pontos sensíveis do processo de execução em face da Fazenda Pública.....	122
3.3. Efetividade e execução em face da Fazenda Pública: disfunções.....	123
3.3.1. Obrigações de Pagar.....	124
3.3.2. Obrigações de Fazer.....	143
3.3.3. O Judiciário, o Executivo e o Legislativo no processo em face da Fazenda Pública: análises.....	149
3.4. Os Juizados Especiais Federais: alternativa para efetividade processual em face da Fazenda Pública.....	154
 CAPÍTULO IV – JUIZADOS ESPECIAIS FEDERAIS (JEF): UMA NOVA VISÃO DO PROCESSO EM FACE DA FAZENDA PÚBLICA.....	 156
4.1. Origem e tramitação legislativa.....	156
4.2. A Fazenda Pública no JEF (Lei nº 10.259/2001).....	159
4.3. O novo processo em face da Fazenda Pública no JEF: a busca da efetividade.....	161
4.4. O cidadão e o JEF.....	173
4.5. O futuro dos Juizados Especiais Federais: perspectivas de avanço.....	176
 CONCLUSÕES.....	 186
 REFERÊNCIAS.....	 191
 JURISPRUDÊNCIA.....	 208
 ANEXOS.....	 210
ANEXO A .- Decisão e Acórdão em Agravo -ação ordinária nº 00.2799-5.....	211
ANEXO B – Cópia de atos processuais da ação ordinária nº 97.0004169-7.....	219
ANEXO C. - Entrevista realizada no dia 17 de maio de 2004 com a Juíza Federal Substituta da 2ª Vara da Seção Judiciária de Pernambuco, em exercício também nos Juizados Especiais Federais Cíveis.....	277

INTRODUÇÃO

Na atualidade, a cidadania não é mais concebida, apenas, como o direito de o cidadão participar, por ser nacional, politicamente das decisões em sua sociedade. A noção de cidadania foi significativamente ampliada como resultado e ao mesmo tempo causa das dimensões dos direitos fundamentais, que historicamente surgiram como um fenômeno que tem marcado o mundo ocidental. A idéia de cidadania, apesar de poder ser visualizada como uma situação jurídica em que há direitos e deveres, ultrapassa, outrossim, essa concepção para se ligar a um conjunto de aspirações do ser humano de possuir uma vida digna, aspiração esta que o Estado deve, ao máximo, efetivar como forma de legitimar a sua própria existência.¹ Por isso, a palavra cidadania tornou-se de uso recorrente na imprensa, nos diversos espaços públicos de discussão, desde organizações não governamentais de diversas matizes até as instâncias estatais de tomada de decisão. Não é sem razão que o artigo 1º da Constituição da República de 1988 dispõe, no inciso II, ser a cidadania um dos fundamentos da República.

Ainda cabe ao Estado, portanto, o principal papel de garantir o exercício da cidadania pelo ser humano. Contudo, não são poucas as falhas estatais no cumprimento dessa missão, fazendo-se necessária a criação de mecanismos que garantam ao cidadão a efetivação da cidadania para que os direitos fundamentais constitucionais e as conquistas históricas da sociedade não se tornem, paradoxalmente, após serem juridicizados, meras promessas lançadas no papel. Evidentemente que o responsável por essa função de garantia não poderia ser o próprio Executivo, nem o Legislativo que já têm como missão a efetivação de políticas públicas para assegurar a cidadania, mas um poder imparcial que, por não ter a função de executar, na prática, políticas de governos temporários, nem de legislar, atendendo a maioria contingenciais, poderia estar mais voltado à concretização dos valores constitucionais, entre os quais a cidadania e a dignidade da pessoa humana² se destacam.

O Poder Judiciário tem, portanto, essa tarefa especialíssima na sociedade contemporânea: a de contribuir com a concretização dos valores constitucionais, protegendo o cidadão e assegurando-lhe a efetivação da cidadania nos embates que ele tiver contra o próprio Estado-administração ou legislador. Ressalte-se que o processo, como meio de

¹ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2001, p. 81.

² RABENHORST, Eduardo Ramalho. *Dignidade humana e moralidade democrática*. Brasília: Brasília Jurídica, 2001, p. 48.

solução de conflitos de que dispõe Poder Judiciário para o exercício da jurisdição, ganha enorme importância quando ré a Fazenda Pública,³ pois, no mais das vezes, há uma pretensão relativa a uma garantia inerente à cidadania sendo discutida. Esse processo em face da Fazenda Pública, por conseguinte, tem que ser justo, participativo e, principalmente, efetivo, sob pena de a função de garantia que deve ser exercida pelo Poder Judiciário inexistir na prática. A efetividade, portanto, do processo em face dos Entes Públicos irá refletir em grande medida a efetividade e a concretização da própria cidadania.

Diante desse quadro, a presente dissertação parte da constatação de que, à luz da cidadania e das modernas garantias processuais, o atual modo de ser do processo em face da Fazenda Pública no Brasil, especialmente do processo de execução, tem se mostrado com um grande déficit de efetividade e extremamente lento, comprometendo a própria legitimidade da atuação estatal, notadamente do Poder Judiciário, razão por que, dentro da perspectiva do justo processo, serão conduzidas as análises científicas deste tema. Desde já se observa que não serão objeto de reflexão temas relativos ao processo constitucional em si, mas será conferida prevalência à perspectiva processual para análise da efetividade dos processos que envolvem o cidadão e os Entes Públicos no Brasil.

Dentro dessa perspectiva processual,⁴ será demonstrado ser possível conferir ao processo judicial em face da Fazenda Pública um novo enfoque, dotando esse processo de efetividade a partir da análise da sistemática dos Juizados Especiais Federais e do real compromisso de todos os poderes públicos envolvidos, ou seja, do Legislativo, do Executivo e do Judiciário. Dificilmente, construir-se-á um processo efetivo, principalmente de execução, contra os Entes Públicos, se não houver um real comprometimento dos órgãos estatais com a efetivação da cidadania.⁵

Inserindo-se nessa temática, o presente estudo objetiva se constituir em uma reflexão sobre as possibilidades de ser o processo judicial em face da Fazenda Pública,

³ Através da expressão Fazenda Pública deve-se entender toda a administração pública direta, as autarquias e fundações públicas que integram a administração indireta. Geraldo Ataliba, em interessante artigo, defendeu que a impenhorabilidade também é aplicável às sociedades de economia mista e às empresas públicas quando prestadoras de serviço público. Cf. ATALIBA, Geraldo. *Execução contra pessoas administrativas*. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília: Senado Federal, julho/setembro a: 30, nº 119, 1993, p. 5-24.

⁴ Sobre o tema: COMOGLIO, Luigi Paolo. *Garanzie minime del giusto processo negli ordinamenti ispano-latinoamericani*. **Revista de Processo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, a:28, nº 112, outubro-dezembro, 2003, p. 159-176. Cf. TROCKER, Nicolò. *La carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea ed il processo civile*. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**. Milano: Giuffrè, a: LVI, nº 4, dicembre, 2002, p. 1171-1241.

⁵ Pode-se afirmar com Mauro Cappelletti que a eficácia de reformas processuais em sistemas sociais fundamentalmente injustos e autoritários é bastante relativa, pois é preciso reconhecer “que as reformas judiciais e processuais não são substitutivos suficientes para as reformas políticas e sociais.” Cf. CAPPELLETTI, Mauro,

especialmente o de execução, um instrumento efetivo de concretização da cidadania, analisando os atuais óbices a essa efetividade e a dinâmica dos Juizados Especiais Federais, os quais podem se constituir, sem dúvida, em uma contribuição original do ordenamento brasileiro para disponibilizar ao cidadão meios efetivos de exercer a sua cidadania em face do Estado.

Nesse sentido, para fins de análise dessas questões, ou seja, do processo judicial em face da Fazenda Pública como instrumento de efetivação da cidadania, a presente dissertação divide-se em quatro capítulos, quais sejam: o 1º - CIDADANIA, ESTADO E PODER JUDICIÁRIO; o 2º - CIDADANIA, TEMPO E PROCESSO, 3º - PROCESSO EM FACE DA FAZENDA PÚBLICA E EFETIVIDADE e o 4º - OS JUIZADOS ESPECIAIS FEDERAIS (JEF): UMA NOVA VISÃO DO PROCESSO EM FACE DA FAZENDA PÚBLICA.

No primeiro capítulo, CIDADANIA, ESTADO E PODER JUDICIÁRIO, é analisada a evolução histórica da cidadania e seus elementos; a cidadania no Brasil; as relações entre o cidadão e o Estado; a atuação do Estado na sociedade, conferindo-se especial destaque ao Estado brasileiro. Por fim, depois de analisada a cidadania e o Estado, será abordado o interessante assunto relativo ao papel do Poder Judiciário nas sociedades contemporâneas, apresentando-se argumentos contrários e favoráveis à possibilidade de revisão dos atos estatais pelo Poder Judiciário. O objetivo desse capítulo é destacar a concepção de cidadania que é utilizada neste estudo; descrever criticamente as formas que o Estado assume na sua relação com a sociedade e situar as funções explícitas do Poder Judiciário na atualidade e o respectivo debate, especialmente no que se refere à relação desse Poder com os outros poderes estatais.

Essas análises têm como resultado, ao final do capítulo, a constatação de que a cidadania, no dias atuais, continua tendo como centro de referência o Estado, cabendo ao Poder Judiciário garanti-la, quando desrespeitada, através do processo.

No segundo capítulo, CIDADANIA, TEMPO E PROCESSO, é analisado, inicialmente, o tema fundamental para qualquer investigação processual na atualidade: o acesso à justiça, conferindo-se ênfase à necessidade de o acesso ser efetivo, o que vem sendo reconhecido na dimensão constitucional, internacional e social desse acesso. Em seguida, é estudado, com especial destaque, o tempo no processo, ponto este cada vez mais objeto de reflexão na ciência processual em face do consenso de que os processos no Brasil têm

tramitação excessivamente lenta. Ao final do capítulo, far-se-á uma incursão sobre o cidadão e o processo na atualidade, possibilitando-se uma breve abertura discursiva relativa à efetividade do processo entre particulares e a efetividade do processo em face da Fazenda Pública.

Nesse capítulo se conclui que, ao lado das garantias processuais, o processo para ser justo tem que ser efetivo, pois, se não o for, restam comprometidos os direitos fundamentais do cidadão, a começar pelo direito ao acesso à justiça que em si é considerado direito fundamental prestacional.⁶ A intempestividade da tutela jurisdicional contribui em grande medida para inefetividade, pois é no tempo que se desenvolvem as ações humanas, sem a dimensão temporal não se pode pensar o ser humano. Os diversos instrumentos criados e redimensionados ao longo do tempo para dotar o processo de mais efetividade refletiram muito mais no processo entre particulares que no processo em face dos Entes Públicos, como é demonstrado no terceiro capítulo.

No terceiro capítulo, PROCESSO EM FACE DA FAZENDA PÚBLICA E EFETIVIDADE, são objeto de reflexão os seguintes itens: a discussão em nível de direito estrangeiro entre a unicidade e dualidade de jurisdição; a opção brasileira singular em relação a essa dicotomia, com o controle judicial de leis e de atos administrativos, hoje controlando-se, em tese, até os motivos do ato; a disciplina processual da Fazenda Pública no Brasil, com breve histórico e a conformação atual; a análise do processo de conhecimento, das tutelas de urgência e do processo de execução em face da Fazenda Pública para se aferir, partindo-se das modernas garantias processuais estudadas no capítulo anterior e dos “pontos sensíveis” indicados por Ada Pellegrini Grinover, Cândido Rangel Dinamarco e Antônio Carlos Araújo Cintra,⁷ se o processo em face dos Entes Públicos apresenta óbices relevantes a um efetivo acesso à justiça; em seguida, serão apontadas as disfunções, demonstrando-se estarem os problemas que mais afetam a efetividade no processo de execução, razão por que ao processo de execução foi dedicada especial atenção, tanto em relação às obrigações de pagar como de fazer; no item seguinte, a partir da análise de casos concretos e do comportamento do Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, procede-se a uma reflexão sobre a contribuição de cada poder para ausência de efetividade na execução em face da Fazenda Pública; o último item é

⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 190.

⁷ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini e DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 15ª ed.. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 34-35.

dedicado à perspectiva de os Juizados Especiais Federais serem uma alternativa real para dotar de efetividade o processo em face dos Entes Públicos.

O resultado das reflexões, nesse capítulo, demonstram que, principalmente, o processo de execução em face da Fazenda Pública tem um déficit de efetividade bastante elevado, em razão de atos do Executivo, do Legislativo e, muitas vezes, da insensibilidade de setores do Poder Judiciário em relação à eficácia de suas próprias decisões, abrindo-se a discussão em relação ao novo órgão jurisdicional – Juizados Especiais Federais – e ao novo procedimento que ele traz para ser aplicado nos litígios entre o cidadão e a Fazenda Pública.

O quarto capítulo é dedicado ao estudo dos Juizados Especiais Federais, desde a origem, tramitação legislativa, as características do procedimento e a nova visão do processo em face da Fazenda Pública que se defende que ele traz; a relação desse novo órgão com o cidadão e, por fim, as perspectivas de futuro dos Juizados Especiais Federais.

O último tópico da dissertação é destinado às conclusões que versam sobre a cidadania, sua relação com o Poder Judiciário e com um processo justo, apto para servir de instrumento de efetivação dos direitos do cidadão em relação ao Estado. Partindo-se da constatação das deficiências históricas, principalmente do processo de execução, o novo processo em face dos Entes Públicos nos Juizados Especiais Federais é tido como uma alternativa relevante, no direito brasileiro, para se conferir efetividade à proteção judicial da cidadania.

O tema, portanto, sobre que versa o presente estudo, apresenta-se como dos mais relevantes, pois diz respeito à atualíssima discussão sobre cidadania e a necessidade de sua concretização para sobrevivência dos próprios regimes democráticos.⁸ É sempre temerário a um país democrático que as garantias inerentes à cidadania não sejam efetivadas nem garantidas por instrumentos que permitam ao cidadão ter acesso a uma ordem jurídica justa. Do ponto de observação do Poder Judiciário, a sua legitimidade, enquanto poder, está intimamente ligada à efetividade da função de garante, perante os outros poderes e a sociedade, da cidadania. Se o Judiciário não cumpre essa função explícita em vários ordenamentos jurídicos, ele pode estar sinalizando ao cidadão que não se constitui em um verdadeiro poder independente e constitucional.

A metodologia utilizada nesta dissertação apoia-se: primeiro em um estudo doutrinário-teorético da cidadania, de sua relação com Poder Judiciário e do Direito Processual pátrio e estrangeiro; segundo, em uma coleta e análise de documentos legislativos,

⁸ TOURAINE, Alain. *As possibilidades da democracia na américa latina*. Trad. André Villalobos. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**. ANPOCS, julho, 1986, p. 7.

a exemplo dos vários anteprojetos de lei dos Juizados Especiais Federais, de jurisprudência pátria em temas ligados ao nosso tema-problema. Proceder-se-á, outrossim, à análise de casos concretos (processos) para demonstrar alguns dos graves defeitos da conformação do atual processo em face da Fazenda Pública.

As referências deste estudo, portanto, são relacionadas a essas questões, com fins de relacionar tópicos, coligando argumentos com fins de comparação e teorização acerca do tema da presente dissertação, tendo-se utilizado como **método** para selecioná-las a proximidade e a relação com temas referentes:

- a) à cidadania
- b) à efetividade e à instrumentalidade processuais;
- c) à Fazenda Pública em juízo,
- d) aos Juizados Especiais Federais

Utiliza-se, também, coleta de dados acerca do funcionamento dos Juizados Especiais Federais e são juntadas, em anexo a esta dissertação, cópias de atos processuais que demonstram a contemporânea atuação da Fazenda Pública em juízo. Este esforço de coleta, de interpretação de dados e de casos insere-se no objetivo de dotar esta dissertação de um conteúdo, pelo menos em alguns itens, sócio-jurídico apto a fornecer contornos de um referencial empírico.⁹¹⁰ Desta forma, esta feição parcial do trabalho não o torna propriamente sociológico em sua perspectiva teórica ou humanística, nem tão-somente se circunscreve ao que o Professor Vamireh Chacon denominou de “quantitativismo estatístico nas ciências sociais.”¹¹

⁹ A idéia de referencial empírico, de por a prova o direito olhando para a realidade social, está muito bem exposta em interessante artigo de Renato Treves. Nesse trabalho, ele resume as três concepções ou definições que colheu para a Sociologia Jurídica ao longo dos anos, sendo que a primeira, exposta em 1966, visualiza a Sociologia Jurídica como a disciplina capaz de fornecer um referencial empírico para o Direito, ou seja, de estudar a estrutura jurídica estática e antiquada e o contexto social em contínua transformação, ou, em suas palavras: *quella di studiare i rapporti tra le strutture giuridiche statiche e spesso antiquate e il contesto sociale in continua trasformazione...* Posteriormente, Renato Treves incorporaria à definição as contribuições teóricas dos sociólogos e, por fim, criaria a sua definição atual, que é composta dos elementos anteriores (visão empírica e teórica) e de outros elementos pesquisados pelo Professor Emérito da Universidade de Milão. Cf. TREVES, Renato. *Alla ricerca di una definizione della sociologia del diritto*. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**, Milano: Giuffrè, Settembre, ano XLI, nº 3, 1987, p. 773-781.

¹⁰ Esta orientação foi colhida com o Professor Doutor Luciano Oliveira na disciplina Sociologia Jurídica, ao apresentar, entre outras possibilidades, a da monografia de sua cadeira consistir em uma pesquisa empírica que possa se inserir no tema que será objeto da dissertação final do mestrando.

¹¹ O Professor Vamireh Chacon, atualmente pertencente ao Departamento de Ciência Política e de Relações Internacionais da UNB, utiliza a expressão acima ao fazer uma contraposição entre uma profunda formação humanística, que, no passado, caracterizou a vida de Max Weber, o que denominou de ênfase qualitativa humanística, e o denominado quantitativismo estatístico. Eis a citação na íntegra: “O tema da graduação gira em torno de história de Roma Antiga, para a qual o autor contou com a colaboração nada menos que do grande Theodor Mommsen, que lhe prevê um grande futuro intelectual. Linha romanista aprofundada na sequência do doutoramento e livre-docência sobre história da agricultura romana ao tempo do império. Termina a

Não se inserem estas linhas em discussões teóricas sobre a Sociologia, pois, além de termos em mente não ser este o objetivo desta dissertação jurídica, reconhecemos, outrossim, a nossa limitação em relação a teoria sociológica, o que em parte se deve não só às “Ligações Melindrosas”¹² entre direito e sociologia no Brasil, mas também à estrutura pretensamente técnica que foi implantada nos cursos jurídicos no período do regime militar. Antigas cadeiras a exemplo Economia Política¹³ e Filosofia foram, quando não totalmente afastadas do currículos, expulsas da Faculdade e relocadas em outros departamentos, esquecendo-se que, muitas vezes, o enfoque e não a matéria é que faz útil e atrativa a transmissão de conhecimento. Somente com a última alteração do currículo de Direito, vigente na Universidade Federal de Pernambuco para os alunos ingressos entre 1997/1998, tornou-se obrigatória a disciplina Sociologia Jurídica na graduação. Tal fato, certamente, se deve à pretensa auto-suficiência entre as ciências jurídicas básicas, o que foi desmistificado, de forma precisa, pelo Professor Cláudio Souto¹⁴ ao ressaltar a proximidade entre a ciência formal do direito, a ciência social do direito e a ciência filosófica do direito, proximidade esta que deveria levar a interdisciplinaridade.

universidade com especialização em direito comercial, romano e germânico, algo que pode soar estranho às novas gerações, principalmente não alemães, depois dedicadas desde cedo ao quantitativismo estatístico nas ciências sociais, em vez daquela ênfase qualitativa humanística. É que o historicismo permeava toda a formação de Max Weber.” Cf. CHACON, Vamireh. *Max Weber: a crise da ciência e da política*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1988, p. 31-32.

¹² FONSECA, Maria Guadalupe Piragibe da. *Ligações melindrosas: uma reflexão a respeito da sociologia aplicada ao direito*. Texto utilizado em sala de aula na disciplina Sociologia Jurídica - UFPE/2001.1.

¹³ A cadeira de Economia Política está entre as mais presentes na história da Faculdade de Direito do Recife. Foi, talvez, a única que, até a reforma implementada na década 1970, permaneceu com a mesma denominação, pois até cadeiras clássicas como o Direito Processual Penal já fora denominada de forma diversa: Direito Judiciário Criminal. Foram catedráticos e ministraram essa cadeira figuras exponenciais do porte de Aprígio Guimarães, autor de tese inovadora sobre as vantagens entre trabalho e livre e trabalho escravo, José Joaquim Seabra, jurista e político, Presidente da famosa comissão dos vinte e um da Câmara responsável pela aprovação do projeto de Código de Civil de Clóvis Beviláqua, Aníbal Freire que conquistou a Cátedra em dos concursos mais discutidos da história da Faculdade de Direito do Recife em que vencera um aluno laureado que é lenda até hoje em seu Estado: Afonso Campos, que dá nome a Fórum e a grêmio estudantil apesar de haver falecido com apenas 36 (trinta e seis) anos. Poderíamos citar, por fim, o professor Arnóbio Graça e, mais recentemente, os Professores Vamireh Chacon, Livre-Docente pela Faculdade de Direito do Recife e o Professor Gláucio Veiga. Sobre o tema Cf. BEVILÁQUA, Clóvis. *História da faculdade de direito do recife*. 2ª ed. Brasília: Conselho Federal de Cultura, 1977. SALDANHA, Nelson. *A escola do recife*. São Paulo: Convívio- Fundação Nacional Pró-Memória, 1985. VEIGA, Gláucio. *História das idéias da faculdade de direito do recife*. Vol. VI. Recife: Artegraf, 1989. LUNA, Everardo da Cunha. *Atualidade do pensamento jurídico de Affonso Campos* in CAMPOS, Aluizio Affonso. (Coord.). **Affonso Campos: um contemporâneo do futuro**. Brasília: Centro Gráfico do Senado Federal, 1990, p.93-114.

¹⁴ O Professor Cláudio Souto assim se expressa: “As ciências básicas do direito são a ciência formal do direito, a ciência social do direito e a ciência filosófica do direito. Esses saberes fundamentais sobre o jurídico são ciências no sentido de que representam um conjunto ordenado de definições, classificações e proposições sobre relações pertinentes ao direito. Tais saberes têm em comum e isso lhes deveria assinalar uma interdisciplinaridade próxima, pois todas essas ciências são ciências do jurídico (...) contudo, a interdisciplinaridade entre as ciências básicas do direito tem ocorrido, de fato, de modo penoso, em virtude de uma atitude arraigada ou de formalismo, ou de sociologismo, ou de filosofismo, a propósito do jurídico.” Cf. SOUTO, Cláudio. *Ciência e ética no direito: uma alternativa de modernidade*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1992, p. 9.

Este fato não quer dizer que discussões sociológicas ou sócio-jurídicas foram estranhas à Faculdade, pois não só na presença marcante do professor Cláudio Souto no século XX, mas também nas investidas nascidas com a Escola do Recife,¹⁵ com Sílvio Romero e Arthur Orlando, percebe-se o enfrentamento de questões sócio-jurídicas. Tobias Barreto, no famoso discurso “em mangas de camisa,” utiliza dados estatísticos para comprovar a miséria em que vivia a população do Município pernambucano de Escada, destacando, entre outros aspectos, o número de analfabetos. É a utilização da visão sócio-jurídica pelo pensador das variações anti-sociológicas.¹⁶

Estas linhas também não se inserem, por outro lado, em uma discussão puramente quantitativa, pois, antes da coleta e da análise dos resultados, foram fixados pressupostos teóricos do tema, ou seja, o referencial teórico da pesquisa. Ressaltamos que o dado empírico que será analisado neste trabalho não será o fundamento nem a razão de ser da proposta técnico-jurídica que se pretende apresentar nesta dissertação, mas um dos fundamentos ou premissas que embasarão as nossas conclusões e a nossa proposta.

Por fim, registre-se que um processo justo, e porque justo efetivo, em face dos Entes Públicos, deve merecer especial atenção em uma sociedade que tem a esperança de ver garantida a dignidade da pessoa humana. Discutir, portanto, a cidadania e os instrumentos de proteção do cidadão nas lides com o próprio Estado significa legitimar de forma justa a própria existência do Estado Democrático de Direito como ente que deve possibilitar a vida digna nas sociedades humanas.¹⁷

¹⁵ Sílvio Romero e Arthur Orlando seriam os mais representativos dessa faceta da Escola do Recife. O primeiro, em obras como *Doutrina contra doutrina: o evolucionismo e o positivismo no Brasil*. Rio de Janeiro: J. Nunes, 1894 e *Ensaio de sociologia e literatura*. Rio de Janeiro: Ed. Garnier, 1901, abrandaria a crítica e o descrédito que Tobias Barreto devotava à Sociologia enquanto ciência; o segundo, em obras como *Brasil, terra e homem*. Recife: O tempo, 1913, também deixaria a sua contribuição.

¹⁶ Em relação à visão que Tobias Barreto possuía sobre a Sociologia, destacam-se dois trabalhos: “A prova escrita” do famoso concurso de 1882, publicada na Revista Acadêmica de 1948 e o capítulo denominado variações anti-sociológicas. Cf. BARRETO, Tobias. *Estudos de direito*. Campinas: Bookseller, 2000, p. 11-73. Neste último, Tobias Barreto chega a afirmar à p. 11. “Eu não creio na existência de uma ciência social. A despeito de todas as frases em contrário, insisto na minha velha tese: a sociologia é apenas o nome de uma aspiração tão elevada, quão pouco realizável.”

¹⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2001, p. 26.

CAPÍTULO I - CIDADANIA, ESTADO E PODER JUDICIÁRIO

Sumário: 1.1. Cidadania: evolução histórica e elementos. 1.1.1. Cidadania civil, política e sócio-econômica. 1.1.2. Cidadania no Brasil. 1.2. Estado x cidadão. 1.2.1. Atuação do Estado frente à sociedade. 1.2.2. Estado brasileiro na atualidade. 1.3. O papel do Poder Judiciário na sociedade contemporânea. 1.3.1. Poder Judiciário e Estado: argumentos contrários à revisão judicial dos atos estatais. 1.3.2. Poder Judiciário e Estado: argumentos favoráveis à revisão judicial dos atos estatais. 1.4. Poder Judiciário, Estado e Processo: a cidadania.

Neste capítulo, é analisada a concepção de cidadania dentro de uma perspectiva histórica, e, portanto, de constante construção, fixando-se os seus elementos mais importantes dentro da atualidade e expondo-se, em seguida, as relações entre o cidadão e o Estado, com especial destaque à atuação do Estado Brasileiro. Procede-se, outrossim, a uma breve investigação sobre o papel do Poder Judiciário na sociedade contemporânea, contrapondo-se argumentos favoráveis e contrários a um papel mais ativo, especialmente como garantidor, através do processo, da cidadania, finalizando-se o capítulo com uma síntese das relações entre Poder Judiciário, Estado e Processo para concretização da cidadania.

1.1. Cidadania: evolução histórica e elementos

A concepção de cidadania sempre deve ser examinada dentro de uma perspectiva histórica, e está, na atualidade, intimamente ligada à noção de direitos. Embora, como defende Nelson Saldanha, seja provável que a noção de direitos tenha antecedido a de cidadania, o debate político surgido com o crescimento histórico da burguesia e a construção constitucional “permitiram a elaboração de uma problemática da **cidadania** bastante ampla para incluir e também condicionar a inclusão dos direitos.”¹⁸ E acrescenta: “Os direitos se entendem em função de determinada imagem da pessoa humana e de sua relação com o

¹⁸SALDANHA, Nelson. *Ethos político, direitos e cidadania*. Anuário dos Cursos de Pós-Graduação em Direito da UFPE. Nº 9. Recife: Editora Universitária, 1998, p. 171. Nelson Saldanha acrescenta, na mesma página citada deste artigo, que a ligação histórica entre direito e cidadania faz com que se possa atribuir a ambos uma fundamentação ética próxima.

poder; o mesmo ocorre com referência à cidadania.”¹⁹ Por haver a idéia de pessoa humana obtido, no plano teórico, uma maior universalização do que a de cidadania, não se pode esquecer que esta pressupõe aquela, pois “ o cidadão é a pessoa humana em sua dimensão social, política e jurídica.”²⁰

A constatação, por outro lado, da dimensão histórica e portanto mutável não retira, nem diminui a importância da cidadania ou das declarações dos direitos da pessoa humana, mas, apenas, faz recordar que essas categorias são históricas e devem ser constantemente revisitadas para serem aperfeiçoadas e realizadas. Os direitos que hoje fazem parte de um rol de preceitos fundamentais considerados inalienáveis e de pretensão universalista não caíram do céu, não existiram fora da sociedade, mas, como muito bem proclamava Tobias Barreto, se são direito é porque a sociedade os instituiu e os consagrou.²¹

A idéia de cidadania, entre os antigos, está mais fortemente ligada à idéia de participação política e de fruição de direitos reconhecidos e respeitados pela cidade antiga do que até mesmo à noção de nacional. Ou seja, não bastava ser nacional para ser considerando cidadão em sua plenitude, a exemplo dos clientes em Roma. Ademais, era da cidadania, nas cidades antigas, que decorriam os direitos civis e políticos e não diretamente da nacionalidade. Poder-se-ia ser nacional e não ser cidadão, por exemplo.²² O estrangeiro, nem em Roma nem em Atenas, podia ser proprietário, sendo-lhe vedada a maioria dos direitos civis, como herdar e contratar ou casar com cidadão. Essas restrições, longe de revelarem um sentimento de xenofobia, representavam limites à condição de estrangeiro em razão de não fazer parte do culto da cidade. O túmulo do escravo do cidadão era sagrado, o do estrangeiro

¹⁹ SALDANHA, Nelson. *Ethos político, direitos e cidadania. Anuário dos Cursos de Pós-Graduação em Direito da UFPE*. Nº 9. Recife: Editora Universitária, 1998, p. 171.

²⁰ SALDANHA, Nelson. *Ethos político, direitos e cidadania. Anuário dos Cursos de Pós-Graduação em Direito da UFPE*. Nº 9. Recife: Editora Universitária, 1998, p. 174.

²¹ BARRETO, Tobias. *Prova escrita. Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife*. Recife, 1948, p. 36. Há um esforço enorme em Tobias Barreto para inserir o direito como um produto cultural da sociedade, devendo ser observado a partir de uma perspectiva histórica, retirando-se da origem do direito qualquer fundamento metafísico, seja para atribuir uma origem divina ou puramente racional sem respaldo empírico. São de autoria do líder da Escola do Recife várias frases de efeito entre as quais se pode citar: “É preciso uma vez por todas acabar com semelhantes antigualhas. O direito é uma obra do homem, ao mesmo tempo uma causa e efeito do desenvolvimento humano. A história do direito é uma das formas da história da civilização.” Cf. BARRETO, Tobias. *Sobre uma nova intuição do direito. In Estudos de direito*. Campinas: Bookseller, 2000, p. 92.

²² Fustel de Coulanges, em clássica obra, analisa a vida nas cidades antigas, principalmente nas da Grécia e em Roma, a partir da condição de cidadão, que era conferida em razão da religião. Cidadão era aquele que seguia a religião da cidade, honrava os mesmos Deuses e podia penetrar nos recintos sagrados. O estrangeiro seria, por outro lado, aquele que não tem acesso ao culto. A religião seria, portanto, o primeiro traço diferenciador entre o cidadão e o estrangeiro. Cf. COULANGES, Fustel de. *A cidade antiga*. Trad. Pietro Nasseti. São Paulo: Martin Claret, 2002, p. 214.

não o era.²³ No entanto, não bastava a condição de seguidor do culto da cidade para fruição dos direitos políticos, pois a muitos era negada liberdade porque submetidos a alguma espécie de poder, seja de senhor para os escravos, marital para as mulheres ou pátrio para os filhos. Apenas o primogênito, responsável pela manutenção do culto doméstico, herdaria sozinho a propriedade da família e, após a morte do seu pai Patrício em Roma ou Eupátrida na Grécia, poderia exercer plenamente os direitos e deveres inerentes ao que se entendia, à época, por cidadania.²⁴

Dentre desse contexto, fica fácil entender por que razão em Roma, apenas, o *pater familias*, e somente ele, tinha a autoridade na sua *gens*; depois, direito a voto nas tribos que se formaram e, posteriormente, somente os chefes das famílias patrícias, residindo nas cidades, poderiam ser eleitos para as magistraturas romanas e gregas.

Evidentemente, somente o detentor de cidadania em Roma encontrava proteção eficaz para proteção do seus interesses junto ao Pretor, através das antigas fórmulas orais do Direito Romano primitivo,²⁵ pois “as ações da lei se consubstanciavam em instrumentos processuais exclusivos dos cidadãos romanos visando à tutela dos seus direitos subjetivos previstos no vetusto *ius quiritarium*”²⁶. Tal fato demonstra que a noção de exercício pleno de direitos civis e políticos, bem como de defesa desses direitos, na primitiva organização judiciária romana, dependiam fundamentalmente da condição e da concepção de cidadania então existentes. Da mesma forma que a democracia, nas cidades antigas em que foi implantada, não significava governo do povo, mas de uma minoria oligárquica que constituía a classe dos cidadãos, o acesso à proteção dos direitos pelo processo das ações da lei e do formulário da prática judiciária romana era restrito aos cidadãos, não se estendendo a outras classes de indivíduos presentes na sociedade. Somente mais tarde, com a desnacionalização do direito, a idéia de *libertas* com o *jus gentium* substituiu a de *civitas* como fundamento da vida jurídica, alcançando-se, posteriormente, por influência do helenismo com a formação da cultura greco-latina e da crise do Império Romano, a grande naturalização, estendendo-se a

²³ Cf. COULANGES, Fustel de. *A cidade antiga*. Trad. Pietro Nasseti. São Paulo: Martin Claret, 2002, p.217.

²⁴ A organização judiciária na Roma primitiva cabia aos pontífices que davam forma ao procedimento através de simbolismos e de rituais, não se podendo desconhecer o íntimo relacionamento entre direito (*ius*) e religião (*fas*) nos primeiros tempos de Roma, o que explica a razão por que o procedimento da *legis actiones* fosse por demais formalista e ritualístico. Sobre o tema Cf. CRUZ e TUCCI, José Rogério e AZEVEDO, Luiz Carlos de. *Lições de história do processo civil romano*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p.41.

²⁵ VILLEY, Michel. *Direito romano*. Trad. Fernando Couto. Porto: Res Editora, 1991, p.46. Com a ampliação dos domínios de Roma a afluência considerável de estrangeiros os pretores passam a estender a proteção judiciária semelhante àquela prestadas ao cidadão romano.

²⁶ CRUZ e TUCCI, José Rogério e AZEVEDO, Luiz Carlos de. *Lições de história do processo civil romano*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p.53.

cidadania romana (*civitas*) a todos os habitantes do Império.²⁷ Conclui-se, portanto, que a noção de proteção ou mesmo de permissão para proteção e exercício de direitos de natureza pública ou privada esteve sempre intimamente ligada à concepção de cidadania prevalente.

Em relação à Idade Média, em razão do enfraquecimento do que se conhecia como Estado na Antigüidade, principalmente o Estado nos finais da história romana, e da comparação com o Estado Moderno, foi difundida a idéia de que, com o prevalecimento das estruturas privadas, não teria havido um espaço público no sentido atual no medievo, o que levou alguns autores a afirmarem que apenas a Igreja representava algo público nesta época.²⁸ Com menos presença de estruturas estatais e de espaços públicos, a antiga noção de cidadania formada nas cidades antigas e conservada em Roma perderia a referência empírica. Nesse sentido, Marshall defende que:

Na sociedade feudal, o *status* era a marca distintiva de classe e a medida de desigualdade. Não havia nenhum código uniforme de direitos e deveres com os quais todos os homens – nobres e plebeus, livres e servos –eram investidos em virtude de sua participação na sociedade. Não havia, nesse sentido, nenhum princípio sobre a igualdade dos cidadãos para contrastar com princípio da desigualdade de classes.²⁹

Não é por acaso que a transição para o moderno, como assinala Nelson Saldanha, “envolveu entre outras coisas o advento de um novo sentido de ‘vida urbana’ aderido ao crescente papel do burguesia e do dinheiro”.³⁰ Gláucio Veiga, partindo da dialética expressa no binômio “integração-desintegração,” bem demonstra que para a desintegração do feudalismo foi necessário o ressurgimento das cidades e sua posterior desintegração, perda de autonomia, em favor do Estado Nacional.³¹ O próprio Marshall reconhecia que, em cidades medievais, podem ser encontrados exemplos de uma cidadania genuína e igual, todavia os direitos e deveres específicos eram estritamente locais, o que conflita com a cidadania estudada por Marshall que era de cunho nacional.³² Enquanto na Antigüidade a idéia de cidadão poderia ser visualizada na participação de determinados homens, naquilo que Nelson

²⁷ Cf. BARRETO, Tobias. *Sobre uma nova intuição do direito*. In **Estudos de Direito**. Campinas: Bookseller, 2000, p. 93/94.

²⁸ SALDANHA, Nelson. *O jardim e a praça: o privado e o público na vida social e histórica*. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1993, p. 77.

²⁹ MARSHALL, T.H. *Cidadania, classe social e status*. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1967, p. 64.

³⁰ *O jardim e a praça: o privado e o público na vida social e histórica* São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1993 p. 78.

³¹ VEIGA, Gláucio. *Integração econômica: problemática histórica e atual*. Recife: Mousinho, 1961, p. 8.

³² MARSHALL, T.H. *Cidadania, classe social e status*. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1967, p. 64.

Saldanha denominou de “fundo político comum,”³³ no Ocidente iluminista a idéia de cidadão compreende não só a participação na formação da vontade comum, mas também a vinculação ao orçamento estatal,³⁴ pois só deve pagar tributos quem está representado.³⁵

Marshall, ao estudar o caso inglês, cria uma tipologia da cidadania, dividindo-a em três elementos que ele defende mais por razões históricas do que por razões lógicas. Marshall ressalta que a cidadania não possui um caráter estático, mas, por que inserida em um processo social dinâmico, experimenta mutações causadas pelas contradições existentes dentro do próprio Estado capitalista. O autor visualiza, na cidadania, três partes ou elementos que ele denomina de civil, de político e de social. No elemento civil, o componente básico é a liberdade individual; no elemento político, o direito de participar do exercício do poder político e, no elemento social, o direito que vai de um mínimo de bem-estar econômico ao direito ao direito de participar por completo da herança social. Ante a clareza da exposição, transcreve-se a explicação de Marshall:

O elemento civil é composto dos direitos necessários à liberdade individual – liberdade de ir e vir, liberdade de imprensa, pensamento e fé, o direito à propriedade e de concluir contratos válidos e o direito à justiça. Este último difere dos outros porque é o direito de defender e afirmar todos os direitos em termos de igualdade com os outros e pelo devido encaminhamento processual. Isto nos mostra que as instituições mais intimamente associadas com os direitos civis são os tribunais de justiça. Por elemento político se deve entender o direito de participar no exercício do poder político, como um membro de um organismo investido da autoridade política ou como um eleitor dos membros de tal organismo. As instituições correspondentes são o parlamento e os conselhos do governo local. O elemento social se refere a tudo o que vai desde o direito a um mínimo de bem-estar econômico e segurança ao direito de participar, por completo, na herança social e levar a vida de um ser civilizado de acordo com os padrões que prevalecem na sociedade. As instituições mais intimamente ligadas com ele são o sistema educacional e os serviços sociais.³⁶

Marshall, além de decompor a cidadania nesses três elementos e indicar as instituições que de forma proeminente garantem o exercício desses três tipos de direitos, ainda

³³ SALDANHA, Nelson. *Ethos político, direitos e cidadania*. Anuário dos Cursos de Pós-Graduação em Direito da UFPE. Nº 9. Recife: Editora Universitária, 1998, p. 172-173.

³⁴ A atividade financeira é fundamental ao Estado Moderno, por possuir base fiscal, daí o acerto de se considerar a Constituição Financeira como questão constitucional crucial e sob uma perspectiva unitária, isto é, “concebendo receita e gasto público como duas caras de uma única realidade.” Cf. FEITOSA, Raymundo Juliano. *A constituição financeira como questão crucial do direito constitucional*. Anuário dos Cursos de Pós-Graduação em Direito da UFPE. Recife: Universitária, nº10, 2001. p. 243.

³⁵ “No taxation without representation” Cf. SALDANHA, Nelson. *Ethos político, direitos e cidadania*. Anuário dos Cursos de Pós-Graduação em Direito. Nº 9. Recife: Editora Universitária, 1998, p. 174.

³⁶ MARSHALL, T.H. *Cidadania, classe social e status*. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1967, p. 63-64.

elabora uma cronologia, sempre é preciso que se ressalte, visualizando o caso da Inglaterra, para o surgimento desses três elementos. A cidadania, no que se refere aos direitos civis, teria se universalizado na Inglaterra no século XIX, e meados do século XVIII, pois desde o século XVII todos os homens eram livres, havendo uma só lei para todos os homens. Em relação aos direitos políticos, o que houve foi uma doação de direitos já existentes a novos setores da população, consolidando-se no século XIX e início do século XX, e os direitos sociais no século XX³⁷. Os direitos políticos, no início, não estavam entre os direitos da cidadania, eram privilégio de determinadas classes e posteriormente foram ampliados por sucessivas reformas. Marshall defende, apesar disso, que a cidadania nessa época não era vazia de significado político, pois, apesar de não conferir um direito, reconhecia uma capacidade, uma vez que nenhum cidadão devido ao seu *status* pessoal era impedido de votar, pois se adquirisse determinado patrimônio poderia exercer os direitos políticos que estavam associados a esses fatos econômicos.³⁸

1.1.1. Cidadania civil, política e sócio-econômica.

A cidadania, partindo-se do seu elemento civil, é estruturada a partir da liberdade individual, gerando a figura do sujeito de direito, que é detentor da liberdade para contrair obrigações livremente, com a eliminação de corporações, dos privilégios de nascimento ou de grupos, criando-se uma igualdade formal perante a lei. A doutrina do direito civil sobre o negócio jurídico, contrato, autonomia da vontade, liberdade para contratar redimensiona essas figuras do direito romano para colocá-las a serviço do ideal burguês de vida. Houve, na transição para a modernidade, ou seja, da sociedade feudal para a capitalista, ligações inegáveis do capitalismo com a noção de sujeito de direito, fato que levou a Vera Regina Pereira de Andrade a defender que a cidadania civil seria legitimadora do próprio sistema capitalista. Com efeito:

Nesse sentido, a cidadania civil, enunciada pelo estado capitalista, especialmente a partir do século XVIII – que corresponde à fórmula do

³⁷ MARSHALL, T.H. *Cidadania, classe social e status*. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1967, p. 63-70.

³⁸ Marshall aduz ter sido próprio do sistema capitalista do século XIX tratar os direitos políticos decorrência secundária dos direitos civis. Já no século XX, os direitos políticos passaram a ter uma relação direta com a cidadania, transferindo a base deles de um substrato econômico para o *status* pessoal. Cf MARSHALL, T.H. *Cidadania, classe social e status*. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1967, p. 70.

sujeito de direito- constitui, por uma lado, o seu próprio fundamento. Sem dúvida esse o seu significado ideológico, aparecendo como uma “mediação” fundamental utilizada no processo legitimador, o que configura uma apropriação autoritária do seu sentido.³⁹

Apesar da força desse argumento, Nelson Saldanha demonstra que o liberalismo não pode ser explicado sob a ótica única do componente econômico, pois:

O liberalismo não foi apenas uma forma política, conjugada a um regime econômico. A ele correspondeu toda uma *Weltanschauung*, com uma dimensão filosófica, um padrão estético e uma pedagogia. Certos autores consideram o liberalismo um modo de perceber a própria figura do homem: ente essencialmente livre, racional, perfectível, cuja realização plena requer um determinado tipo de sociedade.⁴⁰

A própria Vera Regina Pereira de Andrade parece também reconhecer que a história de luta subjacente à positivação dos direitos civis, altamente vinculada ao ideal libertário contrário ao absolutismo monárquico, “corresponde a um processo revolucionário da história no qual o indivíduo encontra a sua pretensa garantia de liberdade – e igualdade – num Estado que, antes de capitalista, é um estado liberal-constitucional, ou seja, um estado de direito.”⁴¹

A igualdade nas relações civis levaria a um aumento paulatino do número dos habilitados à cidadania política. Na medida em que os homens eram formalmente iguais no comércio jurídico, podendo celebrar livremente contratos, dispondo sobre os efeitos em relação ao seu patrimônio, não haveria sustentação no tecido social para se limitar a participação política desses homens livres. Após vários estágios, que passam pelo sufrágio censitário (baseado na renda ou na condição social como os eclesiásticos) pelo voto dos alfabetizados até o voto feminino e dos analfabetos, há a ampliação da cidadania política. Vera Regina Pereira de Andrade chama atenção de que o sufrágio universal foi paradoxalmente uma conquista democrática de caráter libertário e, ao mesmo tempo, uma concessão que pode limitar a discussão sobre democracia e cidadania ao direito político de votar.⁴²

³⁹ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Cidadania: do direito aos direitos humanos*. São Paulo: Acadêmica, 1993, p. 75.

⁴⁰ SALDANHA, Nelson. *Formação da teoria constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 185.

⁴¹ ANDRADE, Vera Regina Pereira. *Cidadania: do direito aos direitos humanos*. São Paulo: Acadêmica, 1993, p. 75.

⁴² ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Cidadania: do direito aos direitos humanos*. São Paulo: Acadêmica, 1993, p. 8-81.

De forma similar ao que ocorrera com a cidadania política, a cidadania sócio econômica foi em grande parte impulsionada pela ampliação quantitativa da cidadania política. Com bem anota Vera Regina Pereira de Andrade:

Dessa forma, as potencialidades democráticas contidas na cidadania política concorrem historicamente para a emergência dos direitos sócio econômicos; ou seja, o próprio exercício dos direitos políticos vigentes – com o pressuposto da vigência da cidadania civil- se converteu em pilar de novas reivindicações, abrindo terreno para as políticas igualitárias do século XX.⁴³

Com a ampliação dos direitos inerentes à condição de cidadão, e com a coincidência dessa condição com a de pessoa humana, do Estado, porque inserido nos embates da sociedade, passam a ser cobradas ações concretas, inclusive assistenciais quando necessárias, que permitam o exercício da cidadania emancipado e real.

Essa constatação, contudo, não deve conduzir à redução do conceito de cidadania a um feixe de direitos a serem exigidos e garantidos integralmente pelo Estado. Ora, o Estado não é um ente alheio à sociedade ou aos homens que a compõe. Parafraseando Tobias Barreto, é possível conceber o Estado ao mesmo tempo como causa e efeito de ações humanas,⁴⁴ sendo o ente estatal uma síntese e, apenas, mais um sujeito, embora tenha grande importância,⁴⁵ na esfera pública como o mercado, por exemplo. Ademais, a condição de cidadão confere direitos, mas também exige deveres fundamentais, aspecto que começa a ser recuperado pela doutrina.⁴⁶ Nelson Saldanha destaca que, na sociedade, “entendida como tecido de normas, valores, injunções e exigências, são delineados direitos e obrigações, os quais são decorrentes da própria condição política dos homens, e de sua relação com determinado ordenamento.”⁴⁷

Análise interessante é a realizada José Casalta Nabais, de Coimbra, ao demonstrar a existência, ao lado de direitos fundamentais, de deveres fundamentais, dentre os

⁴³ ANDRADE, Vera Regina Pereira. *Cidadania: do direito aos direitos humanos*. São Paulo: Acadêmica, 1993, p. 83.

⁴⁴ BARRETO, Tobias. *Sobre uma nova intuição do direito*. In *Estudos de Direito*. Campinas: Bookseller, 2000, p. 93/94.

⁴⁵ TOURAINE, Alain. *As possibilidades da democracia na América latina*. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**. ANPOCS, julho, 1986, p. 9. Neste artigo Alain Touraine reconhece expressamente, na p. 9, que o Estado, como síntese da coletividade, é o agente principal da transformação histórica na América Latina e em outras partes do mundo.

⁴⁶ Nelson Saldanha chama atenção a essa questão ao afirmar: “É que existe o perigo de reduzir-se a figura da cidadania a um feixe de direitos como se somente de reivindicações fosse feita a condição do cidadão: quase não se fala dos deveres que correlativamente devem perfazer aquela condição.” Cf. SALDANHA, Nelson. *Ethos político, direitos e cidadania*. **Anuário dos Cursos de Pós-Graduação em Direito da UFPE**. Nº 9. Recife: Editora Universitária, 1998, p. 174.

⁴⁷ SALDANHA, Nelson. *Ethos político, direitos e cidadania*. **Anuário dos Cursos de Pós-Graduação em Direito da UFPE**. Nº 9. Recife: Editora Univsersitária, 1998, p. 176.

quais se encontram os custos financeiros dos direitos, razão para o surgimento de deveres fundamentais como o de pagar tributos, contribuindo-se para as despesas públicas, pois sendo a dignidade da pessoa humana o fim último que deve ser buscado pelo Estado, e sendo o Estado de base fiscal, os cidadãos têm que contribuir com tributos.⁴⁸ Pode-se utilizar como exemplo, no Brasil, a existência do art. 201 da Constituição da República, prevendo os riscos e contingências que devem ser cobertos pela previdência pública, e o art. 195 da mesma carta, prevendo como dever que toda a sociedade deve contribuir para o financiamento da seguridade social, elegendo-se hipóteses materiais para criação de tributos.

A cidadania, portanto, deve ser visualizada, na atualidade, como condição inerente ao cidadão de fruir de direitos civis, políticos, sócio-econômicos e ser responsável por determinados deveres perante o Estado do qual faz parte e perante a sociedade em que está inserido, para que o Estado seja instrumento apto à persecução dos valores considerados básicos pela sociedade, construindo-se uma cidadania emancipada que possa “civilizar” o mercado⁴⁹ e os outros sujeitos que determinam as organizações humanas.

1.1.2. Cidadania no Brasil

Discutir a cidadania, no Brasil, exige um olhar sobre o contexto histórico que deu origem ao país. Após o Tratado de Tordesilhas, Portugal e Espanha foram pressionados pelos demais países europeus a defender as terras recém-descobertas. Ora, mesmo para a Espanha, que encontrara de imediato, na América Espanhola, metais preciosos em abundância, significava um enorme desafio, tanto do ponto de vista dos recursos humanos como do econômico, a proteção de todo o império colonial. Essa circunstância explica o fato de a Espanha ter limitado a proteção ao centro de sua atividade mineira, o que não impediu a perda de importantes e estratégicas ilhas como as Antilhas. Para Portugal, a situação era muito mais

⁴⁸ “Propomos antes e apenas que os direitos e os deveres sejam colocados no mesmo plano constitucional. Pois tanto os direitos como os deveres fundamentais integram o estatuto constitucional do indivíduo, ou melhor da pessoa. Um estatuto que assim tem duas faces, ambas igualmente importantes para compreender o lugar que a pessoa humana deve ter na constituição do indivíduo, constituição que, como é bom de ver, deve estar em primeiro lugar. Efectivamente, a constituição do indivíduo ou dos direitos fundamentais deve preceder as outras constituições, a saber: a constituição política ou da organização política e a constituição económica ou da organização económica.” Cf. NABAIS, José Casalta. *A face oculta dos direitos fundamentais: os deveres e os custos dos direitos*. Disponível na internet: <<https://www.agu.gov.br/agu.htm>.> Acesso em [07/08/2003], p. 2-11.

⁴⁹ DEMO, Pedro. *Cidadania tutelada e cidadania assistida*. Campinas: Autores Associados, 1995, p. 157.

difícil, pois não foram encontrados metais preciosos. As atividades extrativas dos primeiros anos de colonização se mostravam incapazes de proteger as colônias das outras nações européias. Ademais, na Europa, nenhum produto agrícola era objeto de comércio em grande escala, à exceção de trigo que era, no entanto, produzido em abundância no continente,⁵⁰ quadro que se agravava ao se levar em consideração custos de frete, insegurança no transporte, além da mão-de-obra que deveria ser bem remunerada para deixar a Metrópole. Celso Furtado chega a afirmar que “a exploração econômica das terras americanas deveria parecer, no século XVI, uma empresa completamente inviável.”⁵¹

Contudo, a conjugação de fatores favoráveis permitiram a implantação da agroindústria açucareira no Brasil. O problema da técnica foi resolvido pelos portugueses que já produziam açúcar em outras ilhas do Atlântico; o problema do financiamento e do mercado foi resolvido pelos mercadores de Flandres, que detinham capital e eram especialistas no mercado intra-europeu, e puderam criar, em pouco tempo, um mercado de grandes dimensões para um produto novo; o problema da mão-de-obra foi resolvido pelos próprios portugueses que, à essa época, por conta das grandes navegações, já eram senhores de um mercado africano de escravos. Com a combinação desses fatores, independentemente de um plano geral, Portugal, no século XVII, já teria, sem encontrar metais preciosos em quantidade, avançado muito na ocupação das suas terras.⁵² A ocupação do Brasil, com portugueses senhores de engenho ou a eles agregados, com a exploração da mão-de-obra escrava negra e, em menor medida, indígena, com a destinação de todos os fatores de produção para o mercado externo representaria um enorme sucesso do capitalismo comercial português, mas, no entanto, criaria problemas na formação da cidadania no Brasil somente, em parte, superados no século XX.

O escravo, o índio e seus descendentes foram marginalizados no processo de formação do conceito de cidadão no Brasil.

Em relação ao índio, a legislação desde a Colônia vacilou entre o reconhecimento do mínimo de respeito que lhe era devido, pelo menos como objeto da redução à fé cristã, e à possibilidade de ser reduzido a escravo. O Regimento de 1548 legalizou a escravidão dos índios inimigos e a anterior Carta Régia permitiu a escravidão dos

⁵⁰FURTADO, Celso. *Formação econômica do Brasil*. 30ª ed. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 2001, p. 8.

⁵¹FURTADO, Celso. *Formação econômica do Brasil*. 30ª ed. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 2001, p. 8.

⁵²FURTADO, Celso. *Formação econômica do Brasil*. 30ª ed. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 2001, p. 12.

Caetés; a lei de D. Sebastião de 20 de março de 1570 determinou que os índios não podiam ser cativos, salvo se fossem tomados em guerra justa; a Provisão de 5 Julho de 1605 e a Lei de 30 de junho de 1609 consideravam o índio um homem livre, mas em 1.611 a Lei de 10 de setembro restabelece a escravidão, prevendo várias hipóteses em que ela era admitida. Como bem anota Martins Júnior: “Decretava-se, hoje, o cativo sem restrições; amanhã, a liberdade absoluta; depois, um meio-termo entre os dois extremos. Promulgava-se, revogava-se, transigia-se.”⁵³ E assim foi o tratamento do índio, avançando, em parte, com Pombal, retrocedendo com Dom João VI até ser considerado órfão em 1842. A República foi indiferente ao problema das terras indígenas, fixando no art. 64 da Constituição Federal de 1891 que as terra devolutas pertenciam aos Estados membros, com a única exceção para a União da porção do território que for indispensável para a defesa, sem que ninguém se lembrasse do índio.⁵⁴ Apenas em 1910 seria criado um serviço de proteção aos índios, os quais pelo art. 69, §1º da Constituição de 1891 eram considerados brasileiros natos.

A situação do negro não foi melhor. Reduzido à coisa era apenas mais uma engrenagem no capitalismo comercial no qual o Brasil Colônia participava com sucesso.⁵⁵ Mesmo o direito de alforria sem possibilidade de revogação só lhe foi conferido em 1871.⁵⁶ A cidadania brasileira era negada aos libertos africanos, embora fosse concedida ao branco nascido em qualquer local das possessões portuguesas através de simples opção, podendo os libertos africanos a qualquer momento, se a autoridade policial os considerasse suspeitos, serem deportados para a África.⁵⁷ Ao liberto brasileiro era negada a possibilidade de ser senador, deputado geral ou provincial, jurado, juiz de paz, promotor público, ministro, magistrado, diplomata ou oficial do exército. No projeto da Constituição elaborado pela constituinte fechada por Dom Pedro I, era negada cidadania até aos libertos nascidos no

⁵³MARTINS JÚNIOR, José Izidoro. *História do direito nacional*. Apud MIRANDA, Manuel da Costa et al. *A situação do índio perante a legislação antiga e moderna – 1912*. In **A cidadania no brasil: o índio e o escravo negro**. Brasília: Senado Federal, Centro de Estudos Estratégicos, Ministério da Ciência e Tecnologia, 2002, p. 12.

⁵⁴MIRANDA, Manuel da Costa et al. *A situação do índio perante a legislação antiga e moderna – 1912*. In **A cidadania no brasil: o índio e o escravo negro**. Brasília: Senado Federal, Centro de Estudos Estratégicos, Ministério da Ciência e Tecnologia, 2002, p. 39.

⁵⁵Celso Furtado demonstra que nem no período áureo da mineração houve uma atividade que gerasse mais divisas que a da agroindústria açucareira no Brasil Colônia, que enfrentava crises, mas mantinha os mesmos níveis de produção, reagindo com facilidade quando mercado oscilava em seu favor. Cf. FURTADO, Celso. *Formação econômica do brasil*. 30ª ed. São Paulo: Companhia Editora Nacional 2001, p. 12

⁵⁶FREITAS, Décio. *Os libertos*. In **A cidadania no brasil: o índio e o escravo negro**. Brasília: Senado Federal, Centro de Estudos Estratégicos, Ministério da Ciência e Tecnologia, 2002, p. 65.

⁵⁷FREITAS, Décio. *Os libertos*. In **A cidadania no brasil: o índio e o escravo negro**. Brasília: Senado Federal, Centro de Estudos Estratégicos, Ministério da Ciência e Tecnologia, 2002, p. 65.

Brasil,⁵⁸ o que demonstra o quanto eram emperdenidas as mentalidades. A essa situação de exclusão se juntava o voto censitário e a discriminação em termos mundiais das mulheres. É, sem dúvida, uma missão de gerações incluir verdadeiramente como cidadãos emancipados todos os brasileiros, quando se sabe que descendem de índios, negros, caboclos, crioulos, mamelucos aos quais durante séculos foi negada uma cidadania ainda que em termos formais. Mesmo depois de igualdade ser proclamada pela revolução francesa e atravessado os mares “o Brasil que oficialmente dizia observar essa regra, na prática, contudo, mantinha legalmente institucionalizada a escravidão, preservando como quase animais uma das maiores populações negras das Américas.”⁵⁹

Por outro lado, faltou ao Brasil um sentido de vida pública até a independência que existiu nos outros países latino-americanos, talvez pela ausência de imprensa e de universidades, talvez pelo predomínio do clero sem a presença de uma aristocracia originária que gerasse uma ordem política correlata ao poder do clero.⁶⁰ Foi com essa realidade, como anota Nelson Saldanha “com as estruturas ainda feudais e com o sentido personalista das coisas que, no Brasil, esbarrou o ideal iluminista de cidadão, oriundo da conversão do “súdito” em contribuinte e em eleitor. Um ideal cujo alcance estaria em ver em cada indivíduo sua dimensão pública.”⁶¹

A Constituição de 1891 exclui da cidadania política como grandes grupos além das mulheres os analfabetos, situação que só seria superada definitivamente em 1988. Por outro lado, o tratamento da cidadania nas Cartas Constitucionais brasileiras até 1988 induziu o saber jurídico a reduzir o seu conceito ao de nacionalidade, ou quando muito, ao seu elemento político.

Vera Regina Pereira de Andrade, em sua dissertação de mestrado, procedeu a uma pesquisa muito interessante sobre o discurso jurídico da cidadania no Brasil, a partir das obras de Direito Constitucional e Teoria Geral do Estado mais utilizadas nas Faculdades de Direito brasileiras. As obras que foram objeto de sua investigação são de autoria dos seguintes juristas: Afonso Arinos de Melo Franco, Arthur Machado Paupério, Celso Ribeiro Bastos, Dalmo de Abreu Dallari, Manoel Gonçalves Ferreira Filho, Paulino Jacques, Paulo

⁵⁸ FREITAS, Décio. *Os libertos. In A cidadania no Brasil: o índio e o escravo negro*. Brasília: Senado Federal, Centro de Estudos Estratégicos, Ministério da Ciência e Tecnologia, 2002, p. 66.

⁵⁹ ARAÚJO, Fernando. *Aspectos da história do direito no Brasil: opressão e bacharelismo: a gênese do positivismo no Brasil*. Recife: Editora Nossa Livraria, 2003, p. 261.

⁶⁰ SALDANHA, Nelson. *O jardim e a praça: o privado e o público na vida social e histórica*. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1993, p. 106-107.

⁶¹ SALDANHA, Nelson. *O jardim e a praça: o privado e o público na vida social e histórica*. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1993, p. 106.

Boonavides, Pedro Salvetti Netto, Pinto Ferreira e Sahid Maluf. A conclusão a que chegou foi a de que a cidadania no discurso jurídico dominante no Brasil é limitada e estática, reduzindo-se à análise da condição de nacional necessária para participação política no sentido limitado do voto.⁶² Essa constatação demonstra as dificuldades de tratamento do tema no Brasil, ainda hoje, apesar de diversos setores da doutrina perceberem um conteúdo bem mais amplo da cidadania após 1988. Baracho chegar a afirmar que a Constituição de 1988 “ampliou o conteúdo do termo ‘cidadania’ que não pode ser visto apenas em sua projeção política e jurídica clássica.”⁶³ Essa afirmativa de Baracho demonstra quão pobre e formalista se apresentava o discurso jurídico brasileiro que precisou de uma Constituição hiperbólica para “acordar” e observar que o conteúdo da cidadania vai muito além da atribuição da nacionalidade e do voto para os alfabetizados.

1.2. Estado X cidadão

Com forte assento na visão de Marshall, que visualiza a cidadania como um estatuto direitos e deveres, é fácil perceber a sua íntima ligação com uma instituição que garanta ou prometa garantir⁶⁴ a fruição desses direitos e exigir o cumprimento dos deveres.⁶⁵ Essa instituição foi historicamente o Estado Moderno, razão por que desde o liberalismo político tem-se que, senão contra, a cidadania deve ser exercida em face do Estado ou pelo menos tendo o Estado como um sujeito importante para possibilitar o seu exercício. No elemento civil, o Estado deverá garantir as liberdades; no político a ampliação do número de pessoas legitimadas a participar do exercício, ainda que de forma indireta, do poder político; no elemento social, cobram-se do Estado atitudes afirmativas, positivas para que seja assegurado aos cidadãos pelo menos um mínimo existencial.⁶⁶

Na atualidade, em paralelo a investidas neoliberais, ressalte-se de cunho mais econômico que político, firma-se a cidadania com os procedimentos de discussão no espaço

⁶² ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Cidadania: do direito aos direitos humanos*. São Paulo: Acadêmica, 1993, p. 29.

⁶³ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Teoria geral da cidadania: a plenitude da cidadania e as garantias constitucionais e processuais*. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 5.

⁶⁴ NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: Acadêmica, 1994, *passim*.

⁶⁵ NABAIS, José Casalta. *A face oculta dos direitos fundamentais: os deveres e os custos dos direitos*. Disponível na internet: <<https://www.agu.gov.br/agu.htm>> Acesso em [07/08/2003], p. 11.

⁶⁶ TORRES, Ricardo Lobo. *Curso de direito financeiro e tributário*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 60.

público, o qual o Estado e até mesmo os mecanismos internacionais de integração devem garantir para permitir a discussão democrática em uma sociedade hipercomplexa,⁶⁷ fragmentária e na qual a idéia de espaço público superou em muito a noção de atividade estatal. Habermas, ao discutir a integração em seu continente, chega a “profetizar” que não haverá legitimação na União Européia sem a formação de um espaço público europeu que permita uma interação entre as formas institucionalizadas de tomadas decisões e a opinião pública diversificada.⁶⁸ Há, na atualidade, diversos espaços públicos não estatais, que, no entanto, se não sofrem a intervenção da sociedade e do Estado são influenciados por eles ou se dirigem a eles pelo menos para se tentar preservar o exercício da cidadania.

Pode-se citar, na esteira de Boaventura de Sousa Santos, no Brasil, os novos movimentos sociais de mais variadas matizes, a exemplo das Comunidades Eclesiais de Base – CEBs, movimentos ecológicos, feministas e setores de movimentos jovens entre outros como espaços não estatais de afirmação da subjetividade perante a cidadania, os quais independente do sucesso individual de cada movimento, da natureza, fazem parte da agenda política atual.⁶⁹ Ressalte-se, por oportuno, que os novos movimentos sociais não recusam a política, mas, ao contrário, alargam o campo político, politizando o social, o cultural, o ecológico. Como defende Boaventura de Sousa Santos:

A politização do social, do cultural e, mesmo, do social abre um campo imenso para o exercício da cidadania e revela, no mesmo passo, as limitações da cidadania de extração liberal, inclusive da cidadania social, circunscrita ao marco do Estado e do político por ele constituído.⁷⁰

O exercício da cidadania não pode esperar, como já ressaltado neste capítulo, um Estado máximo a quem compete realizar tudo na sociedade, um Estado assistencialista ao extremo ao ponto de não permitir a emancipação e a independência dos próprios indivíduos.⁷¹

O Estado não deve ser visto como único responsável nem como um ente artificial e estranho aos embates sociais e aos cidadãos, mas antes como síntese dos valores e normas defendidos pelos indivíduos no seio social. O Estado deve ser entendido, portanto,

⁶⁷ RABENHORST, Eduardo Ramalho. *Dignidade humana e moralidade democrática*. Brasília: Brasília Jurídica, 2001, p. 48.

⁶⁸ HABERMAS, Jurgen. *La unión europea necesita un marco constitucional?* Trad. Bernardo Bolañas. **Boletín Mexicano de Derecho Comparado**. a: xxxv, nº 105, septiembre-diciembre de 2002, p. 965.

⁶⁹ SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela mão de alice: o social e o político na pós-modernidade*. 8ª ed. São Paulo: Cortez, 2001, p. 262/264.

⁷⁰ SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela mão de alice: o social e o político na pós-modernidade*. 8ª ed. São Paulo: Cortez, 2001, p. 263.

⁷¹ DEMO, Pedro. *Cidadania tutelada e cidadania assistida*. Campinas: Autores Associados, 1995, p. 30.

como um meio especialíssimo de serem atingidos os valores sociais e constitucionais básicos como a dignidade da pessoa humana, o que, contudo, não permite esquecer que ele não é o único sujeito na tecitura social, muito menos na esfera pública que foi ampliada tanto pelos movimento sociais de base, como pelo mercado “globalizado,” como pelos mecanismos e organizações internacionais destinados a diversas finalidades, inclusive integração. Todavia, o posicionamento que se defende, no presente estudo, é que o Estado para os cidadãos ainda tem muita importância e se constitui em um instrumento por meio do qual as pessoas, os cidadãos podem participar, dialogar com os outros sujeitos gigantes em nível mundial como o mercado, por exemplo. O Estado não é, assim, algo estranho aos indivíduos, mas, em cada meio, é a construção histórica que se fez possível para garantia da cidadania da maneira como é concebida em cada sociedade.

Na atualidade, as liberdades constitucionais, asseguradas por garantias também constitucionais, têm caráter fundamental no Ocidente contemporâneo.⁷² E ao Estado cabe um papel importante, assegurando essas garantias para a efetividade dos direitos. Como bem assevera Nelson Saldanha:

Pode-se dizer que a presença da proteção aos direitos configura uma medida das relações entre o ordenamento jurídico-estatal e a concepção ético-política vigente. Persista embora a indagação sobre o cunho pré-estatal dos direitos, portanto seu sentido jusnaturalístico, a aceitação da necessidade da proteção a eles constitui um dado concreto da cultura jurídico-política contemporânea. É dentro dessa cultura, que inclui um *ethos* heterogêneo mais ainda não totalmente inviável, que se coloca também a problemática da cidadania: um conceito em que ao perfil político jurídico tem se acrescentado uma série de exigências éticas.⁷³

Em razão dessas observações, proceder-se-á à análise da participação (intervenção) do Estado na sociedade e na economia, o que reflete nos seus deveres, com especial atenção às transformações por que vem passando Estado brasileiro.

1.2.1. Atuação do Estado frente à sociedade

⁷² SALDANHA, Nelson. *Ethos político, direitos e cidadania*. Anuário dos Cursos de Pós-Graduação em Direito da UFPE. Nº 9. Recife: Editora Univsersitária, 1998, p. 171.

⁷³ SALDANHA, Nelson. *Ethos político, direitos e cidadania*. Anuário dos Cursos de Pós-Graduação em Direito da UFPE. Nº 9. Recife: Editora Univsersitária, 1998, p. 175.

Ao Estado, sob inspiração do liberalismo clássico, poucas funções eram atribuídas, devendo o ente estatal, apenas, garantir as liberdades clássicas, reconhecidas pela revolução francesa, procurando-se intervir o menos possível na economia. Esta postura foi determinante para o desenvolvimento do capitalismo em sua fase industrial, pois, como lembra Gláucio Veiga, Marx, no livro I do *Das Kapital*, observou que a máquina provocou uma verdadeira revolução, alargando o exército industrial de reserva e aumentando o grau de exploração, pois reduzindo o componente muscular da força, a máquina tornou proletária a força de trabalho infantil e feminina.⁷⁴

Em trabalho específico acerca da problemática do abuso do poder econômico, Gláucio Veiga assinala que os países europeus, principalmente a Inglaterra, iniciaram o processo de desenvolvimento sem contar com a resistência do operariado ou de outros mecanismos estatais de controle, concluindo que “a acumulação capitalista da Inglaterra só foi possível graças à tremenda exploração da força de trabalho.”⁷⁵

Esse regime de liberdade, em um sistema capitalista que repele qualquer forma de planificação da atividade econômica e que almeja o lucro incessantemente, sem limites, acaba por comprometer a própria liberdade que deveria caracterizar o liberalismo. Dialeticamente, o liberalismo suprime as corporações de ofício em nome da liberdade de mercado, mas acaba por comprometer essa mesma liberdade quando, por exemplo, possibilita a formação de grandes grupos econômicos que monopolizam determinados segmentos do mercado, gerando, ainda no final do século passado, instrumentos legislativos de intervenção, conhecidos como leis *anti-trust*, leis estas que, através da possibilidade de o Poder Público intervir, tentavam assegurar a concorrência prometida pelo modelo de Estado Liberal e inexistente em sua forma perfeita no mundo real. Afora esse aspecto, os trabalhadores começavam a se organizar nas *Trade Unions*, buscando uma melhoria das condições laborais e a valorização da mão-de-obra.

Os defeitos do sistema capitalista, baseado na doutrina liberal clássica, a exemplo da formação de monopólios, do agravamento da tensão entre capital e trabalho, da incapacidade de auto-regulação dos mercados, aliados à crise do capitalismo no pós-guerra,

⁷⁴ Cf. VEIGA, José Gláucio. *Revolução keynesiana e marxismo*. Recife, edição do autor, 1954, p. 22/23

⁷⁵ *Abuso do poder econômico*. **Revista da Faculdade de Ciências Econômicas da Universidade do Recife** nº1, junho. Recife, 1962, p. 6. O autor, neste artigo, faz interessante comparação entre os países europeus que iniciaram o desenvolvimento do capitalismo, em sua fase industrial, desde o início da revolução industrial e aqueles países que só iniciaram a partir da segunda metade do século XIX, a exemplo dos Estados Unidos da América que, em paralelo ao desenvolvimento de sua indústria, encontraram uma maior capacidade de mobilização do proletariado, o que explica, por exemplo, o porquê de a Inglaterra ter utilizado em escala bem maior o trabalho infantil que os EUA.

levariam à atribuição de nova função ao Estado.⁷⁶ O Estado passa a pretender controlar o lucro em todos os setores da economia. Nesse sentido, a Constituição Mexicana de 1917, inaugural em muitos aspectos, proíbe, no artigo 28, a formação de monopólios ou de qualquer forma de concentração econômica que prejudique a livre concorrência.⁷⁷ É preciso, desde já, ressaltar que, na experiência histórica, estamos, por vezes, “dobrando esquinas,”⁷⁸ esquinas estas que não são “dobradas” de uma vez, o que de pronto deve desmistificar a idéia de que o Estado liberal se ausentava totalmente de qualquer intervenção na economia, da mesma forma que o Estado intervencionista não intervinha em todos os aspectos do econômico. Nesse sentido, observa-se, por exemplo, nos Estados Unidos, já em 1890, a *Sherman Anti-Trust Act*, que visava a combater a formação de grupos que restringissem o comércio, *restraint of trade*.

No entanto, com a crise de 1929, restaram demonstrada a superação do sistema então vigente e a necessidade de o Estado intervir na economia, ora assumindo a posição de sujeito da atividade econômica, ora agindo como fomentador, estimulando e planificando a atividade econômica. Utilizando-se as idéias Keynes, o Estado intervencionista tentava **revisar**⁷⁹ e não revolucionar o capitalismo, com a intenção de salvá-lo de mais de suas crises que revelavam superprodução, retração de mercados entre outros aspectos já citados.

É nesse mesmo momento histórico, como *crash* de 1929, que se assiste ao que se denominou de Estado do Bem-Estar-Social ou de *Welfare State*, no qual o Estado aparece como elemento propulsor do desenvolvimento social, buscando o pleno emprego e as condições de vida dignas para toda a população. É certo, porém, que os benefícios não se estenderiam com a mesma intensidade aos diversos países subdesenvolvidos, que, não obstante terem seguido um modelo intervencionista que consagrava os direitos chamados sociais ou direitos humanos de segunda geração, não conseguiram proporcionar a maior

⁷⁶ GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na constituição de 1988*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 15.

⁷⁷ VEIGA, José Gláucio. *Direito econômico: fundamentos, globalização, desglobalização, disfunção do direito*. Mimeografado. Recife, 2001, p. 14.

⁷⁸ Aula da disciplina de Direito Econômico ministrada pelo Professor Doutor Gláucio Veiga no 2º semestre do ano de 2001 nos cursos de mestrado e doutorado em direito da UFPE.

⁷⁹ Em trabalho inaugural, no país, o Professor Gláucio Veiga, ao analisar o conceito de revolução em Marx e em Keynes, termina por concluir que, embora muitos vejam semelhanças entre os dois estudiosos do capitalismo, eles não se conciliam, pois enquanto Marx do ponto de vista teórico provoca uma revolução, Keynes, desprovido de formação filosófica, propôs uma mera revisão do sistema capitalista em crise. Cf. VEIGA, José Gláucio. *Revolução keynesiana e marxismo*. Recife, edição do autor, 1954, p. 48. Não obstante a originalidade indiscutível deste trabalho (tese apresentada em concurso à Congregação da Faculdade de Direito de São Paulo), na época em que veio à luz, o autor, com profunda responsabilidade histórica e reconhecimento dos méritos dos seus antecessores na Faculdade de Direito do Recife, nos lembra ter sido o Professor Alfredo Freyre o primeiro a invocar Keynes no Brasil. Cf. PEREIRA, Nilo. *A faculdade de direito do Recife: ensaio biográfico*. Vol. II. Recife: Editora Universitária, 2002, p. 545.

parcela da população a efetivação dos referidos direitos,⁸⁰ o que autoriza a afirmação de que algumas repúblicas latino-americanas migram hoje para o modelo neoliberal sem terem efetivado em termos práticos o Estado do Bem-Estar-Social.

O Estado, no exercício de suas atribuições institucionais, e, em atenção ao modelo adotado pela sua Constituição Econômica,⁸¹ pode intervir na atividade econômica através de três vertentes básicas. Guiando-nos pelas lições de Francisco Cavalcanti, essas vertentes são as seguintes:

a) O Estado como sujeito da atividade econômica; b) o Estado como ente regulador, basicamente com o exercício do poder de polícia sobre as atividades econômicas [tendo, também, as atividades de planificação]; c) o Estado exercendo as atividades indutoras, através, p.ex., da política fiscal e creditícia no sentido de motivar atividades consideradas relevantes para o desenvolvimento econômico e social. Com essas formas o Estado influenciava o exercício das funções alocativa, redistributiva e estabilizadora.⁸²

A depender do período histórico, verifica-se que o Estado brasileiro utilizara mais acentuadamente uma ou outra vertente. Por exemplo, com a revolução de 1930, o Estado se apresenta não só como grande planificador da atividade econômica, como também como sujeito da atividade econômica, passando a atuar diretamente nessa atividade em áreas tão distintas como siderurgia, fabricação de automóveis pesados, geração de energia elétrica e exploração de minério de ferro⁸³. Hoje, assiste-se a um fluxo em sentido contrário. Ressalte-se, **hoje**, pois podemos afirmar que o modelo getulista só foi completamente desmontado com as últimas reformas à Constituição de 1988. Já se assistiu, em nosso país, como exemplo da

⁸⁰ HOBBSBAWM, Eric. *Era dos extremos - o breve século XX (1914-1991)*. São Paulo: Companhia das Letras, 1995, p.255. Até hoje, no Brasil, não obstante os princípios constitucionais existentes desde 1934 a 1988, a educação e saúde oferecidas à população, embora cada vez mais massificadas, apresentam-se de baixa qualidade regra geral.

⁸¹ Mesmo nas Constituições liberais, havia dispositivos que consagravam uma ordem econômica liberal, tais como os relativos à propriedade privada, à liberdade contratual, aos quais se acrescentavam outros de natureza infraconstitucional. O diferencial é que essas Constituições não precisavam dispor de modo mais explícito sobre uma ordem econômica constitucional, pois, como bem anota Eros Roberto Grau, a ordem adotada no mundo do ser não merecia reparos, o Estado não precisava nem deveria intervir. CF. *A ordem econômica na constituição de 1988*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 54.

⁸² CAVALCANTI, Francisco. *Reflexões sobre o papel do estado frente à atividade econômica*. **Caderno de Direito - 3**. Recife: APPE, junho, 1997, p. 63.

⁸³ É um dado histórico interessante o fato de os entes da administração indireta que inicialmente, assumiram o desempenho dessas atribuições terem sido criados como autarquias, as quais posteriormente foram extintas e substituídas por Sociedades de Economia Mista, forma que melhor atende à dinâmica da atividade econômica, principalmente, com perdão do quase pleonismo, concorrencial.

vertente fomentadora, indutora da atividade econômica, “à transferência de receita pública ao setor privado,”⁸⁴ com bem anota Gláucio Veiga ao tecer comentários sobre a extinta Sudene.

A doutrina neoliberal, que teve, no Brasil, representantes do porte de Roberto Campos, encontra a sua origem em mais uma crise cíclica do sistema capitalista. Como bem anota Danielle Andrade e Silva,⁸⁵ após a segunda guerra mundial e, principalmente na década de 60, tem início uma crise estrutural da economia mundial, provocando ou provocada por uma acumulação exarcebada de capitais e mercadorias, exigindo-se um mercado ainda mais amplo frente a um poder aquisitivo decrescente da população. Assiste-se, segundo a citada autora, a fechamentos de fábricas, à queima de colheitas e a demissões em massa. Em consequência, a burguesia diminui os seus investimentos em produção e passa a investir em especulação financeira, levando ao endividamento de diversos países, a exemplo do Brasil, que nesse período encontrou crédito aparentemente fácil, que o tornaria, contudo, no futuro, um grande devedor e dependente de recursos externos.

É nesse ambiente histórico que surgem os três principais pensadores neoliberais, a saber Ludwig Von Mises, Milton Friedman e Friedrich August Von Hayek.⁸⁶

As idéias desses três pensadores, Friedman e Hayek, ganhadores do prêmio Nobel de Economia e Von Mises, expoente da escola austríaca de economia,⁸⁷ consistiam em reação teórica e política contra o Estado Intervencionista e de Bem-Estar.⁸⁸ O texto de origem é “O Caminho da Servidão,” de Friedrich Hayek, escrito já em 1944. Trata-se de um ataque apaixonado contra qualquer limitação dos mecanismos de mercado por parte do Estado, denunciada como uma ameaça letal à liberdade, não somente econômica, mas também política.⁸⁹ As idéias desses pensadores, a que se aglutinaram outros, foram postas em prática

⁸⁴ VEIGA, Gláucio. *Direito econômico: fundamentos, globalização, desglobalização, disfunção do direito*. Mimeografado. Recife, 2001, p. 26.

⁸⁵ ANDRADE E SILVA, Danielle Souza. *A feição intervencionista e os descaminhos do neoliberalismo*. **Revista do TRT da 6ª Região**. Recife: TRT 6ª Região, 2001, p. 41/42.

⁸⁶ COSTA, José Ricardo Caetano. *Previdência e neoliberalismo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 32.

⁸⁷ COSTA, José Ricardo Caetano. *Previdência e neoliberalismo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 34.

⁸⁸ DIAS, Maurício Leal. *O neoliberalismo é intervencionista?*. Disponível em <[Http://www.foj.us.com.br/area3/mauricio_leal.htm](http://www.foj.us.com.br/area3/mauricio_leal.htm)> Acesso em [14 de fevereiro de 2002], *passim*.

⁸⁹ Segundo Maurício Dias Leal, Hayek acusa ainda o planejamento e o Estado providência de levarem à tirania. Neste verdadeiro tratado político, Hayek enquadra o mercado e o progresso numa moldura evolucionista. Hayek partiu para apresentar o mercado como um sistema sem rival de informação: preços, salários, lucros altos e baixos são mecanismos que distribuem informação entre agentes econômicos de outra forma incapazes de saber, já que a massa colossal de fatos economicamente significantes está fadada a escapar-lhes. A intervenção do Estado é má porque faz com que a rede de informações do sistema de preços emita sinais enganadores, além de reduzir o escopo da experimentação econômica. Quanto ao progresso, este ocorre através de uma miríade de tentativas e erros feitos pelos seres humanos, pois a evolução social procede mediante “a seleção por imitação de instituições e hábitos bem-sucedidos.” Cf. DIAS, Maurício Leal. *O neoliberalismo é intervencionista?*

na Inglaterra de Thatcher no final da década de 1970 e, nos EUA, com Regan e posteriormente impostas a diversos países em "fase de desenvolvimento"⁹⁰. É necessário mais uma vez advertir que foram colocadas em prática de acordo com os interesses dos países desenvolvidos, pois as economias européias, americana e japonesa continuaram tão protecionistas quanto antes nos setores que lhe são estratégicos, rejeitando abertamente a idéia de mercado livre.⁹¹

É essa nova roupagem do liberalismo econômico que serviu de fundamento teórico para as diversas reformas no modelo de Estado brasileiro realizadas nos últimos anos.

1.2.2. Estado brasileiro na atualidade

O modelo traçado pelo constituinte de 1988 vem sendo⁹² fortemente alterado através de Emendas Constitucionais, que modificaram de maneira significativa a intervenção do Estado na economia. Esta política reformista, do ponto de vista normativo, inicia-se com as Emendas Constitucionais de nº 06/95, 08/95, 09/95 e 19/98, sendo esta última a que completou o ciclo de reformas do Estado interventor. Com a elaboração do Plano Nacional de Desestatização e a promulgação das Leis nº 8.987/95 e 9.074/95, assistiu-se a uma redução relevante da participação do Estado como agente econômico.

É interessante observar terem os dispositivos constitucionais que previram as garantias para que a iniciativa privada e o capital estrangeiro assumissem a prestação dos serviços públicos através de concessão e permissão, também previsto uma lei de proteção aos usuários dos serviços públicos até hoje não elaborada. De pronto, vê-se que a fórmula neoliberal aqui adotada compromete-se primeiro com o mercado, com a garantia de lucros e deixa a lei de proteção dos usuários dos serviços públicos com uma mera promessa. A situação só não é mais grave do ponto de vista normativo em razão da existência do Código

Disponível em <[Http://www.foj.us.com.br/area3/mauricio_leas.htm](http://www.foj.us.com.br/area3/mauricio_leas.htm)> Acesso em [14 de fevereiro de 2002], p. 2.

⁹⁰ Como já se afirmou, é esquema simplista acreditar em fase de desenvolvimento, como se houvesse momentos de um processo que necessariamente levasse ao desenvolvimento. O que há, e isso materialismo histórico demonstra de modo certíssimo, são esquemas de maior ou menor dominação.

⁹¹ Caso interessante é o relativo aos subsídios à agricultura. No mundo interior, essa atividade goza de especial atenção e proteção, notadamente na Europa e nos EUA, no entanto, o Brasil pouco incentiva esse setor e o deixa competir livremente, no mercado interno, com produtos produzidos com custos baixíssimos em outros países como o exemplo da pluma de algodão importada da Índia para pagamento como prazo de 180 ou 360 dias.

⁹² CAVALCANTI, Francisco. *Agências reguladoras no direito administrativo brasileiro*. (tese de titularidade) Recife, 1999, p. 6.

de Defesa do Consumidor, pois, caso este não existisse, a população estaria sem qualquer mecanismo efetivo de defesa.

As reformas foram tocadas pelo extinto MARE (Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado), procurando-se transformar uma administração baseada na racional-burocracia em uma administração gerencial.⁹³ O então Ministro do MARE, Luiz Carlos Bresser Pereira,⁹⁴ em exposição de motivos dirigida ao Senado da República, defende a proposta de se ter como existentes, dentro do Estado, quatro setores: **o núcleo estratégico**, formado pelos poderes judiciário, legislativo, Presidência da República e Cúpula dos Ministérios; **as atividades exclusivas**, que inclui a polícia, as forças armadas, os órgãos de fiscalização e de regulamentação e os órgãos responsáveis pela transferência de recursos, como Sistema Unificado de Saúde; **os serviços não exclusivos ou competitivos do Estado**, que são aqueles que, embora não envolvendo poder de Estado, são por ele realizados e/ou subsidiados porque considerados de alta relevância, a exemplo de Universidades, Hospitais, Centros de Pesquisa e Museus; **produção para o mercado**, que é realizada pelo Estado através de sociedades de economia mista, que operam em setores de serviços públicos e/ou em setores considerados estratégicos.

Essa nova perspectiva organizacional tem como conseqüências, desejadas e previstas na reforma promovida pelo governo federal, a criação de um espaço público não-estatal, a ser preenchido pela organizações sociais e organizações sociais da sociedade civil de interesse público⁹⁵ em atividades como a de centros de pesquisa, a de hospitais, a de universidades, a de museus, através de contratos de gestão celebrados com o Poder Público.

⁹³ A administração racional-burocrática, que teve como expoente máximo o modelo francês, caracteriza-se pela divisão do trabalho, hierarquia, regulamentação detalhada, organização funcional em carreira, especialização, profissionalismo, ingresso através de concurso público, impessoalidade e formalismo. A gerencial tem como características a descentralização política, descentralização administrativa, pressuposto da confiança limitada, controle por resultados *a posteriori* e administração voltada para o atendimento ao cidadão. Cf. PEREIRA, Kylce Anne de Araújo. *O princípio da eficiência administrativa e suas implicações na atual ordem constitucional brasileira*. Estudantes-Caderno Acadêmico. Recife: Bagaço, a:4, jan-jun, 2000, p. 159. **É preciso que se tenha muito cuidado ao se atribuir qualquer parcela de responsabilidade dos graves defeitos que a administração pública brasileira possui ao modelo racional burocrático, pois, no Brasil, esse modelo nunca foi totalmente adotado.** O que se verifica, ao longo da história, são tentativas de moralizar e meritocratar a administração sempre entrecortadas por más influências políticas, clientelismo, nepotismo, superposição de órgãos para formação de cabides de emprego, ingresso sem concurso público, efetivação de servidores sem concurso, criação em cascata de cargos em comissão, enfim, falta de moralidade, de impessoalidade, de legalidade e de compromisso no trato da coisa pública que nem o DASP, nem a ditadura militar, nem muito menos a Constituição de 1988 conseguiram resolver.

⁹⁴ PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. *Exposição no senado sobre a reforma da administração pública*. Brasília: Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado, 1997, p. 24-25.

⁹⁵ Sobre a distinção entre organizações sociais e organizações de interesse público Cf. ANTUNES, Tiago Aguiar. *Aspectos comparativos entre as organizações sociais e as organizações sociais da sociedade civil de interesse público*. Estudantes-Caderno Acadêmico. a:4, nº6, Recife, Bagaço, 2000, p. 167-181.

Em relação aos bens e serviços para o mercado, a idéia da reforma, já concretizada no mundo dos fatos, é a privatização, lastreada no **princípio da subsidiariedade**⁹⁶ que prega ter o Estado o dever de se abster de participar de atividades que o particular tem de exercer por conta própria.

O próprio Bresser Pereira chega a afirmar que a privatização “está de acordo com a concepção de que o Estado moderno, que prevalecerá no século XXI, deverá ser um Estado regulador e transferidor de recursos e não um Estado executor.”⁹⁷ O Brasil, portanto, ao promover a sua reforma administrativa e concretizar a privatização, tanto no sentido estrito, consistente transferência de ativos e ações para o setor privado, ou seja, como sinônimo de desestatização,⁹⁸ movimento que remonta ao governo Collor (Lei nº 8.031/90, alterada pela Lei nº 9.491/97) e foi capitaneado pelo BNDES, quanto no sentido amplo que compreende qualquer medida que tenha como objetivo a desregulação, desmonopolização e tercerização, afastou a presença estatal de vários setores da atividade econômica. No Brasil, afora a privatização de empresas estatais que exploravam minério, tivemos a privatização, através do martelo de leilão, da exploração, em diversos Estados, da distribuição da energia e do sistema de telecomunicações, antes sob controle do governo federal, entre outros.

Dialeticamente, embora em um sentido bipolar, à medida em que o Estado brasileiro deixou de intervir com sujeito da atividade econômico em diversas áreas, principalmente nas relativas a serviços públicos, cuja exploração foi concedida a particulares, surgiu a necessidade de se criarem mecanismos de controle, de regulação. Utilizando-se, sem, evidentemente, pretender-se rigor científico, mas forte capacidade ilustrativa, do binômio “integração-desintegração,”⁹⁹ pode-se aduzir que desintegrou-se o Estado executor, e, por isso, surgiu a necessidade de integração do Estado regulador.

Francisco Cavalcanti, na tese apresentada em seu concurso de titularidade, destaca o fato ao afirmar que:

Aquela necessidade de exercício do poder regulador e de polícia é observável como maior nitidez no tocante às atividades econômicas,

⁹⁶ ANTUNES, Tiago Aguiar. *Aspectos comparativos entre as organizações sociais e as organizações sociais da sociedade civil de interesse público*. **Estudantes-Caderno Acadêmico**. a:4, nº6, Recife: Bagaço, 2000, p. 169.

⁹⁷ PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. *Exposição no senado sobre a reforma da administração pública*. Brasília: Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado, 1997, p. 24-25.

⁹⁸ ANTUNES, Tiago Aguiar. *Aspectos comparativos entre as organizações sociais e as organizações sociais da sociedade civil de interesse público*. **Estudantes-Caderno Acadêmico**. a:4, nº6, Recife: Bagaço, 2000, p. 169.

⁹⁹ VEIGA, Gláucio. *Integração econômica: problemática histórica e atual*. Recife: Mousinho, 1961, p. 8.

sobretudo, quando o Estado se afasta, passando a serem essas atividades exercidas por empresas privadas.¹⁰⁰

Juan Carlos Cassagne, analisando a realidade de seu país, também chega a semelhante conclusão ao afirmar que:

El fenómeno de la privatización, al abarcar la transferencia al sector privado de la gestión de los servicios públicos que antes prestaban empresas estatales, há generado la correlativa necesidad de regular esas actividades para proteger debidamente los intereses de la comunidad¹⁰¹

A opção brasileira foi adotar o modelo das agências reguladoras, de inspiração norte-americana e que encontram similaridade na Europa nas autoridades administrativas autônomas.

Esses entes, muito comuns no sistema anglo-saxão, caracterizam-se por especialização técnica na área a ser regulada, independência da direção, geralmente órgão colegiado e cujos dirigentes não podem ser exonerados *ad nutum* pelo Chefe do Executivo, e independência financeira. Esses aspectos, embora retirem qualquer substrato de legitimação democrática, pois a chancela pelo Senado tem se mostrado meramente formal, visam a garantir autonomia e a manter as agências reguladoras imunes a pressões políticas. No entanto, no Brasil, tem se verificado um verdadeiro “loteamento” político das direções das agências, bem como essas vêm se apresentando extremamente tímidas e desaparelhadas para consecução de seus objetivos.¹⁰² No Brasil, já há, dentre outras, a Agência Nacional de Telecomunicações - ANATEL, a Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL, a Agência Nacional de Vigilância Sanitária - ANVS e algumas agências estaduais, todas com a garantia de independência para os seus dirigentes, o que não ocorreu no passado, por exemplo, com o CADE, sendo uma das razões de sua ineficiência.

Ocorre, no entanto, que o Estado brasileiro, em razão dos princípios consagrados na Constituição, não pode, sob o pretexto da regulação, se abster de sua responsabilidade perante o cidadão.

¹⁰⁰ CAVALCANTI, Francisco. *Agências reguladoras no direito administrativo brasileiro*. (tese de titularidade) Recife, 1999, p. 10.

¹⁰¹ CASSAGNE, Juan Carlos. *La intervencion administrativa*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, p. 151

¹⁰² Exemplo dessa ineficiência encontramos na ANATEL, que tem sido incapaz de coibir os abusos que vêm sendo cometidos, por exemplo, por operadoras telefônicas que desrespeitam várias resoluções da agência reguladora no Estado de Pernambuco. Existe, inclusive, uma associação de insatisfeitos com uma operadora no Recife.

Prestando o Estado ele mesmo ou através terceiros os serviços básicos para vida na sociedade atual, não se pode perder de vista que ele, o Estado, como síntese de valores da sociedade, é que deve responder quando a sua ação ou omissão, como executor ou regulador, comprometam os direitos inerentes à cidadania que de há muito não estão circunscritos ao elemento político, mas ao sócio-econômico, ao ambiental, ao patrimônio genético. Se não fosse para o Estado assumir esse papel de garantidor da cidadania, assumindo ele de forma clara a sua irresponsabilidade, seria lícito afirmar que o fundamento ético de sua existência na sociedade hipercomplexa,¹⁰³ que é a proteção da cidadania e da dignidade da pessoa humana, não existiria, o que permitiria a sua supressão.

1.3. O papel do Poder Judiciário na sociedade contemporânea

O espaço público, a praça,¹⁰⁴ e a formação do consenso¹⁰⁵ fazendo-se ouvir no Legislativo e no Executivo devem ser o caminho principal rumo à concretização da cidadania. No entanto, além da necessidade de controles que todo exercício de poder necessita, em inúmeras hipóteses, o Legislativo e o Executivo podem, por meio de atos legislativos e administrativos, se constituir em violadores da garantia da cidadania. Nessa situação, é necessária a presença do Poder Judiciário como garante de cláusulas das mais importantes da República, controlando a constitucionalidade das leis e a legalidade dos atos administrativos.

O papel do Poder Judiciário, principalmente em um país como o Brasil, diante da fragilização de um enorme contingente de pessoas, que vivem abaixo da linha de pobreza e a própria especificidade dos direitos consagrados na Constituição de 1988 corroboram esse entendimento.

Pelo fato de o Poder Judiciário não ser o responsável imediato pela implementação das políticas públicas, nem pela elaboração das normas que disciplinam essas políticas, ele se apresenta, enquanto poder, como aquele que pode atingir o grau mais elevado de imparcialidade e de independência para agir como protetor da cidadania, principalmente

¹⁰³ RABENHORST, Eduardo Ramalho. *Dignidade humana e moralidade democrática*. Brasília: Brasília Jurídica, 2001, p. 48.

¹⁰⁴ SALDANHA, Nelson. *O jardim e a praça: o privado e o público na vida social e histórica*. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1993, *passim*.

¹⁰⁵ HABERMAS, Jürgen. *La unión europea necesita un marco constitucional?* Trad. Bernardo Bolañas. **Boletín Mexicano de Derecho Comparado**. a: xxxv, nº 105, septiembre-diciembre de 2002, p. 965.

em face dos outros poderes, razão por que a definição das atribuições do Judiciário, a discussão sobre o seu papel é imprescindível para aferição da proteção efetiva da cidadania.

Discutir o papel do Poder Judiciário e, por consequência, dos juízes, na atualidade, significa analisar dois temas, como explicita Pessoa Vaz:

A área dos “poderes activos ou passivos” do juiz em face dos “poderes das partes” no “âmbito do processo” que se reconduz à contraposição clássica “*princípio dispositivo – princípio inquisitório*”;

E a área dos “poderes do juiz” em face dos poderes do Estado”, na qual fundamentalmente se equaciona e pretende definir a posição do juiz como representante e detentor dum órgão da Soberania – o “poder judicial” em face dos dois outros Órgãos do poder dum Estado soberano: o poder legislativo e o poder executivo.¹⁰⁶

A primeira questão, de natureza endoprocessual,¹⁰⁷ será analisada no segundo capítulo, e guarda íntima ligação com a transição da concepção puramente liberal e individualista do processo para a social a partir da obra do famoso processualista austríaco Klein,¹⁰⁸ concretizada no Código de Processo Civil da Áustria de 1895.

O objeto do presente estudo, neste capítulo, prende-se ao segundo tema: qual o papel do Poder Judiciário face aos outros poderes? É também seu dever a concretização dos direitos sociais, da preservação dos direitos das futuras gerações, emanando ordens à administração e revisando a constitucionalidade dos atos legislativos?

Esse tema tem sido objeto de acirrado debate no estrangeiro e ganha particular importância em um país como o Brasil, em que, passados mais de quinze anos da promulgação da Constituição de um Estado democrático e social, os poderes Legislativo e Executivo têm se mostrado, em numerosos casos, incompetentes para efetivação de vários direitos fundamentais.

Contudo, a possibilidade de o Poder Judicial revisar a validade das leis perante a Constituição, e não só analisar a correção dos atos da administração pública, mas determinar-lhe prestações positivas não é nem foi aceita de forma pacífica, constituindo-se em ponto de contínuo e sempre atual debate. Considerando-se que se defende, nesta dissertação,

¹⁰⁶ VAZ, Alexandre Mário Pessoa. *Direito processual civil: do antigo ao novo código, novas tecnologias a serviço da justiça*. Coimbra: Almedina, 2002, p. 313.

¹⁰⁷ A perspectiva endoprocessual diz respeito aos poderes do juiz na condução do processo. Desde 1895, com o famoso Código de Processo Civil Austríaco de Klein, foram ampliados os poderes do juiz que não é visto mais como um mero expectador de um duelo processual, mas como destinatário da função de resolver de forma célere e justa a lide, dispondo para isso de diversos poderes-deveres, principalmente instrutórios de que é exemplo o art. 130 do Código de Processo Civil brasileiro.

¹⁰⁸ CAPPELLETTI, Mauro. *Processo e ideologie*. Bologna: Il Mulino, 1969, p. 19.

ser o processo judicial contra os Entes Públicos uma das formas de concretização da cidadania, torna-se imprescindível a fixação de um posicionamento no referido debate. Para tanto, inicialmente, serão descritos e avaliados alguns dos principais argumentos que têm sido levantados em sentido contrário à revisão judicial das leis e à possibilidade de o Judiciário julgar os atos da administração pública.

1.3.1. Poder Judiciário e Estado: argumentos contrários à revisão judicial dos atos estatais

O primeiro argumento que se lança, geralmente, é a origem não democrática daqueles que integram o Poder Judiciário. Como poderia um poder “aristocrático” controlar atos de outros poderes, igualmente independentes e sufragados pelo princípio da maioria? Como poderia um poder de caráter não majoritário invalidar os atos dos representantes dos cidadãos?

Mark Tushnet,¹⁰⁹ a partir de certas considerações, dentre as quais se destacam os conceitos de “*thick constitution*” (parte da constituição que contém os princípios sobre a organização e os mecanismos do governo) e “*thin constitution*” (os princípios morais, isto é, as garantias fundamentais de equidade, de liberdade de expressão e de liberdade, direitos esses construídos ao longo dos séculos pelo esforço conjunto das pessoas, considerados como verdades fundamentais), elabora um projeto cujo objeto é retirar da competência dos tribunais a interpretação da Constituição. Com efeito, defende Mark Tushnet que o controle de constitucionalidade pode ser feito por qualquer pessoa (o Presidente da República, os legisladores, diversos conselhos formados pela sociedade, os representantes de classes, os eleitores, as organizações civis etc), no entanto, é exclusivamente conduzido por pessoas não-populares e não eleitas, cujas decisões se impõem, em regra, de forma irreversível a todos os órgãos do governo. Por isso, a seu ver, a revisão judicial é antidemocrática.

O segundo argumento repousa em incapacidade política do Poder Judiciário para controlar o poder político em suas questões fundamentais postas na Constituição. O poder judicial, nitidamente burocrático, não poderia impor limitações à onipotência política.

¹⁰⁹ Cf. TUSHNET, Mark. *Taking the constitution away from the courts*. New Jersey: Princeton University, 1999.p. 6-18.

Carl Smith¹¹⁰ afirma só ser possível delegar a uma “Corte de Justiça” a guarda da Constituição em um Estado que submeta sua vida política ao controle dos juízes. Entende que a defesa da Constituição por uma corte judicial acarretaria a inevitável politização da justiça, de um lado, e a judicialização da política, de outro. Dessa forma, conceder à corte de justiça o controle da Constituição representaria subverter, por razões políticas, a própria lógica do Estado de Direito. O perigo de abuso de poder por parte do legislador não é muito menor que o perigo de abuso de poder de um tribunal que pode se tornar ele mesmo senhor da Constituição?¹¹¹

O terceiro argumento, denominado de intertemporal, consiste em afirmar que a sociedade pode em seu devir histórico optar por formas de organizações distintas das do modelo escolhido no momento constitucional, não havendo sentido em se fazer prevalecer a vontade de alguns sujeitos, muitas vezes, já mortos, como na hipótese da bicentenária Constituição Norte-Americana, ao invés dos reclamos atuais da cidadania? Tal aspecto tresdobra de importância se considerarmos a possibilidade de uma Constituição estabelecer cláusulas restritivas de alteração, tornando as mutações constitucionais extremamente difíceis? Nesse sentido, arremata Gargarella, atribuindo importância relativa ao primeiro momento constitucional:

Se se valora especialmente esse primeiro momento constitucional, isso se deve a que se valora o consenso popular, profundo e meditado, que distinguiu o mesmo. Agora bem por que não se pode pensar que, com o passar do tempo, voltemos a nos encontrar com um consenso popular profundo e meditado?¹¹² (Tradução nossa)

O quarto argumento prende-se ao caráter criativo das decisões judiciais. Considerando-se a interpretação mesma como problemática, a questão resta mais séria quando se considera o caráter mais fundamental das normas constitucionais que deixam ao intérprete uma ampla possibilidade de escolhas em temas em relação aos quais a Constituição não

¹¹⁰ Cf. SCHIMITT, Carl. *La defensa de la constitución (estudio acerca de las diversas especies y posibilidades de salvaguardia de la constitución)*. Madrid: Tecnos, 1983, *passim*

¹¹¹ BACHOFF, Otto. *Estado de direito e poder político*. Trad. J. M. Cardoso da Costa. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Vol LVI, 1980, p. 8.

¹¹² GARGARELLA, Roberto. *La dificultad de defender el control judicial de las leyes*. Disponível em: <http://cervantesvirtual.com/portal/DOXA/isonomia06/isonomia06_03.pdf> Acesso em: [13 de novembro de 2003], p. 58.

parecer ter dito nada,¹¹³ pelo menos de forma expressa, e que estão na pauta do dia como o aborto, a eutanásia, a manipulação genética, a paternidade não biológica, permitindo-se a decretação de inconstitucionalidade de normas oriundas do Legislativo? Ainda em temas do constitucionalismo clássico como a liberdade de expressão, enfrenta-se, na vida concreta, casos difíceis diante de publicações que puguem o terrorismo, a pornografia, a revelação de segredos de Estado, o separatismo, ainda que disfarçado de “bairrismo”. A verdadeira seara para discutir esses limites não seria o Parlamento?

Ingerborg Maus, que acredita e advoga na supremacia do Legislativo, traz questionamentos agudos como, por exemplo, revisando as leis, os juízes não estariam deixando de julgar conforme as leis, e dizendo eles mesmos as leis, ou seja, ao invés de julgar conforme as leis, eles estariam sempre a julgar as próprias leis? Não seria o Poder Judiciário o novo superego da sociedade, substituindo as antigas figuras de origem monárquica? Não estaria o Poder Judiciário invadindo a esfera de liberdade dos cidadãos ao admitir a sua atuação em matéria não legislada, violando o primado liberal de que o que não está proibido é permitido na ordem privada?¹¹⁴

Ingerborg Maus vai além e defende que, ao discutir sua própria competência, o Tribunal Federal Constitucional Alemão teria extrapolado os limites da própria Constituição, referindo-se a direito suprapositivo para colocar sob controle as próprias normas constitucionais e depois, em um mecanismo autoreferente, passar a citar as suas próprias decisões como justificadoras de seu posicionamento em outras demandas da jurisdição constitucional.¹¹⁵

Há, ainda, um argumento funcional: o direito constitucional não poderia ser realizado e praticado fora das cortes com uma dose bem maior de legitimidade? O único direito constitucional não seria feito pelos próprios cidadãos através de representantes democraticamente eleitos? Os direitos constitucionais necessitam realmente da *judicial review* para serem preservados? Como afirma de forma categórica, preocupado com o princípio

¹¹³ GARGARELLA, Roberto. *La dificultad de defender el control judicial de las leyes*. Disponível em: <http://cervantesvirtual.com/porta/DOXA/isonomia06/isonomia06_03.pdf>. Acesso em: [13 de novembro de 2003], p. 59.

¹¹⁴ MAUS, Ingeborg. *O judiciário como superego da sociedade – sobre o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”*. Trad. Martônio Mont’Alverne Barreto Lima e Paulo Antônio de Menezes Albuquerque. **Anuário dos Cursos de Pós-Graduação em Direito da UFPE**. Recife: Universitária, nº 11, 2000, p. 130.

¹¹⁵ MAUS, Ingeborg. *O judiciário como superego da sociedade – sobre o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”*. Trad. Martônio Mont’Alverne Barreto Lima e Paulo Antônio de Menezes Albuquerque. **Anuário dos Cursos de Pós-Graduação em Direito da UFPE**. Recife: Universitária, nº 11, 2000, p. 137.

democrático, Mark Tushnet: “O que a Constituição significa não é necessariamente o que a Suprema Corte diz que ela significa”¹¹⁶ (tradução nossa), e arremata no capítulo VII:

Fazendo (o direito constitucional) sem a revisão judicial poderia haver um claro efeito: poder-se-ia retornar à elaboração da decisão para a representação política da população. Isso poderia fazer o direito constitucional populista o único direito constitucional existente.¹¹⁷ (Tradução nossa).

Mark Tushnet, ao analisar a hipótese dos direitos sociais, invocando a jurisprudência do Tribunal Federal Constitucional Alemão, constata serem os poderes Legislativo e Executivo os únicos legitimados a escolher como e em que extensão efetivar os direitos sociais, o que demonstraria a desnecessidade da revisão judicial da constitucionalidade das leis face à inutilidade de se apresentar às cortes um pleito relativo aos *welfare rights* em razão da incapacidade das cortes de torná-los efetivos.¹¹⁸

Para análise desses argumentos, que se inserem em uma temática ao mesmo tempo instigante e, por vezes, esquecida no Brasil,¹¹⁹ circunstância que ao mesmo tempo não só pode dificultar o cumprimento das funções expressas do Poder Judiciário, como levá-lo a ser responsabilizado por conflitos que devem ser resolvidos em outro âmbito, serão contrapostas teses para cada grupo de questionamentos dispostos acima.

1.3.2. Poder Judiciário e Estado: argumentos favoráveis à revisão judicial dos atos estatais

¹¹⁶ TUSHNET, Mark. *Taking the constitution away from the courts*. New Jersey: Princeton University, 1999.p. 7.

¹¹⁷ TUSHNET, Mark. *Taking the constitution away from the courts*. New Jersey: Princeton University, 1999.p. 154.

¹¹⁸ TUSHNET, Mark. *Taking the constitution away from the courts*. New Jersey: Princeton University, 1999, p. 170.

¹¹⁹ Fix Zamudio e Carpizo anotam que a doutrina latino-americana não questiona a necessidade e legitimidade da revisão judicial da constitucionalidade das leis. Cf. FIX ZAMUDIO, Héctor; CARPIZO, Jorge. *La necesidad e la legitimidad de la revisión judicial en américa latina. Desarrollo reciente*. Boletín Mexicano de Derecho Comparado. a:XVIII, nº 52, Enero-abril, 1985, p.44. Tal constatação não significa que o Poder Judiciário na América-Latina e no Brasil não encontre óbices e resistências, ainda que não declaradas explicitamente, por parte dos outros poderes públicos e sociais para exercer as suas funções. Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2001, p. 27 e 109.

Os questionamentos a serem enfrentados repousam, em síntese, no princípio burguês da separação dos poderes, no caráter não democrático da seleção dos membros do Poder Judiciário em países como o Brasil e no perigo da denominada “ditadura do judiciário”.

Inicialmente, é preciso fixar o momento histórico em que o princípio da separação dos poderes foi construído. Estava-se em plena revolução francesa e o Poder Judiciário, no antigo regime, possuía relações inegáveis com a nobreza e com os privilégios contra os quais o movimento revolucionário lutava.¹²⁰ A figura do magistrado, na França, portanto, era facilmente ligada ao poder absoluto do monarca em nome de quem era exercida a competência julgadora.

Diante desses aspectos é que, com a construção do Estado Moderno no século XVIII, conferiu-se especial importância à lei como fonte de direito e à atividade legislativa como *locus* apropriado para expressão da vontade do povo. Pregava-se o predomínio do Legislativo em face da impossibilidade da democracia direta, e, dentro da democracia representativa, do princípio da maioria. Cappelletti aponta esse momento como a segunda fase de um quadro histórico e evolutivo, no qual, a partir da revolução gloriosa, é estabelecido o princípio da “absoluta supremacia do parlamento, onipotência da lei positiva, incontável pelos juízes.”¹²¹ (tradução nossa) Nesse contexto, vedou-se ao Judiciário, na Lei 16-24 de agosto de 1790,¹²² qualquer interferência no Poder Legislativo e no Executivo, cabendo aos juízes apenas ser a boca da lei, recorrendo-se ao legislador na hipótese de obscuridade da norma. Tal fato fez com que países como a França e a Inglaterra sejam até hoje contrários ao controle jurisdicional da constitucionalidade das leis, bem como explica o surgimento em toda Europa Continental de órgãos administrativos encarregados de julgar os atos da administração, com leis procedimentais diversas do Código de Processo Civil, que é aplicado aos conflitos entre particulares.

¹²⁰ Como bem observa Mauro Cappelletti: “Historicamente, os juízes do Antigo Regime, tendo indubitavelmente merecido desconfiança popular, por terem eles refutado e boicotado qualquer modernização ao Regime – um regime baseado não sobre igualdade, mas sobre a idéia do privilégio de nascimento, dos grupos, das profissões, um privilégio do qual amplamente e descaradamente gozava também a magistratura, a *nobreza de toga* (vestimenta usada por magistrados e advogados no exercício de suas funções).” Cf. CAPPELLETTI, Mauro. *O constitucionalismo moderno e papel do poder judiciário na sociedade contemporânea*. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, outubro-dezembro, ano 15, nº 60, 1990, p. 111

¹²¹ CAPPELLETTI, Mauro. *Processo e ideologie*. Bologna: Il Mulino, 1969, p. 487/488.

¹²² É interessante a citação de alguns artigos dessa lei que dispunha sobre a organização judiciária francesa: “Capítulo II, artículo 10: Los tribunales judiciales non podrán tomar parte, directa o indirectamente, en el ejercicio del poder legislativo, ni impedir o suspender la ejecución de los decretos del cuerpo legislativo. Capítulo II, artículo 12: (Los tribunales judiciales) deberán remitirse al cuerpo legislativo siempre que encuentren necesario interpretar una ley u obtener una nueva.” Cf. CAPPELLETTI, Mauro. *Renegar de Montesquieu? La expansión y la legitimidad de la justicia constitucional*. Trad. Paulo de Luis Durán. **Revista Española de Derecho Constitucional**. Año 6, nº 17, mayo-agosto, 1986, p. 25.

Ocorre que a releitura de Montesquieu¹²³ demonstra centrar-se a sua preocupação muito mais na limitação do poder que na separação dos poderes. Partindo-se da premissa, infelizmente notória na história da humanidade, de que todo detentor de poder é levado a dele abusar, é que se imaginou a divisão tripartite tão alardeada. Dessa forma, para a garantia de uma democracia, do respeito ao direitos inerentes à cidadania, dever-se-ia conter o poder através de um sistema de freios e contrapesos. Hodiernamente, a idéia rígida de separação de poderes, com a não interferência e a supremacia incontrolada do poder político, vem sendo substituída por uma idéia de recíproco controle e equilíbrio.

A supremacia, não mais de uma lei natural suprapositiva ou de um poder político ilimitado, mas de uma Constituição, não mais vista como mera proclamação de intentos políticos e filosóficos, mas como norma jurídica vinculante e garantida pela jurisdição constitucional foi a resposta que várias sociedades procuraram dar às experiências tirânicas em que os direitos mais elementares foram esquecidos.¹²⁴ Para fazer frente ao imenso poder do Legislativo e da administração pública, foi necessário, na experiência da Europa Continental após a Segunda Guerra Mundial, primeiramente na Áustria, Alemanha e Itália, que um terceiro poder garantisse os direitos fundamentais, quando ameaçados tanto por atos legislativos, movidos, muitas vezes por maiorias conjunturais,¹²⁵ como por atos administrativos.

Otto Bachoff, analisando a Lei Fundamental alemã, não se furta a reconhecer:

Entre as razões que levaram a lei Fundamental a instituir um vasto controle de atividade estadual pelos tribunais constitucionais e administrativos, a experiência da ditadura nacional-socialista não foi a menor. **O desrespeito total pelos direitos de liberdade, o terror e a desumanidade deste regime impuseram o reconhecimento da necessidade de estabelecer de antemão uma barreira a todo e qualquer abuso em que de futuro o poder público viesse a vir a incorrer.** E entendeu-se que também a atividade legislativa a

¹²³ John Locke teve em papel similar na Inglaterra ao de Montesquieu na França na fixação da onipotência do legislativo, apesar das diferenças históricas entre a Inglaterra da Revolução Gloriosa e a França da Revolução Francesa. É interessante que a França, com o tempo, acabou criando órgãos administrativos para julgamento dos litígios que envolvessem a administração, garantindo-se prerrogativas tão similares ao judiciário que nos permite dizer que a França disseminou pela Europa a possibilidade de revisão dos atos administrativos por tribunais administrativos, mas independentes. CAPPELLETTI, Mauro. *Renegar de Montesquieu? La expansion y la legitimidad de la justicia constitucional*. Trad. Paulo de Luis Durán. **Revista Española de Derecho Constitucional**, Año 6, nº 17, mayo-agosto, 1986, p. 27-19.

¹²⁴ CAPPELLETTI, Mauro. *Acesso alla giustizia come programma di riforma e come metodo di pensiero*. **Rivista di Diritto Processuale**, Padova: Cedam, anno XXVII, 1982, p. 233.

¹²⁵ Otto Bachoff cita interessante caso em que se discutia, na República Federal Alemã, no parlamento, a que partido pertencia um mandato, uma simples questão de direito, ocorrendo que todos os deputados de um partido perfilham uma posição e todos do outro partido perfilharam outra posição, atendendo unicamente a questões partidárias. Cf. BACHOFF, Otto. *Estado de direito e poder político*. Trad. J. M. Cardoso da Costa. **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**. Vol LVI, 1980, p. 6-7.

isso não devia constituir uma exceção – pois que também o legislador democrático não está livre do perigo de colocar as considerações jurídicas atrás dos objetivos políticos. Os deputados estão politicamente comprometidos – e na verdade devem está-lo. Mas por isso mesmo acham-se inclinados a desprezar as considerações jurídicas, se elas representam uma obstáculo à prossecução dos seus objetivos.¹²⁶ (grifo nosso)

Fica fácil comprovar a força da tese que se adota através da simples verificação de que os direitos humanos já haviam sido declarados antes da Segunda Grande Guerra, mas sem um sistema judicial de proteção se mostraram sem qualquer eficácia. Como observa Cappelletti, a própria expansão dos tribunais constitucionais, principalmente em países que punham fim a regimes ditatoriais como a Espanha de Franco, Portugal de Salazar e a Grécia dos Coronéis, aliada ao fato de que nenhum sistema de controle judicial das leis é compatível ou é tolerado por regimes autocráticos, sejam de direita ou de esquerda, denota a sua necessidade para proteção dos direitos fundamentais.¹²⁷ Mesmo em países como a França¹²⁸ e a Inglaterra, que parecem imunes ao *judicial review*, há sinais claros de uma abertura à revisão dos atos legislativos, principalmente em razão dos movimentos integracionistas com a fixação, no âmbito da União Européia, da famosa cláusula do art. 25 da Convenção Européia sobre Direitos Humanos, que permite ao indivíduo apresentar sua queixa ao tribunal supranacional na hipótese de violação, inclusive por lei, dos direitos garantidos na Convenção.¹²⁹

Apesar da força dos argumentos expostos acima, há uma questão recorrente concernente à legitimidade democrática da jurisdição constitucional, uma vez que os magistrados, regra geral, não são escolhidos mediante sufrágio. Como poderiam, portanto, revisar atos elaborados pela maioria dos detentores de mandatos conferidos pelos cidadãos?

Para enfrentar esse argumento, é preciso, à moda tobiática,¹³⁰ fixar a seguinte premissa: um poder, um órgão ou Ente Público resultante de descentralização administrativa

¹²⁶ BACHOFF, Otto. *Estado de direito e poder político*. Trad. J. M. Cardoso da Costa. **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**. Vol LVI, 1980, p. 6.

¹²⁷ Em relação à América Latina e à África, Baracho reconhece que a recondução democrática levou à relevância de uma justiça independente. Cf. BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *O ambiente sistêmico da função judicial e o espaço político da magistratura*. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, a:25, nº 98, abril-junho, 2000, p. 51.

¹²⁸ Na França, onde o controle é preventivo, é cabível o controle até a promulgação da lei.

¹²⁹ CAPPELLETTI, Mauro. *Renegar de Montesquieu? La expansion y la legitimidad de la justicia constitucional*. Trad. Paulo de Luis Durán. **Revista Española de Derecho Constitucional**. Año 6, nº 17, mayo-agosto, 1986, p. 34.

¹³⁰ BARRETO, Tobias. *Prova escrita*. **Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife**. Recife, 1948, *passim*.

pode ser altamente funcional à democracia, ainda que seus membros e dirigentes não retirem a sua legitimidade nas urnas.

Como bem argumenta o argentino Zaffaroni:

Uma instituição não é democrática unicamente porque não provenha de eleição popular, pois, nem tudo o que provém dessa origem é necessariamente “aristocrático”. **Uma instituição é democrática quando seja funcional para o sistema democrático**, quer dizer, quando seja necessária para a sua continuidade, como ocorre com o judiciário. Quando se diz que o poder judiciário tem legitimidade constitucional, mas não tem legitimidade democrática, se ignora a sua funcionalidade democrática. Pareceria que o reconhecimento da função política do judiciário fosse incompatível com a nomeação por concurso público, por exemplo, e que seria paradoxal que aquele em nome do povo, quando não é eleito pelo povo. Se prescindíssemos do controle judicial, dir-se-ia que seria suficiente o controle recíproco entre o executivo e o legislativo. Mas, o certo é que, a partir do século passado, pelo menos na Europa, se produziu uma reconciliação entre ambos os poderes, deixando apenas o controle da oposição que espera o turno, isto é, que o controle simultâneo foi substituído por um controle sucessivo, sempre que maioria não o impeça. Obviamente que este controle não é suficiente e menos ainda nos sistemas presidencialistas.¹³¹(grifo nosso)

O magistrado desenvolve um inegável papel político que lhe é confiado pelas constituições democráticas mesmo sem a legitimação via sufrágio, pois: “a falta de um mandato político-eleitoral não preclui, em absoluto, que a magistratura desenvolva um papel intensamente político na funcionalidade do sistema.”¹³² Para tanto, o juiz não está, nem deve ser sujeito à vontade da maioria episódica,¹³³ fruto de interesses, por vezes, inconfessáveis, e de açosamentos de instante que não resistem a ponderações do tempo. Os direitos

¹³¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Poder judiciário: crise, acertos e desacertos*. Trad. Juarez Tavares. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 43.

¹³² BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *O ambiente sistêmico da função judicial e o espaço político da magistratura*. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, a:25, nº 98, abril-junho, 2000, p. 51. Poder-se-ia reconhecer essa papel político, aplicando-se unicamente a idéia de decisionismo de Schmit, mas vamos além. O papel da magistratura não é nem deve ser uma pura decisão, mas a busca constante da preservação dos direitos fundamentais que caracterizam o constitucionalismo moderno. Na Inglaterra, berço da cidadania civil, de há muito se defendeu que a cidadania só seria conferida aos indivíduos se a todos fosse fornecido um mínimo de educação. Sem dúvida que é preciso haver uma educação para os direitos humanos, mas dados como o tempo também podem levar a uma maior ponderação sobre posicionamentos dos cidadãos sobre diversas questões. Pesquisa interessante foi realizada pelo Professor Luciano Oliveira, aplicando-se questionário a alunos da Faculdade de Direito do Recife, em vários instantes no tempo, sobre a punição “adequada” a pichadores que invadiram o Palácio da Faculdade. O autor demonstra que a ponderação, o esclarecimento das condições de vida dos infratores, que só podem vir com a razão do tempo, alteraram de forma significativa os resultados da pesquisa. Cf. OLIVEIRA, Luciano. *Segurança; um direito humano para ser levado a sério*. **Anuário dos Cursos de Pós-Graduação em Direito da UFPE**. Recife: Universitária, nº 11, 2000, p. 252.

¹³³ Para citar um caso brasileiro recente, é interessante o posicionamento do partido governista em relação ao Ministério Público, pelo menos discurso, antes e depois de assumir o Poder Executivo Federal. Cf. *Jornal do Commercio*, Recife, 02/04/2004, p. 3.

fundamentais, adotados pelo constitucionalismo moderno em escala planetária, devem ser aplicados mesmo contra a maioria, dado que uma de suas principais razões de ser em um Estado Democrático é assegurar uma esfera inviolável para a pessoa humanas, minorias e futuras gerações.¹³⁴ Paul Kirchhof, magistrado e catedrático de Heidelberg, corrobora esta conclusão argumentando com força que:

Se uma Constituição menosprezara a proteção do meio ambiente ou fora insensível ao quantitativo da dívida pública pela mera razão de que a geração seguinte ainda não tem o direito de sufrágio e, portanto, não determina a formação das maiorias, abdicaria da aspiração básica das constituições democráticas de limitar o poder da maioria de uma ainda débil minoria.¹³⁵
(Tradução nossa)

O próprio princípio da maioria, levado às últimas conseqüências, poderia, em determinado instante, ser suprimido por uma maioria conjuntural, permitindo-se que um grupo minoritário detenha o poder. O próprio Kelsen, ao tratar da democracia, não se furtou de ressaltar:

A existência da maioria pressupõe, por definição, a existência de uma minoria. Disto resulta tanto a necessidade, mas principalmente a possibilidade de proteger a minoria contra a maioria. Esta proteção da minoria é função essencial dos chamados direitos fundamentais, ou direitos do homem ou do cidadão, garantidos por todas as modernas constituições das democracias parlamentares.¹³⁶

Cappelletti, tendo em vista as alternâncias possíveis em sistemas democráticos, lembra, com extrema felicidade, que a minoria de hoje pode ser a maioria de amanhã, e que, se direitos como a liberdade de expressão, de opinião e de associação fossem limitados sem os devidos procedimentos e por uma maioria de hoje, a democracia se debilitaria, o que também se aplica aos direitos sociais, concluindo que a justiça constitucional “longe de ser antidemocrática e antimajoritária aparece como um instrumento fundamental para proteger os princípios majoritário e democrático do risco de corrupção.”¹³⁷ (tradução nossa)

¹³⁴ CAPPELLETTI, Mauro. *O constitucionalismo moderno e papel do poder judiciário na sociedade contemporânea*. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, outubro-dezembro, ano 15, nº 60, 1990, p. 115.

¹³⁵ KIRCHHOF, Paul. *Tareas del bundesverfassungsgericht en una época de cambios*. Trad. A. López Pina. **Revista Española de Derecho Constitucional**. Madrid: a. 17, n. 49, enero-abril, 1997, p. 12.

¹³⁶ KELSEN, Hans. *A democracia apud MATTOS, Nelson Juliano Cardoso. Teoria do estado: uma introdução crítica ao estado democrático liberal (Notas à teoria hegemônica da democracia a partir do paradigma participacionista)*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2002, p. 82.

¹³⁷ CAPPELLETTI, Mauro. *Renegar de Montesquieu? La expansion y la legitimidad de la justicia constitucional*. Trad. Paulo de Luis Durán. **Revista Española de Derecho Constitucional**. Año 6, nº 17, mayo-agosto, 1986, p. 41.

Zafaroni, conhecedor das vicissitudes políticas da América Latina, traz uma constatação tão íntima à nossa realidade que merece a citação integral:

Por outra parte, a soberania popular é exercida na Assembléia Constituinte, e esta pode decidir em favor da regra de maior idoneidade, materializada através de concursos. Temos certeza de que se o povo for interrogado a respeito disso e se lhe **questionar claramente se ele quer que seus juízes sejam amigos do Presidente ou do Ministro da Justiça ou aqueles que obtenham as mais elevadas qualificações em concursos públicos de títulos e provas, sem dúvida de que decidirá em favor dos últimos, e igualmente não duvidamos de que isso seria exercício da soberania.**¹³⁸
(grifo nosso)

A todos os argumentos expostos é possível somar: a) o caráter participativo do processo judicial, que diferentemente legislativo e do administrativo não se inicia *ex officio*, e, se não é plenamente acessível, é mais acessível e mais próximo ao cidadão comum que os meandros do Executivo e do Legislativo; b) o contato freqüente dos juízes com casos reais, que são resolvidos nos limites do que é demandado pelas partes; c) a publicidade e a motivação dos atos processuais, que estão sujeitos à fiscalização em sociedades em que é admitida a liberdade de expressão; d) o fato de que os juízes não são imunes a qualquer controle, podendo ser responsabilizado civil, penal e administrativamente se extrapolarem os limites de atuação.¹³⁹

O penúltimo grande argumento a ser enfrentado, reside no caráter criativo da atividade judicial, caráter este que ganha contornos mais elásticos na interpretação das normas constitucionais que expressam uma ordem de valores. Não estaria a jurisdição constitucional, ao invés de controlar as normas constitucionais, sendo senhora dessas normas e estendendo a competência de forma ilimitada? Não estaria criando e não interpretando as normas constitucionais?

Primeiramente, é preciso asseverar que a atividade interpretativa seja de normas ou de fatos não se constitui em uma via de mão única. A interpretação é sempre uma interação entre o autor do texto, inclusive legal, o próprio texto e o leitor. Geralmente, dedica-se grande atenção à interpretação de textos, discutindo-se as relações entre autor,

¹³⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Poder judiciário: crise, acertos e desacertos*. Trad. Juarez Tavares. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995 p. 44.

¹³⁹ CAPPELLETTI, Mauro. *O constitucionalismo moderno e papel do poder judiciário na sociedade contemporânea*. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, outubro-dezembro, ano 15, nº 60, 1990, p. 115.

leitor, limites da interpretação em razão do próprio texto, o texto como objeto de livre uso,¹⁴⁰ entre outros aspectos, relegando-se a um segundo plano a interpretação dos fatos que é ao mesmo tempo construção e qualificação dos fatos pelo ser humano. O historiador elabora o seu fato histórico; o jurista o fato jurídico e sociólogo o fato social, até porque a compreensão da história depende da análise do fato histórico, da mesma forma que a decisão judicial depende da análise dos fatos jurídicos, que podem ser atos legislativos, levados à apreciação do juiz no processo, razão por que se procede tanto na atividade de interpretação jurídica como na histórica à qualificação, categorização dos fatos.

A atividade interpretativa não se restringe, portanto, aos textos produzidos, mas se estende aos fatos que são, outrossim, produtos de uma construção humana e não uma essência que devemos ou não somos capazes de apreender. O historiador interpreta os fatos e constrói texto, abordando trechos da história da humanidade,¹⁴¹ da mesma forma o juiz, no processo, ao interpretar os fatos para decidir, deve argumentar na sentença, indicando as razões de sua decisão nos termos do art. 93 da Constituição da República. Desta forma, não só se interpreta textos para se analisar fatos, mas também se interpreta fatos para construir textos.¹⁴² Neste passo, discorda-se de que haja o *fato em si*, mesmo que se admita não ser ele passível de completa apreensão pelo ser humano. Na “verdade”, até mesmo as noções de tempo e espaço não são dados *a priori*, mas produtos da cultura humana, da atribuição de significados que o ser humano pratica.

Essa interação entre fatos e normas na *judicial review* apresenta-se mais nítida em países que adotam o controle difuso. Esta assertiva não significa que, no controle concentrado, no qual há o julgamento de natureza objetiva da norma, a interpretação não tenha limites, pois estes se encontram no próprio texto constitucional em conjunto como ensina o próprio Umberto Eco:

A iniciativa do leitor consiste em fazer uma conjectura sobre a *intentio operis*, **conjectura esta que deve ser aprovada pelo complexo do texto**

¹⁴⁰ CF. ECO, Umberto. *Interpretação e superinterpretação*. Trad. MF. São Paulo: Martins Fontes, 2001 p. 104 e 109. Neste interessante trabalho, que reúne conferências de Eco e de alguns mais, a exemplo do pragmatista Richard Rorty, pode-se apreender as principais discussões atuais sobre a possibilidade ou não de fixação de limites à interpretação dos textos, uso do texto *intentio auctoris, lectoris e operis*. Nesse trabalho, Eco defende a tese de que o texto pode ter muitos sentidos, mas não qualquer sentido.

¹⁴¹ Muitos entendem que não haveria história sem o ser humano, sendo, portanto, tautológicas expressões como história da humanidade.

¹⁴² Gian Antonio Micheli, já notara, em sua tese de cátedra, semelhanças entre a atividade do juiz aos apreciar as provas no processo civil e a do historiador, tendo procurado fixar as diferenças. Cf. MICHELE, Gian Antonio. *La carga de la prueba*. tradução espanhol: Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Ediciones jurídicas Europa-América, 1961, p. 6.

como um todo orgânico. Isso não significa que só se possa fazer sobre um texto uma e apenas uma conjectura interpretativa. Em princípio, podemos fazer uma infinidade delas. Mas no fim as conjecturas deverão ser testadas sobre a coerência do texto e à coerência só restará desaproveitar as conjecturas levianas.¹⁴³(grifo nosso)

Ademais, registre-se que a interpretação judicial não é a última palavra, pois, normalmente, maioria qualificada pode, via revisão ou emenda pontual, alterar a Constituição e o endereço da interpretação.¹⁴⁴

Otto Bachoff, analisando o labor interpretativo da Corte Constitucional Alemã, assevera que, apesar das dificuldades da interpretação constitucional, diversa da de um juiz que aplica direito pré-existente, por ter que lidar com conceitos do tipo “igualdade”, “dignidade da pessoa humana”, “livre desenvolvimento da personalidade” e “Estado Social”, o Tribunal Constitucional Federal Alemão respeitou, sempre que possível, o primado do legislador, não se tornando senhor da Constituição, mas servidor dela. Dentro dessa ótica, pode-se compreender a autocontenção a que se submeteu o Tribunal Federal Constitucional por meio de premissas que consideram, na dúvida, a norma impugnada conforme à Constituição, que respeitam os objetivos políticos da norma no que toca à sua correção e à oportunidade, bem como a ponderação sobre os efeitos fáticos da declaração de inconstitucionalidade, o que levou o Tribunal a pronunciar, algumas vezes, a inconstitucionalidade, mas não a nulidade da norma.¹⁴⁵

É de se recordar, outrossim, com Zafaroni, que a idéia de uma ditadura de juízes é deveras absurda, pois seria a única ditadura que jamais existiu na história!¹⁴⁶

O último grande argumento, utilizado por Mark Tushnet, consiste na inutilidade da *judicial review* ante os direitos sociais presentes nas cartas constitucionais, pela impossibilidade de o Judiciário efetivar esses direitos, cuja oportunidade e conveniência na efetivação cabem ao Legislativo e Executivo eleger.

A efetivação dos direitos fundamentais sociais é um dos temas mais difíceis do direito constitucional. Norberto Bobbio, depois de afirmar em sua obra “A era dos direitos” que os debates sobre os direitos e sua expansão mundial seriam um aspecto positivo dos dias

¹⁴³ ECO, Umberto. *Os limites da interpretação*. Trad. Pérola de Carvalho. São Paulo: Perspectiva, 2000, p.15.

¹⁴⁴ CAPPELLETTI, Mauro. *O constitucionalismo moderno e papel do poder judiciário na sociedade contemporânea*. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, outubro-dezembro, ano 15, nº 60, 1990, p. 115.

¹⁴⁵ BACHOFF, Otto. *Estado de direito e poder político*. Trad. J. M. Cardoso da Costa. **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**. Vol LVI, 1980, p. 17.

¹⁴⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Poder judiciário: crise, acertos e desacertos*. Trad. Juarez Tavares. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 44.

atuais, indaga, mais à frente, na mesma obra, se seria realmente direito um direito cuja efetivação é adiada *sine die*.¹⁴⁷ Diferentemente dos direitos de defesa que são direcionados contra o Estado, exigindo-se dele uma atitude negativa, os direitos sociais são exercidos através do Estado, exigindo-se dele prestações materiais positivas.¹⁴⁸ Parcela considerável da doutrina estrangeira considera que a efetivação desses direitos estão sujeitos às eleições de índole legislativa e administrativa a serem exercidas pelo Legislativo e Executivo, o que impediria a exigibilidade judicial desses direitos, ou seja, o que retiraria deles o caráter de direito público subjetivo.¹⁴⁹

Ocorre, no entanto, que, além de os direitos sociais apresentarem eficácia jurídica diferenciada entre si,¹⁵⁰ muitos deles já foram regulamentados pelo legislador, gerando indubitavelmente direito subjetivo exigível judicialmente na hipótese de violação.¹⁵¹ Como exemplo desta última categoria, é possível a referência aos benefícios previdenciários e assistenciais, ao serviços públicos de saúde e à educação fundamental, todos direitos sociais já regulamentados, por exemplo, no Brasil. Ademais, uma norma infraconstitucional que viole um direito fundamental social é passível de controle de constitucionalidade, posição adotada até mesmo pela doutrina que nega eficácia jurídica aos direitos sociais.¹⁵²

A própria existência de um direito ao mínimo existencial, a um direito fundamental a um mínimo vital tem sido reconhecido pelo Tribunal Federal Constitucional Alemão, país cuja Constituição não consagrou em catálogo os direitos sociais.¹⁵³ No Brasil, mesmo Ricardo Lobo Torres, que possui uma postura contrária à configuração dos direitos

¹⁴⁷ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 49 -78.

¹⁴⁸ KRELL, Andreas J. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional comparado*. Porto Alegre: Sergio Fabris, 2002, p. 19.

¹⁴⁹ Robert Alexy, analisando o comportamento do tribunal Federal Constitucional Alemão, afirma: “En la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal, la diferencia expuesta encuentra su materialización en el hecho de que el Tribunal subraya, por una parte, que el Estado está obligado a la protección pero, por otra, señala que la decisión, acerca de cómo há de cumplir esta obligación está “en primera línea”, “en gran medida” o “basicamente” librada al legislador.” Cf. ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Consatitucionales, 1993, p. 448.

¹⁵⁰ É difícil defender que um cidadão poderá provocar o Judiciário para que este obrigue o Estado conceder um emprego. Todavia, é extremamente defensável que o Judiciário determine a estruturação de transporte ou construção de escola para um grupo de 50 crianças em idade escolar que se encontram sem possibilidade de estudar, ou ainda, determine ao Estado que pague a realização de uma cirurgia em hospital privado, se impossível a realização na rede pública local e se impossível o deslocamento para outro centro em tempo hábil.

¹⁵¹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 278.

¹⁵² KRELL, Andreas J. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional comparado*. Porto Alegre: Sergio Fabris, 2002, *passim*.

¹⁵³ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Consatitucionales, 1993, p. 422.

sociais como direitos subjetivos exigíveis judicialmente, reconhece a existência de um direito a um mínimo existencial que exige prestações estatais positivas e sem o qual “ desaparecem as condições iniciais da liberdade.”¹⁵⁴ Em verdade, negar qualquer possibilidade de garantia judicial dos direitos sociais significará em diversas oportunidades negar eficácia aos direitos de 1ª dimensão dificilmente exercitáveis sem um mínimo de direitos sociais garantido.

No Brasil, já existem acórdãos reconhecendo esses caráter ao direito à saúde, como por exemplo:

Ementa: PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. PORTADOR DE LEUCEMIA MIELÓIDE CRÔNICA. FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTO. LIMINAR. AGRAVO DE INSTRUMENTO.

1. O *fumus boni iuris* está demonstrado pela receita médica apresentada, firmada pelo médico do impetrante. O *periculum in mora* decorre da gravidade da doença de que é portador o agravado -leucemia mielóide crônica.
2. Presentes os requisitos necessários à concessão de liminar para determinar que seja fornecido ao impetrante, de forma gratuita e regular, o medicamento de que necessita, conforme prescrição médica.
3. Agravo de instrumento não provido.¹⁵⁵

A postura, já afirmada e justificada neste trabalho, é favorável à revisão judicial das leis e dos atos administrativos. Voltando-se, mais especificadamente, ao caso brasileiro, além de todos os argumentos acima serem aplicáveis, podemos somar outros em razão das circunstâncias históricas de nossa formação.

Em diversos momentos da história, o Brasil esteve sujeito a sistemas ditatoriais estabelecidos ou atos ditatoriais em sistemas tidos como democráticos. Desde a dissolução da constituinte de 1823, passando-se pelo governo de Floriano Peixoto, por momentos prolongados da República Velha, em que o país ficou sob o estado de sítio, pelo o Estado Novo e pelo golpe militar de 1964, o país sofre com a fragilidade das instituições com o desrespeito dos direitos mais elementares do ser humano. Em diversos desses instantes, foi vedado ao Judiciário conhecer dos atos revolucionários, restando o cidadão sem qualquer amparo. Nos dias atuais em que o Brasil respira uma brisa democrática, não se pode deixar de mencionar que o grande legislador tem sido o Poder Executivo. Questões delicadas e sem a urgência exigida constitucionalmente foram legisladas por ato isolado do Presidente da

¹⁵⁴ TORRES, Ricardo Lobo. *Curso de direito financeiro e tributário*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 60.

¹⁵⁵ BRASIL. TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 1ª REGIÃO. Classe: AG - Agravo de Instrumento – 01000309920 Processo: 200201000309920, UF: MG, Relator Desembargador Federal Tourinho Neto. Órgão Julgador: Segunda Turma. Decisão unânime. Fonte DJ DATA: 11/06/2003 PAGINA: 35.

República através da edição sucessivas de Medidas Provisórias. Ademais, os poderes Legislativo e Executivo têm se mostrado extremamente ineficientes na condução de políticas públicas concretas que pelo menos retirem os mais de 40% de cidadãos brasileiros que vivem abaixo da linha da pobreza e dispõem de precários sistemas de saúde e educação.¹⁵⁶ O Brasil é, sem dúvida, um país que necessita sistemas de controle, principalmente em atividades-gigante como a do Executivo e a do Legislativo, para proteção da cidadania e da própria democracia que dela necessita para sobreviver.

1.4. Poder Judiciário, Estado e Processo: a cidadania

Como demonstrado neste capítulo, a cidadania e as várias dimensões de direitos que compõem hoje o seu conteúdo têm no Estado um meio para sua efetivação. É possível afirmar, sem vacilações, que a concretização da cidadania legitima a existência dos Estados democráticos da mesma forma que a fragilização de sua efetivação põe em risco senão o Estado, mas a democracia. Ora, como expõe Robert Dahl, entre as principais consequências desejáveis da democracia está a existência dos direitos essenciais, ao lado de outras consequências como evitar a tirania, a busca pela paz, a autodeterminação e a autonomia moral.¹⁵⁷

Confiar exclusivamente ao Legislativo e/ou ao Executivo a proteção da cidadania, sem qualquer possibilidade de serem revisados os atos legislativos e administrativos utilizados por esses poderes, seria o mesmo que negar eficácia a toda uma ordem constitucional com normas que expressam valores a serem preservados. Não se está negando valor a uma cidadania ativa, que reivindique os direitos perante o Legislativo e o Executivo, mas, apenas, ressaltando-se a necessidade de uma instituição para salvaguarda contra o próprio Estado e os particulares. Essa revisão, necessária, deve ser realizada por um Poder independente e imparcial que estará mais apto a dirigir sua decisões para observância do texto constitucional, tanto do ponto de vista do processo constitucional como dos litígios individuais em que os cidadãos acionam os

¹⁵⁶ KRELL, Andreas J. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional comparado*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2002, p. 17.

¹⁵⁷ DAHL, Robert A. *Sobre a democracia*. Trad. Beatriz Sidou. Brasília: Universidade de Brasília, 2001, p. 58.

Entes Públicos em razão da prática de atos administrativos violadores da cidadania ou da omissão da prática de atos necessários para concretizá-la.¹⁵⁸

O instrumento de que se utiliza o Poder Judiciário para exercer essa função especialíssima é o processo judicial. Em verdade, a própria legitimidade das decisões do Poder Judiciário está intimamente ligada ao modelo processual adotado. Com bem explicita Marcelo Cattoni:

O que garante a legitimidade das decisões são antes garantias processuais atribuídas as partes e que são, principalmente, a do contraditório e a da ampla defesa, além da necessidade de fundamentação das decisões.¹⁵⁹

O processo judicial possui tanta importância na atualidade que se fala de um modelo constitucional do processo.¹⁶⁰ Luigi Paolo Comoglio, em artigo sobre jurisdição e processo no quadro das garantias constitucionais, refere-se à necessidade de o processo ser justo, eqüitativo e apto a produzir resultados tanto do ponto de vista da efetividade dos instrumentos postos à disposição do cidadão no curso da tramitação do processo como da efetividade e adequação da tutela obtida no final do processo.¹⁶¹ Por essa razão o estudo de temas processuais na atualidade não prescinde da análise das modernas garantias processuais, dentre as quais se sobressai a garantia do acesso à justiça, pois de nada adiante confiar ao Poder Judiciário nobres atribuições se o instrumento utilizado, que é o processo, for violador da cidadania e inadequado a produzir resultados.

A seguir, no próximo capítulo, serão examinado a temática do acesso à justiça e de suas implicações.

¹⁵⁸ SILVA, Carlos Báez. *La omisión legislativa y su inconstitucionalidad en México*. Boletín Mexicano de Derecho Comparado. a: XXXV, nº 105, Septiembre-diciembre, 2002, p. 750-751.

¹⁵⁹ OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. *Direito constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 78.

¹⁶⁰ OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. Cattoni de. *Direito constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 97.

¹⁶¹ COMOGLIO, Luigi Paolo. *Giurisdizione e processo nel quadro delle garanzie costituzionali*. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**. Milano: Giuffrè, anno XLVIII, nº 4, 1994, p. 1.070.

CAPÍTULO II - CIDADANIA, TEMPO E PROCESSO

2.1. Acesso à justiça e suas dimensões. 2.2. Efetividade processual e tempo. 2.2.1. O tempo na história. 2.2.2. O tempo no direito e no processo. 2.3. Cidadão e processo na atualidade. 2.3.1. O cidadão e o processo entre particulares. 2.3.2. O cidadão e o processo em face da Fazenda Pública.

Neste capítulo, é examinada a temática do acesso à justiça, demonstrando-se que ele em si é um direito fundamental e as implicações que ele traz. Confere-se realce à efetividade do processo no tempo, às relações entre o cidadão e o processo, bem como à efetividade do processo entre particulares e em face da Fazenda Pública.

2.1. Acesso à justiça e suas dimensões

O acesso à justiça não é, apenas, um princípio processual, mas um direito fundamental dos cidadãos, assim reconhecido tanto do ponto de vista do direito interno de vários países, como nos tratados internacionais de direitos humanos. Além do mais, os direitos sociais, característicos do constitucionalismo moderno, que vão desde a proteção ao consumidor, ao trabalho, à saúde e à educação, aos metaindividuais, também pertencentes às futuras gerações, permitem dividir o acesso à justiça em três dimensões: a constitucional, a internacional e a social.¹⁶²

Nesse passo, pode-se citar essas três tendências evolutivas referentes a essa garantia constitucional e processual fundamental.

A primeira consiste na **constitucionalização** do princípio baseado na idéia antiga de que o cidadão deveria ter como tornar efetivos seus direitos. Constitucionalização esta, inserida em uma das três dimensões que o Direito e a justiça assumem atualmente, consoante lição de Mauro Cappelletti ao denominar de dimensão constitucional a que se traduz na afirmação, em muitos ordenamentos jurídicos, de valores fundamentais com força

¹⁶² CAPPELLETTI, Mauro. *Appunti per una fenomenologia della gisutizia nel XX secolo*. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**. Milano: Giuffrè, annoXXXII, nº 4, 1978, p. 1382.

de lei superior, vinculante também para o legislador ordinário e garantidos através da jurisdição constitucional que se difundiu por vários países.¹⁶³

Modernamente, as constituições possuem, entre as suas normas, além dos princípios processuais como o da ampla defesa, do contraditório, do devido processo legal, da igualdade, a expressa previsão de que o acesso à justiça será assegurado a todo cidadão que sofrer lesão ou ameaça de lesão a direito. Tal previsão, que acompanha o constitucionalismo nascido com a revolução francesa, durante muitos anos, permaneceu apenas como garantia formal de acesso à justiça, sem que houvesse preocupações com a efetividade deste acesso à justiça.¹⁶⁴ Nos Estados liberais burgueses, havia apenas o acesso formal à justiça, assim como era formal a igualdade. O direito à proteção judicial significava apenas o direito formal de ação e de defesa em um processo, pois, apesar de o acesso à justiça ser considerado um direito natural, os direitos naturais não necessitariam de uma ação do Estado para sua proteção.¹⁶⁵ Cappelletti conclui em relação aos direitos liberais tidos como naturais:

Esses direitos eram considerados anteriores ao Estado; sua preservação exigia apenas que o Estado não permitisse que eles fossem infringidos por outros. O Estado, portanto, permanecia passivo, com relação a problemas tais como a aptidão de uma pessoa reconhecer seus direitos e defendê-los adequadamente, *na prática*.¹⁶⁶

Na atualidade, porém, acentuam-se as preocupações com um acesso efetivo à justiça, até porque a Constituição não pode mais ser vista como uma mera proclamação de intenções políticas, mas como norma jurídica, vinculante e superior à lei ordinária.¹⁶⁷

É através do processo que a Constituição garante a concretização dos direitos que consagra; é através do processo, notadamente da denominada jurisdição constitucional, que a Carta Magna mantém a sua supremacia. Por essas razões, a ligação entre a Lei Maior e

¹⁶³ Nas palavras de Mauro Cappelletti: *Si trata, amziutto, della dimensione "costituzionale", che si traduce nella ricerca di taluni valori fondamentali che molti ordinamenti moderni hanno affermato con norme aventi forza de **lex superior**, vinculante anche per il legislatore (ordinario), spesso imponendone il rispetto mediante forme e meccanismi giurisdizionali*. Cf. CAPPELLETTI, Mauro. *Acesso alla giustizia come programma di reforma e come metodo di pensiero*. **Rivista di Diritto Processuale**, Padova: Cedam, anno XXVII, 1982, p. 233.

¹⁶⁴ Houve momentos, no século passado, em que nem a garantia formal de acesso à justiça havia no Brasil, a exemplo do Ato Institucional nº 5 que em 1968 excluiu da apreciação do Poder Judiciários os atos praticados pelos "revolucionários" de 1964.

¹⁶⁵ CAPPELLETTI, Mauro, GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1988, p. 9.

¹⁶⁶ CAPPELLETTI, Mauro, GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1988, p. 9.

¹⁶⁷ CAPPELLETTI, Mauro. *O constitucionalismo moderno e papel do poder judiciário na sociedade contemporânea*. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, outubro-dezembro, ano 15, nº 60, 1990, p. 111.

o processo tornar-se tão intensa que metodologicamente o direito processual deve ser tratado a partir da perspectiva constitucional,¹⁶⁸ a qual, visando à efetivação dos direitos, elencou o acesso à justiça como cláusula pétrea em nosso sistema. Segundo Couture,¹⁶⁹ o processo realiza-se através do império das previsões constitucionais, o que levou o Professor Uruguio a acentuar os seguintes aspectos: a) a Constituição pressupõe a existência de um processo como garantia da pessoa humana; b) a lei, no desenvolvimento normativo hierárquico destes preceitos, deve instituir outro processo; c) a lei não pode instituir formas que tornam ilusória a concepção de processo consagrada na Constituição; d) se a lei institui forma processual que prive o indivíduo de razoável oportunidade para fazer valer o seu direito será inconstitucional; e) nestas condições, devem existir meios de impugnação para que seja efetivo o controle de constitucionalidade das leis.¹⁷⁰

Na linha de estudo, tanto do direito processual constitucional quanto do direito constitucional processual, é preciso situar os princípios processuais presentes na constituição, fixando-lhes a extensão e significado, para que se possa dirimir conflitos que aparentemente existiriam entre eles, como no exemplo da garantia da ampla defesa e da necessidade de provimentos jurisdicionais urgentes em que a cognição é limitada.

Dessa forma, o estudo do acesso à justiça a partir da visão constitucional não constitui uma mera introdução a um trabalho de cunho processual, mas uma premissa que deve servir de fundamento a todo o seu desenvolvimento.

Por essas razões, como já afirmado, a ligação entre a Lei Maior e o processo tornar-se tão intensa que metodologicamente o direito processual deve ser tratado a partir da perspectiva constitucional,¹⁷¹ a qual, visando à efetivação dos direitos, elencou o acesso à justiça como cláusula pétrea em nosso sistema.

De fato, a Constituição brasileira, no art. 5º, inciso XXXV, petrificou o acesso à justiça em nosso ordenamento, prevendo que não só lesão, mas a ameaça a direito não pode ser afastada da apreciação do Poder Judiciário, ou seja, há um *periculum in mora* constitucional que só pode ser aferido, no caso concreto, pelo Poder Judiciário. O legislador, em regra, não pode *a priori* dizer se existe ou não *periculum in mora*. Como bem expressa Marinoni:

¹⁶⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do Processo Civil*. 4ª ed., São Paulo: Malheiros, 2000, p. 21

¹⁶⁹ COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. 3ª ed. Buenos Aires: Depalma, 1977, p. 148.

¹⁷⁰ BARACHO, José de Oliveira. *Processo e constituição: o devido processo legal*. **Revista de Direito Público**. São Paulo: Revista dos Tribunais, Vol XVI, nº 68, 1983, p. 55.

¹⁷¹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do Processo Civil*. 4ª ed., São Paulo: Malheiros, 2000, p. 21.

o direito à tutela urgente, portanto, não pode ser suprimido por norma infraconstitucional, para um determinado caso concreto, com base na afirmação de que inexistirá *periculum in mora*. A aferição do *periculum in mora* não pode ser subtraída do poder judiciário e chamada ao plano da norma, sob pena de desrespeito ao direito à adequada tutela jurisdicional.¹⁷²

Contudo, o simples direito de provocar a atuação do Judiciário não significa que o princípio da inafastabilidade da jurisdição tenha sido efetivado, até porque o direito público subjetivo de ação, de caráter pessoal, não se confunde com o direito de petição, de natureza política e que pode ser manejado por qualquer cidadão perante os poderes públicos, cuja efetividade, talvez pela própria amplitude do direito, tem sido precária.¹⁷³ A provocação que o cidadão exerce perante o Judiciário deve ser canalizada através de um processo que respeite os princípios constitucionais, insertos na cláusula do devido processo legal e do justo processo,¹⁷⁴ assegurando a proteção e fruição dos direitos da forma mais tempestiva e **efetiva** possível. Mais uma vez recorre-se a Marinoni, que bem expressou o vínculo indissolúvel entre o princípio da inafastabilidade da jurisdição ou do amplo acesso à justiça e a necessidade de esse acesso ser efetivo:

O artigo 5.º, inciso XXXV, da Constituição da República garante o direito de acesso à justiça e esse direito tem como corolário o direito à adequada tutela jurisdicional, que deve ser compreendido como o direito à preordenação de procedimentos adequados à tutela dos direitos. **O cidadão que afirma ter um direito, deve ter ao seu dispor as medidas e os instrumentos necessários à realização do seu eventual direito.** (...) se o direito à adequada tutela jurisdicional é garantido constitucionalmente, o legislador infraconstitucional é obrigado a estruturar o sistema processual de modo a permitir a efetividade da tutela dos direitos. Um sistema de tutela dos direitos que não contenha um procedimento adequado à tutela de uma determinada situação de direito substancial não está estruturado de acordo com a exigência constitucional.¹⁷⁵ (grifo nosso)

Ora, para se fazer o acesso à justiça efetivo, deve-se valer de um processo efetivo, um processo apto a realizar o direito material dos cidadãos em um tempo razoável, pois,

¹⁷² MARINONI, Luiz Guilherme. *A antecipação da tutela*. 4ª ed., São Paulo: Malheiros, 1998, p. 109/110.

¹⁷³ NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na constituição federal*. 4ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 92.

¹⁷⁴ Luigi Paolo Comoglio, em artigo sobre o “justo processo”, analisa essa garantia como decorrência da aplicação da cláusula do devido processo legal, de origem anglo-saxônica aos países da Europa Continental. Cf. *Il <giusto processo> civile nella dimensione comparatistica*. **Rivista di Diritto Processuale**. Padova: CEDAM, anno LVII, nº 3, Luglio- settembre, 2002, p. 702-758.

¹⁷⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. *A antecipação da tutela*. 4. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 108.

certamente ninguém, em sã consciência, defende que o bem da vida perseguido em uma lide processual deve compor o acervo de bens e créditos deixados para eventuais herdeiros do autor de uma ação, como infelizmente acontecia muito com os segurados do Regime Geral de Previdência Social quando as lides seguiam as vias ordinárias, com todo o sistema recursal e executivo, nas Varas Comuns da Justiça Federal. Assevere-se que não basta a celeridade, pois a aptidão do processo para realizar direitos é, outrossim, fundamental, ou seja, é fundamental que o processo seja efetivo. Munoz Soares explicita o que se deve entender por processo efetivo:

Processo efetivo é aquele apto a entregar, com o máximo de proveito e adequação, a tutela jurisdicional a quem, por meio do processo, resulte merecedor da resposta do Estado-Juiz, aproximando-se ao máximo da realização que o direito material atribui a quem o titularize.¹⁷⁶

Um ordenamento jurídico, portanto, só garantirá um efetivo acesso à justiça quando o processo se mostrar efetivo tanto do ponto de vista do seu desenho normativo como pela concretização através de um Judiciário apto a exercer a sua função constitucional.

O direito ao acesso efetivo à justiça vem sendo reconhecido por ordenamentos jurídicos estatais de todo o mundo como de capital importância para os novos direitos individuais e sociais, “uma vez que a titularidade de direitos é destituída de sentido, na ausência de mecanismos para a sua efetiva reivindicação.”¹⁷⁷ Daí a importância do acesso à justiça que “pode, portanto, ser encarado como requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário de um sistema jurídico que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos.”¹⁷⁸ Por isso, pode-se defender sem hesitação que um direito a um processo justo, igualitário, transparente e eficaz se constitui, como defende o Professor da Universidade de Paris, Serge Guinchard, no critério principal de um Estado de Direito.¹⁷⁹

Contudo, não basta a afirmação de o processo dever garantir os direitos do cidadão, é preciso investigar tanto do ponto de vista dogmático como empírico se os meios, os remédios

¹⁷⁶ SOARES, Rogério Aguiar Munhoz. *Tutela jurisdicional diferenciada; tutelas de urgência e medidas liminares em geral*. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 68.

¹⁷⁷ CAPPELLETTI, Mauro, GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1988, p. 11.

¹⁷⁸ CAPPELLETTI, Mauro, GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1988, p. 12.

¹⁷⁹ GUINCHARD, Serge *et al.* *Droit processuel: droit coumun du procès*. Paris: Dalloz, 2001, p. 279.

postos à disposição dos cidadãos são realmente acessíveis e aptos para fazer os direitos satisfeitos, efetivos. A primeira indagação a ser feita para se verificar se um processo é efetivo é se os remédios processuais são acessíveis a quem necessitar da atuação jurisdicional para proteção de direito, se são razoavelmente eficientes em termos de tempo, custo e, enfim, se garantem resultados concretos e adequados à natureza da situação concreta que necessita de tutela.¹⁸⁰

A segunda dimensão do acesso à justiça, também apontada por Cappelletti, refere-se à **internacionalização** das garantias processuais, dentre as quais tem destaque o princípio do amplo acesso à justiça. Segundo o Professor do Instituto Universitário Europeu, essas duas primeiras dimensões representam a resposta que a humanidade deu, ou está procurando dar, ao problema de justiça mais grave que enfrentou a sociedade contemporânea. Todas as duas dimensões com o objetivo de enfrentar as crises que culminaram em duas guerras mundiais e na opressão exercida de forma odiosa pela tirania de homens, partidos e nações.¹⁸¹ Em verdade, após a constitucionalização das garantias processuais, tem-se observado a sua internacionalização através dos mecanismos do direito internacional público para proteção dos direitos humanos, como no âmbito do direito comunitário europeu.

Segundo Edoardo Vitta da Universidade de Turim, essa tendência de constitucionalização das garantias processuais é acompanhada da tendência de internacionalização, através de instrumentos internacionais como a Declaração Universal dos Direitos do Homem de 10 de dezembro de 1948, na qual se inspirou a Convenção Européia sobre Direitos Humanos (art. 6º), o Pacto Internacional sobre Direito civil e Político, adotado em 1966 e a Convenção Americana dos Direitos do Homem, firmada em São José, em Costa Rica, por alguns Estados Latino-Americanos, Convenção esta que contempla o direito a um processo igualitário.¹⁸² A Convenção de Roma prevê, no art. 6º, que: a) o processo deve se desenvolver de forma igualitária, pública e de duração razoável; b) o tribunal no qual o processo tramita deve ser independente, imparcial e estabelecido por lei; c) a sentença, regra

¹⁸⁰ COMOGLIO, Luigi Paolo, FERRI, Conrado e TARUFFO, Michele. *Lezioni sul processo civile*. Bologna: Mulino, 1995, p. 30.

¹⁸¹ Cf. CAPPELLETTI, Mauro. *Acesso alla giustizia come programma di riforma e come metodo di pensiero*. **Rivista di Diritto Processuale**, Padova: Cedam, anno XXVII, 1982, p. 234.

¹⁸² *Questa tendenza alla costituzionalizzazione dei diritti di garanzia processuale si accompagna alla tendenza alla loro internazionalizzazione, mediante recezione in strumenti internazionali, come la Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, adottata il 10 dicembre 1948 dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite (artt. 8 e 10, ai quali si è ispirato l'art. 6, comma 1º, della convenzione europea) ed il Patto internazionale sui diritti civili e politici, esso pure adottato, in data 16 dicembre 1966, dall'Assemblea delle Nazioni Unite (art. 14, comma 1º). Nell'ambito regionale, oltre alla Convenzione europea, va ricordata la Convenzione americana dei diritti dell'uomo, firmata a San José di Costa Rica il 22 novembre 1969 da alcuni Stati latino-americani, che contempla*

geral, deve ser pública.¹⁸³ Com efeito, em razão da famosa cláusula 25, de natureza facultativa, eventuais violações aos direitos consagrados na Convenção podem ser apreciadas pela Comissão Europeia dos Direitos do Homem, exigindo-se, apenas, na cláusula 26, o prévio exaurimento dos recursos internos existentes para salvaguarda dos direitos. Tem-se admitido que a violação, suscetível de apreciação, pode derivar tanto de órgãos administrativos, jurisdicionais como legislativos dos Estados signatários. Edoardo Vitta tece interessante observação que, no que concerne à violação da Convenção por atos legislativos, o prévio exaurimento não é exigível em países como a Inglaterra, Irlanda e Estados Escandinavos, haja vista que, nesses Estados, não há um recurso efetivo que permita a desaplicação de uma lei por confrontar a Convenção.¹⁸⁴

O compromisso dos Estados signatários com as garantias expressas na Convenção resultou em discussões mais que interessantes, a exemplo da duração dos processos e da paridade de armas (*égalité des armes, equality of arms, Waffengleichheit*).

Na Europa, com base no referido art. 6º da Convenção Europeia para Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, a Corte Europeia dos Direitos do Homem tem sistematicamente condenado países como Itália e França ao pagamento de indenizações em função de atraso injustificado na concessão da prestação jurisdicional.¹⁸⁵ O princípio da igualdade de armas é ressaltado não só no âmbito do processo penal, mas também no processo civil, especialmente em causas em que são parte o **Estado ou um Ente Público** de um lado e um particular do outro.¹⁸⁶ Defende-se até que a noção de processo igualitário e efetivo do art. 6º da Convenção é de tal importância para a jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos que serve de critério para aferição do respeito por parte dos Estados dos direitos fundamentais, sendo o direito a um processo *équitable* em si um verdadeiro direito substancial.¹⁸⁷

anch'essa il diritto ad un equo processo. Cf. VITTA, Edoardo. *Processo civile e diritti dell'uomo*. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**. Milano: Giuffrè, giugno, annoXXXI, nº 2, 1977, p. 571.

¹⁸³ VITTA, Edoardo. *Processo civile e diritti dell'uomo*. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**. Milano: Giuffrè, giugno, annoXXXI, nº 2, 1977, p. 570.

¹⁸⁴ Segundo o Edoardo Vitta, os países europeus podem ser agrupados de forma tripartite; os que atribuem valor constitucional ou supralegal aos tratados de direitos humanos, os que o admitem como lei ordinária e os que não reconhecem juridicidade normativa às disposições previstas nos tratados, **impossibilitando a existência de recursos internos a serem exauridos**. Cf. VITTA, Edoardo. *Processo civile e diritti dell'uomo*. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**. Milano: Giuffrè, giugno, annoXXXI, nº 2, 1977, p. 594-595.

¹⁸⁵ TUCCI, José Rogério Cruz. *Tempo e processo: uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual (civil e penal)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p.67.

¹⁸⁶ VITTA, Edoardo. *Processo civile e diritti dell'uomo*. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**. Milano: Giuffrè, giugno, annoXXXI, nº 2, 1977, p. 572.

¹⁸⁷ GUINCHARD, Serge et al. *Droit processuel: droit commun du procès*. Paris: Dalloz, 2001, p. 80.

No âmbito do direito comunitário, foi proclamada, em Nice, em primeiro de dezembro de 2000, a Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia, que dedica o capítulo VI à Justiça, tendo como fonte a tradição constitucional dos Estados membros, a Convenção Europeia dos Direitos do Homem e o que já se construiu na via jurisprudencial na Corte Europeia de Justiça, o que leva o Nicolò Trocker a reconhecê-la como um ato de reconhecimento histórico, e que, apesar de não ser um tratado, “não se constitui postulação celebrativa de mero valor político, mas sim reproduz direito já operante no ambiente jurídico da União.”¹⁸⁸. Ressalte-se que a Corte de Justiça da União Europeia já afirmou, desde 1963, na sentença do caso *Van Gend & Los*, a superioridade do ordenamento jurídico comunitário, independente dos mecanismos internos de recepção, devendo os juízes nacionais desapplicarem uma disposição interna seja ela anterior ou posterior à norma comunitária protetiva.

O art. 47 da referida Carta dedica especial atenção ao acesso à justiça, ressaltando que esse acesso deve ser efetivo, garantindo que:

Toda pessoa cujos direitos e cuja liberdade garantidos pelo direito da União sejam violados tem direito a um recurso **efetivo** perante um juiz, com as condições previstas neste artigo.

Toda pessoa tem direito a que sua causa seja examinada igualitariamente, publicamente e dentro de um prazo razoável perante um juiz imparcial e independente, pré-constituído pela lei. Toda a pessoa tem a faculdade de se fazer conciliar, defender ou representar.

Àqueles que não dispõem de meios suficientes é concedido o patrocínio à despesa do Estado quando for necessário para assegurar um **acesso efetivo à justiça**.¹⁸⁹ (Grifo nosso) (Tradução nossa)

A ênfase da Carta, no que concerne às garantias processuais, foi no acesso à justiça efetivo, que depende dos instrumentos processuais colocados pelo ordenamento à disposição dos sujeitos que dele precisam e da eficácia desses instrumentos em relação às diversas situação substanciais a serem tuteladas.¹⁹⁰ Em meados da década de 1980, a Corte de Justiça da União Europeia, atenta à eficácia dos direitos e dos deveres reconhecidos no ordenamento comunitário, passou a se preocupar com aspectos processuais, reconhecendo e declarando, desde o famoso caso *Johnston* (1986), que a tutela jurisdicional efetiva não é uma formula de estilo ou um expediente de caráter retórico, mas a expressão de um princípio

¹⁸⁸ TROCKER, Nicolò. *La carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea ed il processo civile*. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**. Milano: Giuffrè, a: LVI, n° 4, dicembre, 2002, p. 1.173.

¹⁸⁹ TROCKER, Nicolò. *La carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea ed il processo civile*. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**. Milano: Giuffrè, a: LVI, n° 4, dicembre, 2002, p. 1.174.

¹⁹⁰ TROCKER, Nicolò. *La carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea ed il processo civile*. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**. Milano: Giuffrè, a: LVI, n° 4, dicembre, 2002, p. 1.175.

jurídico geral que ingressa no direito comunitário, por suas raízes no direito constitucional do Estado membro e, enquanto direito, tem guarida no art. 6º na Convenção Européia de Direitos do Homem de 1950.¹⁹¹ Nicolò Trocker pontua que a Corte de Justiça não entende como conteúdo do acesso à justiça simplesmente o direito de ação dentro de um processo justo e igualitário, mas :

oferece um novo conteúdo garantístico: torna direito a obter uma adequada forma de proteção da situação subjetiva lesada. Em outras palavras, aquele direito, na interpretação, por assim , dizer <substancial> que a Corte desenvolve – segundo um modelo que recorda a experiência dos ordenamentos do *commow law* – se concretiza não tanto (ou apenas) no poder de iniciativa de um indivíduo de recorrer a um tribunal e possuir determinadas garantias processuais em ação civil em curso, quanto no direito do indivíduo a que o juízo concretamente instaurado encontre sua desembocadura em um provimento **de tutela idôneo a assegurar a plena satisfação do interesse acionado**. Para a Corte de Justiça, componente essencial e qualificante do direito à tutela jurisdicional torna-se o direito a um adequado remédio.¹⁹² (Tradução nossa, grifo nosso)

Um caso concreto da aplicação dessa orientação da Corte de Justiça da União Européia foi o *Factortime*, de especial importância para esta dissertação, em que, por solicitação da *House of Lords*, foram os juízes chamados a se pronunciar sobre a legitimidade comunitária de um princípio profundamente radicado no direito constitucional, antes mesmo que no direito processual, britânico:

o princípio segundo o qual não é consentido endereçar uma medida cautelar (*interlocutory injunctions*) nos confrontos com o governo (a rigor com a Rainha). A Corte não se mostrou impressionada pela prestigiosa tradição que circunda o citado princípio do *common law* e não hesita a estabelecer que os Estados membros devem garantir uma forma de tutela judicial capaz de evitar que qualquer um diante de um direito de origem comunitária sofra prejuízo, ainda que a título provisório, pelo comportamento de autoridade nacional. Se um ordenamento interno, - como no caso do ordenamento inglês - não prevê ou realmente veta tal forma de tutela ‘ o juiz tem de desaplicar a norma nacional’.¹⁹³ (Grifo nosso) (Tradução nossa)

¹⁹¹ GUINCHARD, Serge *et al.* *Droit processuel: droit coumun du procès*. Paris: Dalloz, 2001, p. 371.

¹⁹² TROCKER, Nicolò. *La carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea ed il processo civile*. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**. Milano: Giuffrè, a: LVI, nº 4, dicembre, 2002, p. 1.196-1.197.

¹⁹³ TROCKER, Nicolò. *La carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea ed il processo civile*. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**. Milano: Giuffrè, a: LVI, nº 4, dicembre, 2002, p. 1.197-1.198. Trocker traz, à p. 1215 e 1216 do citado artigo, interessante posicionamento da Corte de Justiça sobre repetição de indébito tributário. A Corte vem eliminando antigas restrições e até mesmo vedações que países como a Itália impunham para ressarcimento dos valores recolhidos indevidamente em razão de um tributo viciado.

No âmbito regional, existe de forma análoga à Corte Européia de Direitos Humanos de Estrasburgo a Corte Interamericana de Direitos Humanos, com sede em São José da Costa Rica, cuja jurisdição foi aceita pelo Brasil em 1998, apesar de o país haver ratificado, desde 1992 (Decreto de promulgação nº 678, de 06 de novembro de 1992), a Convenção Americana de Direitos Humanos.

Nesse sentido o art. 8º da Convenção Americana Sobre Direitos Humanos prevê o direito de toda **pessoa** ser ouvida por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável. Com efeito:

Art. 8º Garantias Judiciais.

§ 1º Toda pessoa tem direito a ser ouvida com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos e obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.¹⁹⁴

Ressalte-se que tal Convenção, por tratar matéria relativa a Direitos Humanos, deveria ter *status* de norma constitucional e eficácia imediata por força dos parágrafos 1º e 2º do art.5º da Constituição Federal de 1988. No entanto, no Brasil, desde o julgamento do famoso Recurso Extraordinário nº 80.004/1977, firmou-se a posição no sentido de que o tratado é incorporado ao direito interno com o *status* de lei ordinária, posição que foi confirmada em diversas oportunidades pelo STF, ainda que o tratado seja referente a Direitos Humanos, não obstante o §2º do art. 5º da Constituição da República, o posicionamento da doutrina e de setores da jurisprudência. Nesse sentido, podemos citar acórdão no RE nº 252.248, que versava sobre a impossibilidade de prisão por dívidas contratuais em razão do Pacto de São José da Costa Rica, em que o relator, Ministro Celso de Mello, , afirmou:

É inquestionável, dentro do sistema jurídico brasileiro, que a normatividade emergente dos tratados internacionais permite situar tais atos de direito internacional público, o que concerne à hierarquia das fontes, no mesmo plano e grau de eficácia em que se posicionam as leis internas de caráter meramente ordinário, como reconhece a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal(...) Inexiste na perspectiva do modelo constitucional vigente no Brasil, qualquer precedência ou primazia hierárquico-normativa dos tratados ou convenções internacionais sobre o direito positivo interno, sobretudo em face das cláusulas inscritas no texto da Constituição da República, eis que a

¹⁹⁴ MAROTA RANGEL, Vicente. *Direito e relações internacionais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 721.

ordem normativa externa não se superpõe, em hipótese alguma, ao que prescreve a Lei Fundamental da República.¹⁹⁵

Contudo, a Corte Interamericana de Direitos Humanos vem se manifestando pela prevalência das disposições contidas na Convenção, quando em confronto com o direito interno dos Estados, não se aplicando a regra da *Lex posterior* ou *Later in time*, ou seja, a norma interna anterior ou posterior à ratificação pelo Estado da Convenção. A Corte, também, vem admitindo conhecer de violações às normas da Convenção por normas legislativas dos Estados, independentemente da demonstração de um prejuízo *in concreto*, posição defendida principalmente pelo Presidente da Corte, o brasileiro Antônio Augusto Cançado Trindade.¹⁹⁶ Esse fechamento do Brasil ao direito internacional, com certeza, terá que ser revisto em breve, principalmente se o Mercosul voltar a ser uma alternativa de integração não exclusivamente econômica, mas que garanta, outrossim, direitos fundamentais aos cidadãos.

Ainda no âmbito americano, de modo específico no latino-americano, pode-se citar o Código Modelo de Processo Civil para a Iberoamérica, apresentado em 1988 e que teve como um dos grandes colaboradores o processualista da Universidade da República Enrique Vescovi em Montevideu, falecido em 2003.¹⁹⁷

O Instituto Iberoamericano de Direito Processual tem procurado desde 1999 promover o estabelecimento de normas marcos para os países sul-americanos, normas estas que seriam a base, as garantias mínimas de um justo processo. Dentre essas garantias, Comoglio ressalta: a) a existência de meios de tutela individual dos direitos fundamentais, respeitando-se o recurso de amparo da tradição hispano-latino-americana e o mandado de segurança da tradição portuguesa e brasileira; b) os meios de ação de tutela da liberdade pessoal, no âmbito da tradição do *habeas corpus*; c) formas de tutela constitucional como o *habeas data*, que permitam aos cidadãos obterem das autoridades públicas informações e notícias reservadas, constantes em bancos de dados públicos; d) a disciplina de uma ação civil pública ou de uma ação popular no confronto com a corrupção dos órgãos da administração pública; e) as garantias mínimas e individuais de acesso indiscriminado aos órgãos judiciais e do direito individual a um justo processo, no quadro de uma **efetiva concretização dos**

¹⁹⁵ GALINDO, George Rodrigo Bandeira. *Tratados internacionais de direitos humanos e constituição brasileira*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 259.

¹⁹⁶ GALINDO, George Rodrigo Bandeira. *Tratados internacionais de direitos humanos e constituição brasileira*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 344-345.

¹⁹⁷ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Enrique Vescovi: homenagem póstuma*. **Revista de Processo**. a:28, nº112, outubro-dezembro, 2003, p. 337-338. Sobre o Código Modelo e Código de Processo Civil (CPC) brasileiro vide. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *O código modelo na américa latina e na europa – relatório brasileiro*. **Revista de Processo**. a:29, nº 113, jan-fev, 2004, p. 147-189.

direitos humanos, assim como reconhece a Convenção Internacional a qual aderiu cada Estado; f) a existência de um controle de constitucionalidade de leis, com a possibilidade de um recurso extraordinário do cidadão perante a Corte de Justiça Constitucional.¹⁹⁸

A terceira e última dimensão apontada pelo Professor de Florença é denominada de **social**, a qual possui a sua manifestação mais avançada expressa na fórmula de uso corrente de **acesso ao direito e à justiça**. Se as dimensões constitucional e internacional representam a tentativa de dar uma resposta ao grande problema da liberdade do indivíduo nos planos interno e internacional, a dimensão social tem a missão difícilíssima de responder a uma crise derivada da profunda transformação da sociedade pós-industrial moderna, na qual a demanda por justiça significa demanda por igualdade não apenas formal, mas real no âmbito da promoção pelo Estado dos direitos sociais.¹⁹⁹

A dimensão social, portanto, fixa o problema do acesso efetivo à justiça como questão fundamental em Estado Democrático de Direito que consagra os direitos sociais. Se o acesso à justiça é apenas formal, os direitos e garantias constitucionais podem não passar de meras palavras lançadas no papel,²⁰⁰ razão por que a inefetividade e a intempestividade da tutela jurisdicional representam o estrangulamento dos direitos fundamentais. Ingo Sarlet, no Brasil, bem situou essa dimensão do acesso à justiça ao classificá-lo entre os direitos fundamentais prestacionais,²⁰¹ o que demonstra que o papel do Poder Judiciário no Constitucionalismo Moderno vai muito além de garantir as liberdades clássicas do constitucionalismo liberal.²⁰²

¹⁹⁸ COMOGLIO, Luigi Paolo. *Garanzie minime del giusto processo negli ordinamenti ispano-latinoamericani. Revista de Processo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, a:28, nº 112, outubro-dezembro, 2003, p. 161/162.

¹⁹⁹ Segundo Cappelletti: *Una terza dimensione del diritto e della giustizia è quella “sociale”, che nella sua manifestazione più avanzata esprimersi nella formula, in questi ultimi anni divenuta d’uso corrente, dell’accesso al diritto e alla giustizia*. Cf CAPPELLETTI, Mauro. *Acesso alla giustizia come programma di riforma e come metodo di pensiero. Rivista di Diritto Processuale*. Padova: Cedam, anno XXVII, 1982, p. 237.

²⁰⁰ Sobre essa problemática, é interessante a **desconstrução** que o Supremo Tribunal Federal realizou no Mandado de Injunção, transformando o que deveria ser um instrumento para efetivação das garantias constitucionais em mero conselho ao poder responsável pela elaboração da lei ou do ato normativo, ou ainda, o erro histórico que permitiu, ao apreciar a constitucionalidade da Contribuição Social Sobre o Lucro Líquido, que a fatia mais interessante das contribuições sociais destinadas ao financiamento da seguridade social COFINS, CSSL, PIS e CPMF fosse arrecadada pela Receita Federal e não pelo órgão responsável pela implementação da atividade estatal que serve de fundamentação para a cobrança do tributo. Sobre a posição vacilante, por vezes revelada pela nossa Corte Suprema, há interessante trabalho egresso do Doutorado da UFPE ao qual remeto Cf. LIMA, Francisco Gérson Marques de. *O supremo tribunal federal na crise institucional brasileira (Estudo de casos – abordagem interdisciplinar)*. Fortaleza: ABC Fortaleza, 2001, p. 293.

²⁰¹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 190.

²⁰² CAPPELLETTI, Mauro. *Appunti per una fenomenologia della giustizia nel XX secolo. Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Milano: Giuffrè, annoXXXII, nº 4, 1978, p. 1421.

Vittorio Denti, a quem o mundo, de modo particular a Itália, deve a abertura de uma vasto campo de pesquisa²⁰³ para o direito processual, observou essa mudança substancial no papel da justiça:

Antes de tudo, foi enormemente acrescido ao catálogo daqueles direitos subjetivos que, pela natureza deles, podem encontrar somente na via judicial o reconhecimento; aqueles direitos que um estudioso americano há justamente definido como ‘a nova propriedade’. No passado, o âmbito desses direito era limitado e coincidia substancialmente com os direitos personalíssimos e referentes às relações familiares. Hoje, o legislador, quando intervém para proteger situações que devem ser reforçadas para os fins de política e de promoção econômico-social, subtrai a livre disponibilidade das partes e confia ao juiz a tutela. Pensemos nos direitos dos trabalhadores, nos direitos relativos aos imóveis urbanos, dos locatários de prédios rústicos, e ainda nos direitos dos consumidores, dos direitos dos doentes e assim por diante. As leis que disciplinam essas relações assumiram o nome de <estatuto> (como o estatuto dos trabalhadores, que já ultrapassou um decênio de vida) e a denominação exprime o caráter absoluto dos direitos regulados (...) Das estatísticas judiciais aprendemos que atualmente a maior parte das causas civis recai sobre estas áreas (outro setor importante é o da responsabilidade civil), enquanto as lides tradicionais, das ações relativas à propriedade e sucessões são relegadas a uma situação marginal.

Ao lado dos ‘novos direitos’, que são sempre direitos individuais, emergem os direitos coletivos ou supraindividuais, que eu já tive ocasião de recordar, e que dão ao processo uma dimensão subjetiva potencialmente ilimitada.²⁰⁴ (Tradução nossa)

Esses novos direitos inerentes ao Estado de Bem-Estar, como a dignidade da pessoa humana,²⁰⁵ exigem permanente empenho, pois se, apesar da crise do *Welfare State*, “consideramos irrenunciáveis essas conquistas do *Welfare State* que se resumem na fórmula dos ‘new rights’ (o direito à moradia, o direito à saúde, o direito ao trabalho, o direito do consumidor, o direito ao meio ambiente, etc.), o problema de tornar efetivos esses direitos através de sua tutela não pode ser evitado.”²⁰⁶ (Tradução nossa)

A cidadania, portanto, para sua real efetivação demanda um processo a existência de um processo efetivo, cercado de garantias processuais como o contraditório, publicidade,

²⁰³ CARPI, Federico. *Vittorio Denti e le riforme processuali dello statuto sociale*. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**. Anno LVI, nº 3, Settembre, 2002, p.727-750.

²⁰⁴ DENTI, Vittorio. *Crisi della giustizia e crisi della società*. **Rivista di Diritto Processuale**, Padova: Cedam, ottobre-dicembre, anno XXXVII, nº 4, 1983, p. 591.

²⁰⁵ RABENHORST, Eduardo Ramalho. *Dignidade humana e moralidade democrática*. Brasília: Brasília Jurídica, 2001, p. 48.

²⁰⁶ DENTI, Vittorio. *Acesso alla giustizia e welfare State (a proposito del Florence Access-to-Justice Project)*. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**, Milano: Giuffrè, giugno, annoXXXVI, nº 2, 1982, p. 625.

motivação das decisões judiciais, independência da magistratura e duração razoável dos processos.²⁰⁷

Nessa linha, deve-se atentar, ainda, que o acesso à justiça prende-se igualmente à efetividade e à celeridade da solução dos conflitos no tempo.

2.2. Efetividade processual e tempo

O processo deve servir à vida. A perspectiva da realidade nunca deve faltar à ciência processual até porque o primado do homem deve se impor ao direito.²⁰⁸ Por esse motivo, é que, em nenhum momento, deve-se permitir que concepções de há muito fixadas na ciência processual sejam tidas como dogmas, obstaculizando a evolução científica e impedindo que o processo cumpra a sua função constitucional.

Os princípios regentes do processo civil contemporâneo pregam a celeridade e sobretudo a **efetividade** do processo para que ele cumpra a sua missão de pacificação social, resolvendo os conflitos. O processo deve ser entendido, portanto, como técnica, porém, como técnica não fechada, mas informada por princípios éticos, dirigida à tutela eficaz dos direitos, o que exige que ele (processo) nunca se encerre em si mesmo, mas seja cognoscitivamente aberto à realidade exterior a que deve servir a sua técnica.

Cândido Dinamarco, em sua tese de cátedra, ilustra bem a dimensão da efetividade processual:

A força das tendências metodológicas do direito processual civil na atualidade dirige-se com grande intensidade para a **efetividade do processo**, a qual constitui expressão resumida da idéia de que o processo deve ser apto a cumprir integralmente toda a sua função socio-político-jurídica, atingindo em toda a plenitude a todos os seus escopos institucionais. Essa constitui a dimensão moderna de uma preocupação que não é nova e que já veio expressa na palavras autorizadas de antigo doutrinador: “na medida em que for praticamente possível, o processo deve proporcionar a que tem direito tudo aquilo e precisamente aquilo que ele tem direito de obter”. (...) rompendo definitivamente com as velhas posturas introspectivas do sistema e abrindo os olhos para a realidade da vida que passa fora do processo.²⁰⁹

²⁰⁷ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Teoria geral da cidadania: a plenitude da cidadania e as garantias constitucionais e processuais*. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 9.

²⁰⁸ ROCHA, José de Moura. *Reflexões sobre processo e comunicação*. **Caderno nº 58 Edição da Faculdade de Direito de Caruaru**. Caruaru: s/ed, 1974, p. 3.

²⁰⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. São Paulo: Malheiros, 1996, p.270/271.

Não se permite uma visão do processo que não atente para a sua instrumentalidade até porque envolvidos valores fundamentais da vida humana. É por essa razão que entendemos sem objetividade algumas críticas²¹⁰ dirigidas à visão instrumental do processo. Essas críticas, embora importantes para reflexão de alguns aspectos dos problemas da ciência processual, perdem validade por se encerrarem na crítica sem nada propor. É como repetir simplesmente que justiça atrasada não é justiça e nada mais fazer para aperfeiçoar os institutos processuais.

Nas pesquisas formuladas, encontrou-se, com frequência, permeando todos escopos originados nos modernos princípios processuais que pregam a celeridade, a efetividade e a tempestividade da tutela jurisdicional, uma palavra, na forma substantiva, que vem obtendo cada vez mais força no discurso relativo à prestação jurisdicional não só dos processualistas, dos advogados, enfim dos profissionais que atuam mais diretamente com o processo, como também de diversos setores da sociedade. Essa palavra é **tempo**. Se há um assertiva que é consenso entre os juristas, os jurisdicionados e a sociedade em geral é a de que os processos em nosso país têm uma longa e excessiva **duração**. Tal fato deslegitima a função jurisdicional do Estado e é fonte de injustiça.²¹¹

Fala-se, hodiernamente, em economia processual, em celeridade, em tempestividade, em efetividade, em concentração de atos, em informalidade, em mediação, em arbitragem, em informatização dos procedimentos, em criação de Varas Especializadas e de Juizados Especiais, em tutela antecipada, em tutela diferenciada de direitos, em pagamentos de dívidas do Estado sem a aplicação do regime de precatório, em ação monitória, em distribuição do tempo entre as partes, em adoção da súmula vinculante, em tutela coletiva, em síntese, em reforma permanente do processo civil,²¹² não se tendo como objetivo principal o aprimoramento técnico do processo, enquanto instrumento resolução de conflitos e de pacificação social, nem somente a efetividade da atividade jurisdicional, mas, igualmente, a tempestividade, cuja conceituação encontra-se intimamente ligada com a idéia de tempo e de duração.

²¹⁰ Sobre as críticas referidas Cf. PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Comentários ao Código de Processo Civil, Lei nº 5869 de 11 de janeiro de 1973*, vol. III, arts.270 a 331. 8ª ed. - Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 9-21. PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Avaliação crítica das últimas reformas no processo civil*. **Doutrina**, Nº 6. Instituto de Direito, 1998, p. 170/172.

²¹¹ BARBOSA, Ruy. *Oração aos moços*. 16ª ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 1999, p.74. Ruy, nesse famoso discurso, escrito para o paraninfado de 1920 na Faculdade de Direito de São Paulo, afirmou: “Mas justiça atrasada não é justiça, senão injustiça qualificada e manifesta. Porque a dilação ilegal nas mão do julgador contraria o direito escrito das partes, e, assim, as lesa no patrimônio, honra e liberdade.”

²¹² CARPI, Federico. *È sempre tempo di reforme urgenti del processo civile*. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**, Milano: Giuffrè, annoXLIII, 1989, p. 471.

Exemplo deste movimento é a atual lei dos Juizados Especiais Cíveis que teve origem na Lei das Pequenas Causas (Lei nº 7.244/1984), a qual foi a instituidora no plano normativo de uma proposta revolucionária de se apresentar o modo de ser do processo.

Outro exemplo, é a idéia da execução imediata da sentença, a qual, da mesma forma que a da tutela antecipada, insere-se entre as alternativas que a moderna ciência processual oferece para distribuir o tempo de duração do processo entre as partes. Conceder eficácia imediata à sentença de primeiro grau significa torná-la apta a fundamentar uma execução, desmistificando a regra da *nulla executio sine titulo*, segundo a qual para instauração da tutela executiva seria necessária uma prévia declaração do direito através do processo de conhecimento, cuja sentença deveria estar "protegida" pelo manto da coisa julgada material. Consoante este raciocínio, dificilmente se poderia atribuir eficácia executiva a uma sentença sujeita a recurso e, muito menos, a uma decisão interlocutória.

Como bem expressa Luiz Guilherme Marinoni,²¹³ “o princípio da *nulla executio sine titulo* foi concebido para deixar claro que a execução não poderia ser iniciada sem título, e que este, no caso de sentença condenatória, deveria conter em si um direito já declarado ou não mais passível de discussão.” Liebman²¹⁴ chega a declarar de forma clara a impossibilidade de execução fundada em sentença sujeita a recurso. Todavia, as exigências sociais modernas e o dever de se tornar a tutela jurisdicional tempestiva vêm construindo a tendência a se conceder eficácia executiva a provimentos sumários, liminares, afora as hipóteses em que a apelação só é recebida no efeito devolutivo, como na ação cautelar, nos embargos do devedor julgados improcedentes ou no mandado de segurança.²¹⁵ Nesse último caso, a sentença produz efeitos imediatos, tendo os juízes, os advogados e as partes, perfeita

²¹³ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença*. 4ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 22.

²¹⁴ Liebman assim se expressou: “Considerando a gravidade dos efeitos práticos da execução, e ainda o fato de ser freqüentemente irreparáveis suas conseqüências, mesmo na hipótese de querer-se depois revogar aqueles efeitos, haveria muita imprudência em permitir que se pudesse se promover a execução com fundamento em sentença ainda sujeita à reforma em grau de recurso. Elimina-se este inconveniente, com todos os perigos que ele comporta, atribuindo-se exequibilidade unicamente às decisões transitadas em julgado, não mais expostas ao perigo de serem reformadas depois de feita a execução”. Cf. LIEBMAN, Enrico Tullio. *Processo de Execução*. 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 1963, p. 51/52. Chiovenda também confessa: “Entrementes, pode a figura de uma sentença não definitiva, mas executória, e, pois, a separação entre a definitividade da cognição e a executoriedade. É o que sucede, em primeiro lugar, quando a condenação é confirmada ou proferida em grau de apelação, e isso porque a sentença de apelação, se bem que não definitiva, por sujeita à cassação, é todavia executória, uma vez que a cassação não suspende a execução da sentença, e o mesmo se dirá do pedido de revogação. Conquanto seja essa uma figura anormal, porque nos apresenta uma ação executória descoincidente, de fato, da certeza jurídica.” Cf. CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Vol. I. São Paulo: Saraiva, 1965, p. 235.

²¹⁵ No caso do mandado de segurança, não se pode falar propriamente de execução imediata, mas de eficácia imediata em função da **carga de executividade própria** da ordem proveniente da concessão da segurança.

noção do **plus** de efetividade que essa garantia constitucional proporciona, até porque as partes vêm a juízo não em busca da mera declaração do seu direito, mas da satisfação de seu direito, com a entrega do bem da vida pretendido.

A observação justifica a previsão de um tratamento mais detido do tema neste instante. Contudo, percebe-se não só em nossas próprias reflexões, como também nas obras dos processualistas que tratam do assunto a falta de uma perspectiva mais densa sobre ele. Os trabalhos se ressentem, por exemplo, de aprofundamentos referentes à concepção do **tempo** admitida, à sua importância ao longo da história da humanidade, à sua relevância hoje do ponto de vista econômico, enfim à sua influência nas relações humanas. São aspectos interessantes, pois se algum emissor pretende inserir, por exemplo, um discurso que verse sobre tempo e atividade jurisdicional, é necessário que o receptor saiba e apreenda razoavelmente o significado atribuído para as expressões **tempo e atividade jurisdicional**.

Por outro lado, os dois conceitos chaves de nossa Dissertação são a **cidadania e sua efetivação por meio de processo contra a Fazenda Pública**. Este chama a atenção em virtude do atual sistema pretender vencer a pessoas que litigam contra Fazenda pelo cansaço, com prolongamentos desnecessários dos procedimentos, com prerrogativas que mais se assemelham a privilégios.

Como se observa, uma significação, implicitamente admitida, de tempo faz-se sentir no desenvolvimento das idéias com as quais se está trabalhando, o que requer um tratamento mais detido sobre assunto. Tratamento este que não se constituirá em um profundo debate filosófico, mas, talvez até de forma mais acentuada, na visão que, ao longo da história, a humanidade teve do tempo até o estágio atual em que vivemos um tanto quanto escravizados por ele! Analisar-se-á, outrossim, a influência que o fator tempo possui não só no direito processual, mas no direito de uma forma geral, procurando-se, através do estudo sucinto de todos esses aspectos, estabelecer um significado razoável para as nossas referências ao fator temporal.

Enfim, a efetividade processual tem estreita ligação com a realização fático-material do direito no tempo mais adequado. razão porque o estudo fenômeno temporal não é só relevante, mas necessário.

2.2.1. O tempo na história

Para tanto: inicialmente, far-se-á uma abordagem histórica do significado do tempo ao longo da história da humanidade,²¹⁶ inserindo-se nesse retrospecto a visão filosófica e a científica do fenômeno, destacando a importância do tempo no mundo contemporâneo, no mundo ligado pela internet; posteriormente, tratar-se-á das relações entre tempo e direito, tentando-se aferir qual a noção de tempo utilizada pelos ordenamentos jurídicos e qual a influência do fator tempo no direito. Finalmente, serão destacadas as relações mais relevantes na atualidade entre o tempo e o fenômeno processual.

Os estudos históricos e, principalmente, os filosóficos têm o mérito de demonstrar que a ordenação das coisas no mundo não foi sempre do forma que se apresenta hoje e não têm necessariamente que permanecer na forma atual. Partindo-se dessa premissa, observam-se, em relação a alguns fatores, mudanças tão radicais que podem ser denominadas de verdadeiras revoluções. Exemplo disto é a concepção de tempo ao longo da história.

A vida contemporânea guia-se por relógios que ditam quando se deve acordar, o momento de se alimentar, o período em que se trabalha, enfim, regulam todas as atividades na sociedade. Essa constatação, tão simples e óbvia para o homem do início do século XXI, é exceção na história das sociedades humanas. Para se comprovar tal fato, basta observar que, há pouco mais de 200 (duzentos anos), poucas pessoas possuíam relógios portáteis. A idéia que possuímos hoje de tempo, ao contrário do que foi difundido de Descartes até Kant²¹⁷ no sentido de que o tempo seria um síntese *a priori* que estrutura a percepção humana independente de qualquer experiência, “situa-se num alto nível de generalização e de síntese, que pressupõe um riquíssimo patrimônio social de saber no que concerne aos métodos de mensuração das seqüências temporais e às regularidades que elas apresentam.”²¹⁸

Embora Kant afirme que o tempo é “uma representação fundamental que constitui a base de todas as intuições (...), sendo, sem dúvida, concebido *a priori*,”²¹⁹ a percepção do tempo depende da experiência de cada sociedade e, às vezes, da genialidade de um indivíduo como Einstein, que trouxe correções à concepção de tempo absoluto, ou seja, único e uniforme em toda extensão do universo físico, defendida por Newton.²²⁰ Esta posição

²¹⁶ Muitos entendem que não haveria história sem o ser humano, sendo, portanto, tautológicas expressões como história da humanidade.

²¹⁷ João Maurício Adeodato ao explicar as idéias de Kant nos ensina que para ele “o espaço e o tempo são as formas *a priori* com que nós humanos estamos aparelhados e que aplicamos obrigatoriamente à matéria sensíveis para apreendê-la.” Cf. ADEODATO, João Maurício. *Filosofia do Direito: uma crítica à verdade na ética e na ciência (através de um exame da ontologia de Nicolai Hartmann)*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 28.

²¹⁸ ELIAS, Norbert. *Sobre o tempo*. Trad. Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998, p. 35.

²¹⁹ KANT, Immanuel. *Crítica da razão pura*. Trad. Alex Martins. São Paulo: Martin Claret, 2001, p. 73.

²²⁰ HAWKING, Stephen William. *Uma breve história do tempo: do Big Bang aos buracos negros*. Trad. Maria helena Torres. Rio de Janeiro: Rocco, 1988, p. 30.

que se defende é facilmente comprovável com a análise das fontes históricas. Aliás, a própria história só adquire importância quando o ser humano passa a ter noções de passado, presente e futuro, ou seja, quando se confere grande importância ao tempo e aos seus desdobramentos.

No Egito Antigo, na Babilônia ou no Irã Antigo, ou seja, em civilizações mais antigas, era comum a correlação entre eventos naturais e sociais. No Egito, por exemplo, havia o culto a Osíris, que representava as cheias do Nilo. Todavia, como bem observa Gerald James Whitrow:²²¹ “os egípcios concebiam o tempo como uma sucessão de fatos recorrentes. Tinham muito pouco sentido de história, e mesmo de passado e de futuro.” Os Egípcios pensavam o mundo de forma estática e imutável, pois acreditavam que os Deuses o haviam criado do jeito que ele é hoje.²²² O isolacionismo do Egito, facilitado pela sua localização geográfica, e a regularidade das cheias e secas do rio Nilo²²³ explicam essa concepção.

Na Babilônia, as cheias dos rios Tigre e Eufrates não eram tão regulares como no Egito, o que afastava uma idéia de permanência. Todavia, foi nessa região que se desenvolveu com intensidade a astrologia em razão de uma crença antiga de que os eventos celestes provocavam uma reação na Terra, mais tarde dirigindo-se à idéia de que a vida do homem era controlada pelos astros, levando-se a uma concepção cíclica da história e rechaçando-se a idéia de progresso com o passar do tempo.

Na Grécia antiga, vamos encontrar interessantes instrumentos de medição do tempo como o relógio de água ou clepsidra e o quadrante solar. Não obstante há existência de várias idéias sobre o tempo entre os gregos, entre elas predominou a visão cíclica. O próprio Aristóteles acreditava que as artes e ciências eram descobertas muitas vezes e novamente perdidas, e Platão, por sua vez, pensava que todo progresso consistia em se tentar aproximar do modelo pré-existente no mundo atemporal das formas transcendentais, o que excluía a possibilidade de uma teoria evolutiva.²²⁴

A idéia linear de tempo em contraposição com a idéia cíclica somente surgiria com os judeus antigos. A religião que indicava como causa do declínio e da escravidão de Israel os pecados e a falta de fé ocorridos no passado, também prometia, desde o livro do profetas Daniel e Isaías, a vinda de um messias que enfrentaria os inimigos de Israel, restaurando a

²²¹ WHITROW, G.J. *O tempo na história (concepções sobre o tempo da pré-história aos nossos dias)*. Trad. Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1993, p.39.

²²² WHITROW, G.J. *O tempo na história (concepções sobre o tempo da pré-história aos nossos dias)*. Trad. Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1993, p.39.

²²³ A pesar disso, os Egípcios deram uma notável contribuição ao estudo do tempo que nasceu de necessidades práticas ligadas, também, às cheias do Nilo, que foi o seu calendário.

²²⁴ WHITROW, G.J. *O tempo na história (concepções sobre o tempo da pré-história aos nossos dias)*. Trad. Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1993, p. 62.

glória passada. Desta forma, os judeus “possuíam uma visão linear e unidirecional do tempo”²²⁵ com início na criação do mundo e fim na vitória do povo eleito na terra. Essa concepção seria transmitida, mais tarde, ao Cristianismo e ao Islamismo.

Na Roma Imperial, o cristianismo primitivo iria alterar fortemente a visão cíclica da história. Afora a tradição herdada dos judeus, a religião cristã, principalmente através de Paulo de Tarso, iria demonstrar a intenção de universalidade. Por outro lado, o Messias dos cristãos já tinha vindo à Terra e cumprido a sua missão. Era preciso olhar para o futuro, pois o tempo passava e a segunda vinda do Messias não se realizava.²²⁶ Com o Concílio de Nicéia, em 325, a religião cristã se tornou a oficial do Império Romano e o Imperador Constantino,²²⁷ por haver se convertido ao Cristianismo, deixa de ser um Deus, embora tenha sido reconhecido o seu direito divino ao trono.

Nessa perspectiva de se olhar para o futuro²²⁸ dos pensadores da Igreja Católica, encontramos Santo Agostinho. Ele, nas sua famosas “Confissões,” uma das primeiras autobiografias de que se tem notícia, toma a atividade da mente como base da medição temporal. O Bispo de Hipona, no norte da África, é responsável pela visão psicológica do tempo, por haver se preocupado com o modo com que nós o compreendemos. Ele ainda combate a visão aristotélica que identificava tempo com o movimento, pois para ele o tempo é o instrumento de medição dos movimentos e não o próprio movimento.²²⁹ Santo Agostinho, também faria observações ainda hoje comuns tais como: “Falamos do tempo e mais do tempo, dos tempos, e ainda dos tempos. Andamos constantemente com o "tempo" na boca. (...) São palavras muito claras e muito ordinárias, mas ao mesmo tempo bastante obscuras”.²³⁰

Dos Romanos, herdar-se-ia o calendário instituído por Júlio César, mais tarde substituído paulatinamente pelo calendário gregoriano (Papa Gregório XIII). Na Idade Média, excetuando-se algumas discussões isoladas como a referente ao cálculo da data da Páscoa não

²²⁵ WHITROW, G.J. *O tempo na história (concepções sobre o tempo da pré-história aos nossos dias)*. Trad. Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1993, p. 67.

²²⁶ É importante observar que segundo o Evangelho ninguém senão o Pai, Deus, sabe o dia e a hora em que haverá a segunda vinda.

²²⁷ O Imperador Constantino se converteria quando, em sonho, visualizara um estandarte com símbolo cristão com a frase “Com este símbolo vencerás”.

²²⁸ Aula de Filosofia de Direito nos Cursos de Mestrado e Doutorado em Direito da UFPE, ministrada pelo Professor João Maurício Leitão Adeodato em setembro de 2001. Essa perspectiva de olhar para o futuro foi elaborada para contrapor o pensamento de dois doutores da Igreja Católica: Santo Agostinho e Santo Tomás de Aquino. O primeiro no século V d.c. olhava para a frente, pois se preocupava com o futuro de um Igreja em construção. O segundo, olhava para trás, pois a instituição já tinha se solidificado.

²²⁹ AGOSTINHO. *Confissões*. Trad. J. Oliveira Santos e Ambrósio de Pina. São Paulo: Abril Cultural, 1973, p. 251.

²³⁰ AGOSTINHO. *Confissões*. Trad. J. Oliveira Santos e Ambrósio de Pina. São Paulo: Abril Cultural, 1973, p. 249.

se verificaram maiores modificações na concepção de tempo. A idéia de imutabilidade e estabilidade presente na Idade Média contribuiriam para isso. Grande alteração se observaria com a construção dos primeiros relógios mecânicos, cujo mecanismo foi passo a passo aperfeiçoado. Chegou-se a acreditar, a exemplo de Kepler, que o universo seria como um relógio, daí a concepção mecanicista do universo como algo que segue um ritmo certo e pré-ordenado.²³¹ Mais Tarde, encontraríamos Newton com a idéia de tempo absoluto. Idéia que seria contrastada por seu contemporâneo Leibniz que não acreditava que momentos do tempo pudessem existir independente de fenômenos.²³² Havia, ainda, diversos estudiosos preocupados em determinar a data exata da criação do mundo em face do predomínio da teoria criacionista.

Com o Renascimento, posteriormente com o movimento iluminista, com Rosseau e com outros pensadores estudando a origem da sociedade tal como a conhecemos, criar-se-ia ambiente para o surgimento de uma perspectiva histórica. Surgiriam as grandes navegações e com elas relógios marítimos. Foram descobertos novos mundos. O filósofo da história, o italiano Vico, afastando-se da influência de Descartes, defenderia a possibilidade de se compreender a história porque as instituições sociais, as línguas, costumes e leis são tão criações humanas como a matemática o é. A concepção de tempo modifica-se com muita rapidez. Surge a revolução industrial. Darwin apresenta a teoria da evolução das espécies. Firma-se a idéia de evolução. Idéia, aliás, que, no século XIX, teria, pelo menos, dois divulgadores na Faculdade de Direito do Recife.²³³

Com a revolução industrial, o capitalismo ganha força. Gláucio Veiga nos lembra ter Marx observado, no livro I do *Das Kapital*, que a máquina provocou uma verdadeira revolução, alargando o exército industrial de reserva e aumentando o grau de exploração, pois reduzindo o componente muscular da força, a máquina tornou proletária a

²³¹ Do antigo sistema de escape se evolui para um sistema baseado no pêndulo idealizado por Galileu. WHITROW, G.J. *O tempo na história (concepções sobre o tempo da pré-história aos nossos dias)*. Trad. Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1993, p. 140.

²³² Para fazer prevalecer suas idéias e desqualificar a de Leibniz, Newton se valeu de diversos meios fraudulentos. Cf. HAWKING, Stephen William. *Uma breve história do tempo: do Big Bang aos buracos negros*. Trad. Maria Helena Torres. Rio de Janeiro: Rocco, 1988, p. 247-248.

²³³ Refiro-me a José Hygino Duarte Pereira, divulgador das idéias de Herbert Spencer e Tobias Barreto que, à semelhança da escola histórica de Savigny, defenderia a historicidade do direito e a sua mutabilidade, variabilidade no tempo e no espaço. Tobias se basearia em Ihering, Haeckel e em Noire, autor que fez pouco sucesso em sua terra natal. Tobias também possuía em sua biblioteca um exemplar de *Das Kapital* de Marx, sendo o primeiro no Brasil a citá-lo, embora se duvide que ele tenha feito uma leitura mais atenta. Sobre o tema Cf. VEIGA, Gláucio. *História das idéias da faculdade de direito do Recife*. Vol. VIII. Recife: Artegraf, 1997. LOSANO, Mário. *O germanismo de Tobias Barreto*. In BARRETO, Luiz Antônio. **Tobias Barreto Obras Completas Edição Comemorativa. Estudos Alemães**. Aracaju, 1991, p. 277-284.

força de trabalho infantil e feminina.²³⁴ A máquina também foi utilizada para transporte com o surgimento das locomotivas a vapor. Viagens que há séculos duravam dias passaram a ser feitas em horas. Einstein surge com a teoria da relatividade e Hubble com a idéia do universo em expansão. Aparecem o Telex, o computador, o relógio, atômico, a padronização no sistema de contagem das horas a partir do Meridiano GMT (Greenwich Mean Time).

O sistema capitalista monetiza o tempo, como demonstra o Gláucio Veiga,²³⁵ tornando-se usual a expressão *time is money*. O tempo se torna elemento fundamental na nossa sociedade. Embora cada vez mais haja mudanças, a perspectiva histórica adquire destaque. As descobertas científicas afastam a limitação temporal de 6000 (seis mil) anos para milhões, hoje, bilhões de anos.

Com Bergson, tem-se a distinção entre tempo e duração, sendo aquele objeto de pesquisas científicas e esta o tempo uno e vivido na continuidade da consciência;²³⁶ com Heidgger, teríamos um retorno às fontes aristotélicas, buscando-se de maneira ontológica um tempo existencial, sendo a duração o lapso de tempo que abrange o movimento.²³⁷ Desta forma, podemos conceber o tempo como a parte mensurável do movimento, ou seja, duração ou o seu devir infinito, eterno.

É nesse mundo, em que existem datas, horários, minutos e até segundos precisos para diversas ações, que se faz necessário discutir o fenômeno jurídico, de modo específico o processual, os quais não podem ser alheios a essa visão do tempo, uma vez que ela está, de forma imanente, na vida dos homens que a eles estão submetidos.

2.2.2. O tempo no direito e no processo

A influência do fator tempo no Direito, pode dar-se sob duas perspectivas: o tempo como elemento integrante de uma situação jurídica, ou seja, o tempo como um dos

²³⁴ Cf. VEIGA, José Gláucio. *Revolução Keyneseana e Marxismo*. Recife, edição do autor, 1954, p. 22/23

²³⁵ Gláucio Veiga afirma que o “alto valor que o capitalismo dá ao tempo observar-se, especialmente, na perfeição da medida do mesmo e na utilização generalizada dos instrumentos dessa medida.” Cf. *Direito econômico: fundamentos, globalização, desglobalização, desfunção do Direito*. Mimeografado. Recife, 2001, p. 26.

²³⁶ WHITROW, G.J. *O tempo na história (concepções sobre o tempo da pré-história aos nossos dias)*. Trad. Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1993, p. 192.

²³⁷ Tucci, José Rogério Cruz. *Tempo e processo: uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual (civil e penal)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p.18. Sobre o tem Cf. HEIDEGGER, Martin. *O Ser e o tempo*. Parte I. Trad. Márcia de Sá Cavalcante. Petrópolis: Vozes, 1997, *passim*.

elementos do suporte fático da norma e o modo de se por o direito no tempo (a eficácia da norma no tempo, ou melhor, a eficácia do direito no tempo).²³⁸ Como exemplos da primeira hipótese, podemos citar a prescrição aquisitiva e a extintiva, a decadência, os prazos processuais, os prazos para execução de contratos e os prazos de privação da liberdade no direito penal. Como exemplos da segunda hipótese, tem-se a validade da norma no tempo, com o princípio de que a *lex posterior derogat priori* e o *do tempus regit actum*.

Neste instante, cabe fazer uma opção metodológica em função de visões básicas sobre o tempo. Segundo o discípulo de Heidegger, Lorenzo Carnelli,²³⁹ inspirado no existencialismo, só há um tempo, o existencial. O tempo cronométrico e o cronológico são falsos tempos. Miguel Reale²⁴⁰ coloca bem a questão ao indicar pelo menos duas significações de tempo aplicáveis ao direito. A primeira refere-se ao tempo cronológico, a determinado período, mensurável objetivamente que se tornou relevante para alguma regra jurídica. A segunda significação consiste no conceito de “tempo concreto da experiência jurídica, ou seja, o tempo da vigência dos preceitos e de sua eficácia no plano dos comportamentos humanos,”²⁴¹ é o tempo do direito enquanto inserido na dinâmica social. Não é um ano ou são dois anos, mas o tempo que integra o fato, o valor e a norma do fenômeno jurídico. Essa observação parece ser comum aos juristas que enfrentam a questão do tempo, pois, ainda que neguem validade ao tempo cronológico, ainda que deixem claro que a essência do tempo não pode ser as batidas de um relógio, não deixam de mencioná-lo.

Luigi Bagolini²⁴² explica a existência de tantas dificuldades em virtude das várias considerações psicológicas, lógico-simbólicas, metafísicas ao lado de duas que se sobressaem: a teoria física da relatividade e a análise lógico-filosófica existencialista²⁴³ da relação entre o ser e o tempo. Bagolini reconhece o problema do efeito do decurso do tempo para o direito como um problema técnico, citando como exemplos a resolução ou cessação de eficácia de um contrato ou a constituição em mora de um devedor.

²³⁸ PALENI, Erik. *Diritto e Tempo: Cenni Sistemati*. Disponível em <<http://www.cosino.it/logos/capitolo/html>> Acesso em [23/02/2002], p. 1.

²³⁹ *Tiempo y Derecho*. Buenos Aires: Libreria Juridica, 1952, p.59/60.

²⁴⁰ *O Direito como experiência: introdução à epistemologia jurídica*. 2ª Ed. São Paulo Saraiva, 1992, p.220-223.

²⁴¹ REALE, Miguel. *O direito como experiência: introdução à epistemologia jurídica*. 2ª Ed. São Paulo Saraiva, 1992, p. 220-223.

²⁴² BAGOLINI, Luigi. *Tempo obiettivato, tempo coscienziale e durata nell'esperienza giuridica*. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**, Milano: Giuffrè, settembre, annoXXXV, nº 3, 1981, p. 765-799. Neste artigo, Bagolini, citando Engisch, utilizou o conceito de dimensão temporal para denominar questões lógicas que envolvem o direito e o transcurso do tempo em contraposição com a questão ontológica que diz respeito ao tempo em si.

²⁴³ Poderíamos dizer ontológica, ou seja, o tempo considerado em si o que significa. Obviamente que não é o pêndulo de um relógio.

Optou-se pela primeira acepção e nisso concordou-se com Rogério Cruz e Tucci, ao afirmar que o movimento processual tende a ter uma determinada duração que se estudará, não obstante a eternização de muitos processos.²⁴⁴

O problema da excessiva duração dos processo, ou seja, do tempo, na conceituação que adotamos, tem sido objeto de constantes questionamentos na doutrina, no Legislativo e na sociedade em geral. Reconhece-se que, no Brasil, essa duração se constitui não só em óbice à efetividade da atividade jurisdicional, como também desestimula as pessoas a buscarem o judiciário para solução dos conflitos. O problema, todavia, da excessiva duração dos processos não é privilégio do Brasil, mas assume proporções mundiais.

José Carlos Barbosa Moreira²⁴⁵, em desmistificador artigo aponta que o Japão, a Itália, os Estados Unidos e a Inglaterra têm enfrentado problemas de duração excessiva do processo tão parecidos, guardadas as diferenciações necessárias, que os ingleses acabaram por adotar um Código de Processo Civil escrito semelhante aos da Europa Continental. A diferença entre esses países citados e o Brasil situa-se basicamente em dois aspectos. Esses países, a exemplo dos Estados Unidos,²⁴⁶ e, hoje, também a Itália,²⁴⁷ possuem razoável estáticas judiciais, ou seja, levantamento empírico do problema, além de um trabalho de política processual sério que, se não é ideal, não possui tantas contradições como brasileiro que quando parece que vai avançar, retrocede.²⁴⁸

²⁴⁴ TUCCI, José Rogério Cruz. *Tempo e processo: uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual (civil e penal)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 18.

²⁴⁵ *O futuro da justiça: alguns mitos*. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, a: 26, nº 102, abril-junho, 2001, p. 230.

²⁴⁶ Nos Estados Unidos, há algum já existem estudos abrangentes unicamente para calcular o tempo de duração de processo, existindo, entre outras, a seguinte fórmula para calcular a duração dos procedimentos especiais:

$D = \frac{P_t + F}{J + W} - 1$, em que:

P_t são os processos pendentes em uma dada corte de justiça no início do t;

F são processo iniciados no ano t;

J são processos definidos com sentença no ano t

W processos terminados no ano t

D é o índice de duração das controvérsias, ou seja, o cálculo do número anos presumidamente necessários para solucionar um processo iniciado no ano t + 1. Cf. CHASE, Oscar G. *Il problema della durata del processo civile in Italia e negli Stati Uniti*. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**, Milano: Giuffrè, settembre, anno XLII, nº 3, 1988 p. 913-968.

²⁴⁷ Na Itália, hoje, a execução imediata da sentença é a regra, tendo sido instituída através de reforma em que se cogitou, até mesmo, a extinção do recurso utilizado contra a sentença. Afora a busca da efetividade, a doutrina elenca a revalorização do juiz de primeiro grau e a inibição de recursos meramente protelatórios como os principais objetivos da reforma. Como único temperamento, permite-se, mediante requerimento dirigido ao próprio juiz de primeiro grau ou ao tribunal, a suspensão da execução quando manifestamente fundado o recurso. Cf. COMOGLIO, Luigi Paolo, FERRI, Conrado e TARUFFO, Michele. *Lezioni sul processo civile*. Bologna: Mulino, 1995, p. 659/660.

²⁴⁸ Exemplo disto é tutela antecipada que, entendemos, não antecipa a sentença, embora didaticamente se possa afirmar que ela concede a totalidade ou a parcela dos pedidos que a sentença apreciará; a tutela antecipada **antecipa** a execução produzindo efeitos no mundo dos fatos a partir de seu deferimento. Antecipar a sentença, infelizmente, em um sistema em que o efeito suspensivo da apelação é a regra (art. 520 do CPC) seria negar

Não se quer esquecer aqui a advertência, no artigo já citado de Barbosa Moreira,²⁴⁹ em relação às soluções estrangeiras para um problema nacional, mas o Brasil não possui estatísticas abrangentes de todo o Poder Judiciário. Mesmo na Justiça Federal, que possui regras acerca de dados estatísticos nacionais e unificadas, há quase trinta anos, em razão da existência do Conselho da Justiça Federal, não há uma maior interpretação, nem detalhamento desses dados, inexistindo números acerca da quantidade, por exemplo, de sentenças reformadas no segundo grau de jurisdição. As discussões, mesmo sobre fenômenos processuais, na Academia, geralmente, não trazem referenciais empíricos, os quais em muito poderiam validar as teses defendidas. É preciso conhecer, com metodologia e rigor científicos, as causas da duração excessivas de nossos procedimento para que se possa apontar com segurança s soluções.

O direito ao acesso à justiça, insculpido no art.5º, inciso XXXV da Constituição da República, consagra, também, a tempestividade e efetividade desse acesso. Só se pode pensar em efetividade do acesso à justiça admitindo-se que a solução para o conflito virá em tempo razoável, pois a demora ou a ausência de uma decisão pode ser pior para o indivíduo que uma decisão desfavorável²⁵⁰

Na Europa, com base no art. 6º da Convenção Européia para Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, a Corte Européia dos Direitos do Homem tem sistematicamente condenado países como Itália e França ao pagamento de indenizações em função de atraso injustificado na concessão da prestação jurisdicional²⁵¹.

Ora, a idéia de uma prazo razoável para solução do litígio é decorrência necessária da cláusula do devido processo legal, uma vez que é no tempo que se desenvolvem as ações humanas; é no tempo que se realiza a vida. Na ciência processual, a evidência do

qualquer efetividade à antecipação de tutela. Tal incongruência - a tutela antecipada, ainda que concedida sem audiência da parte contrária, produzir efeitos e a sentença prolatada após a instauração do contraditório, regra geral, não produzir efeitos, tentou-se eliminar através do anteprojeto nº 14 da comissão de reforma, que tornava a execução imediata da sentença regra. Contudo, ao chegar ao Ministério da Justiça, o anteprojeto foi modificado (projeto nº 3474/2000), permitindo-se a execução imediata, apenas, quando a sentença estiver de acordo com súmula ou quando confirmar a tutela antecipada, afora as hipóteses atualmente já existentes. Recentemente, com a aprovação da Lei nº 10.352/2001, restou adicionada ao art.520 do CPC a hipótese referente à confirmação da tutela antecipada.

²⁴⁹ *O futuro da justiça: alguns mitos. Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, a: 26, nº 102, abril-junho, 2001, p. 230.

²⁵⁰ Pesquisa empírica interessante seria determinar a quantidade de habilitações na Justiça Federal e nas Varas da Fazenda Pública Estaduais. Sem rigor, mas como fruto de nossa observação não controlada, mas diária, podemos afirmar que não são poucos os que morrem sem verem satisfeito o seu direito.

²⁵¹ Tucci, José Rogério Cruz. *Tempo e processo: uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual (civil e penal)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 67.

fator tempo tem sido ressaltada,²⁵² não só visualizando-se a questão da duração processual, mas também a da divisão do tempo entre as partes.

O processo, enquanto realidade inserido em dimensão histórica e temporal, possui um custo humano, consubstanciado na ânsia, no sacrifício, na mortificação, na desilusão, na frustração, na contrariedade, no sofrimento e na desilusão das partes, principalmente quando não se observa que o tempo enquanto instrumento deve ser utilizado em função da justiça a que serve e não contra ela.²⁵³

No caso específico das execuções contra a Fazenda Pública, vive-se entre mais retrocesso que avanço. Por exemplo, a Lei nº 10.266/2001 (Lei de Diretrizes Orçamentárias, sucedida pela 10.524/2002 e 10.707/2003) exige no art.23, §2º, e incisos I a IV, a certidão de trânsito em julgado da sentença ou acórdão nos embargos à execução para que o valor requisitado via precatório seja incluído no orçamento. Ora, a questão dos efeitos da sentença do processo de conhecimento já era grave, pois além da crítica já dirigida ao efeito suspensivo do recurso de apelação, de não raro serem promulgadas leis e editadas Medidas Provisórias limitando a concessão de provimentos urgentes e submetendo-se o efeito da sentença ao trânsito em julgado, há o instituto da remessa necessária contido no art. 475, do Código de Processo Civil (CPC),²⁵⁴ que se constitui, segundo a doutrina, em condição de eficácia da sentença e leva a um duplo juízo de fato e de direito sobre a causa inafastável. Observe-se, se a simples possibilidade de duplo juízo de mérito sobre a mesma questão de fato e de direito já é objeto de consideráveis críticas aqui e alhures, pois exige-se tão somente a sucumbência como requisito, imagine-se o que se pode afirmar em relação às ações contra a Fazenda Pública em que o duplo juízo é obrigatório,²⁵⁵ e ao Congresso Nacional que, não satisfeito

²⁵² MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença*. 4ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p.16-19.

²⁵³ DANOVI, Remo. *I tempi della giustizia e i costi umani*. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**. Milano: Giuffrè, marzo, anno L, nº 1, 1996, p.287-294.

²⁵⁴ No sistema brasileiro, portanto, o cidadão, ainda que não haja recurso "voluntário", ver-se privado de ter efetivado o seu direito, pois terá que aguardar o julgamento da remessa necessária, julgamento aliás que em nada poderá melhorar a sua situação, mas cujo ônus pela demora no julgamento será suportado unicamente por ele que já teve o seu direito reconhecido no primeiro grau. O tempo, sempre a favor da Fazenda Pública, a qual é responsável pela maioria dos recursos interpostos perante o STJ e o STF, provoca além de um custo econômico, um custo humano que só pode ser sentido na vida que se passa fora do processo, na realidade que a tutela jurisdicional deve modificar sob pena de estar tornando, por muitos anos, o direito, muitas vezes já pacificado jurisprudencialmente, em uma aspiração distante, em uma triste lição de desesperança.

²⁵⁵ E, o que é gravíssimo, a reforma só pode ser a favor da Fazenda a teor da súmula nº 45 do STJ, que representa, sem dúvida, posição lamentável da jurisprudência, que parece olvidar ser o direito "dos mais miseráveis dos homens, o direito do mendigo, do escravo, do criminoso, não é menos sagrado, perante a justiça, que o do mais alto dos poderes." Cf. BARBOSA, Ruy. *Oração aos moços*. 16ª ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 1999, p. 76-77. Na atualidade, nós poderíamos dizer que o direito dos aposentados e dos que deveriam ter e não tiveram o benefício concedido, o dos que sofreram danos por atos ou fatos do Estado, dos que tiveram tributos cobrados indevidamente, dos que sofreram as consequências de atos administrativos ilegais não é menos sagrado

com algumas prerrogativas e vários privilégios injustificados, acresce requisito para o precatório requisitório não previsto pela Constituição.

Na prática, depois de esperar longos anos pelo trânsito em julgado no processo de conhecimento, o autor, na condição de exeqüente, terá de esperar que o Tribunal julgue os embargos, mesmo que estes tenham sido julgados improcedentes ou rejeitados liminarmente,²⁵⁶ embargos estes que podem subir ao Superior Tribunal de Justiça (STJ) ou ao Supremo Tribunal Federal (STF) e, mesmo que não subam, subirão os agravos de instrumento para fazê-los subir. E depois de tudo isso é que se expedirá o precatório para ser pago, em aproximadamente, um ano e oito meses se for respeitado o prazo constitucional. Pode-se afirmar com segurança que muitos morrerão sem ver satisfeita a obrigação de pagar e muitos outros se desiludirão ainda mais com a atividade jurisdicional. Esse quadro é lamentável, principalmente quando o Congresso Nacional discute Reforma do Judiciário e por via transversa o inviabiliza. É incoerência e falta de qualquer preocupação com a duração dos processos.

É com essas perspectivas que as técnicas processuais devem ser revisitadas e criticadas em busca da efetividade, pois somente dentro de um tempo adequado se poderá construir um processo judicial efetivo para confirmação da cidadania.

2.3. Cidadão e processo na atualidade

Nesse sentido, para o cidadão do Estado Democrático de Direito, consagrador da cidadania e da dignidade da pessoa humana, o conceito de processo com o qual se deve trabalhar de há muito superou a visão de que ele serviria unicamente para satisfação dos direitos subjetivos clássicos ou para a aplicação pura e simples do direito objetivo.²⁵⁷ Tal concepção se mostra adequada àquele elemento civil da cidadania dos séculos XVIII e XIX, mas imprestável para a atualidade.

que o do erário público, pois esta premissa de ter este razão contra o resto do mundo nenhuma lei reconhece, nem existe enquanto princípio constitucional.

²⁵⁶ Nessas hipóteses, o recurso de apelação é recebido no efeito só devolutivo.

²⁵⁷ Para Chiovenda, o processo é “o complexo de atos coordenados ao objetivo da atuação da vontade concreta da lei.” Cf. CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Vol I. Trad. Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 2002, p. 56.

Sem dúvida, o novo processo se constitui em uma fonte autônoma de bens para o novo cidadão, mas não apenas no sentido utilizado por Chiovenda,²⁵⁸ quando se refere a efeitos jurídicos que só podem ser produzidos no processo, como a certeza jurídica, a desconstituição de negócios jurídicos, mas principalmente como instrumento para efetivação da cidadania, cujo conceito como já demonstrado não se esgota no direito à clássica participação política via democracia direta ou representativa.

As garantias constitucionais do processo visam a assegurar uma atuação política do cidadão e de outros legitimados em defesa da ordem jurídico-constitucional como um todo, pois de há muito os efeitos das decisões judiciais não se restringem as partes envolvidas, principalmente em um sistema em que o papel da jurisprudência tem sido prestigiado. Em verdade, além das hipóteses de controle concentrado de constitucionalidade, desde a Lei nº 9. 756 de 17 de dezembro de 1998 e leis posteriores, a presença de súmula de tribunal superior passou a ser critério para a existência ou não de julgamento colegiado ou **monocrático** pelo relator do recurso.

Um cidadão, por exemplo, inscrito em concurso público violador dos princípios previstos no art. 37 da Constituição da República, que aciona a Fazenda Pública perante o Estado juiz para que sejam assegurados a impessoalidade e moralidade, sem dúvida contribui para o aperfeiçoamento da igualdade de oportunidades e pela transparência que deve estar presente no Estado de Direito. Uma associação que parte em defesa dos aposentados por uma ato inconstitucional ou ilegal do Poder Público contribui para o aperfeiçoamento da instituições. Da mesma forma, quando o Ministério Público ingressa com uma ação contra atos de governo danosos ao meio ambiente, sem dúvida contribui para a legalidade dos procedimentos administrativos e para os direitos das futuras gerações.

Por todas essas razões é que o novo processo deve ser público, tornando transparentes atos administrativos, muitas vezes destituídos de motivação, em contraditório, assegurando a igualdade de armas, vedadas as provas obtidas por meio ilícitos. A defesa dos atos deve ser oportunizada aos Entes Públicos, o processo tem que se encerrar em um prazo razoável, medidas urgentes quando necessárias tem que ser utilizadas, os procedimentos devem ser simplificados, respeitando-se o contraditório, mas visando-se à aceleração da resolução dos conflitos e efetivando-se, caso reconhecidos, os direitos cidadãos.

²⁵⁸ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Vol I. Trad. Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 2002, p. 69.

2.3.1. O cidadão e o processo entre particulares

Apesar de existir um problema estrutural na administração da justiça no Brasil, que atinge o modo de ser do processo em todos os órgãos, a efetividade do processo entre privados tem sido perseguida com uma rapidez consideravelmente maior que a do processo em face dos Entes Públicos.

Não obstante o ordenamento jurídico brasileiro ter criado verdadeiras pérolas como o mandado de segurança, a regra é que vários avanços consistentes em simplificação dos procedimentos, aplicabilidade de medidas urgentes necessárias, aplicação de novas figuras processuais, não sejam admitidos em face da Fazenda Pública, por vezes, por disposição legal, ou seja, por decisão do legislador, em várias oportunidades, “monocrático,” outras vezes por hesitação do próprio Judiciário.²⁵⁹ Nessa linha, pode-se citar: a) a inadmissão da pessoa jurídica de direito público como ré nos juizados especiais cíveis por força da Lei nº 9.099/95; b) a impossibilidade de deferimento de tutela antecipada em face da Fazenda Pública nas hipóteses remissivas da Lei nº 9494/97, cujo artigo primeiro teve a constitucionalidade declarada na ADC nº 4 - DF pelo Supremo Tribunal Federal; c) o posicionamento de parcela significativa da jurisprudência em favor da impossibilidade de se aplicar multa ao Ente Público para efetivação das obrigações de fazer e não fazer; d) o prolongado debate doutrinário e jurisprudencial sobre a possibilidade de execução contra a Fazenda Pública fundada em título extrajudicial; e) o debate e a solução adotada para possibilitar a aplicação do procedimento monitório contra a Fazenda Pública; f) a interpretação conferida ao regime do precatório na execução da obrigação de pagar; g) a tutela dos interesses circunstanciais do Ente Público por parte de vários magistrados, que muitas vezes o confundem com a noção de interesse público.

Se se observar os conflitos entre privados, constata-se a) a existência de um mecanismo altamente sofisticado de tutela de urgência que pode ir, em algumas hipóteses, até a alienação de bens do devedor em hasta pública, independentemente de caução; b) um sistema eficiente para efetivação das obrigações de fazer ou não fazer; c) a existência de vários procedimentos unitários e/ou simplificados plenamente aplicáveis como a ação de

²⁵⁹ Cassio Scarpinella chega a afirmar existir uma contra-reforma que limita todas as inovações ao processo civil tendentes a aplicar o modelo de 1988 às controvérsias entre particulares. Cf. BUENO, Cassio Scarpinella. *O poder público em juízo*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 281.

despejo, ação monitória, ações possessórias; d) a execução provisória redimensionada, dispensando-se a caução em algumas hipóteses; e) a existência de um órgão especial para questões de menor complexidade; f) a permissão em alguns diplomas normativos da expropriação extrajudicial, a exemplo do Decreto-Lei nº 70/66, ao Decreto-Lei nº 911/69 e a aplicação da própria pena de perdimento pela Receita Federal, devendo-se registrar que o Supremo Tribunal Federal vem ratificando a recepção desses institutos pela Constituição de 1988.

Se a Europa continental não compreendeu, ainda, o pleito civil, como adverte Pontes de Miranda,²⁶⁰ também é verdade que, no Brasil, não se compreendeu ter o processo civil larga aplicabilidade nos conflitos entre o cidadão e a Fazenda Pública, não se fazendo pertinente uma série de restrições que atualmente são elaboradas. Ademais, o processo contra os Entes Públicos deve ser tão efetivo, tão justo como e até mais que o processo entre privados. Da Fazenda não se deveria esperar, por exemplo, atos de extrema deslealdade processual, pois se determinados atos quando praticados por particulares atentam contra a dignidade da jurisdição, se esses mesmos atos forem praticados pelos Entes Públicos o que resta violado é o próprio respeito ao Estado de Direito e à finalidade última das instituições que a preservação do interesse público.

2.3.2. O cidadão e o processo em face da Fazenda Pública

A missão do Estado nas democracias contemporâneas é a efetivação da cidadania. A inefetivação dos direitos e deveres inerentes à cidadania é sempre um risco à democracia. Ressalte-se que a democracia não é o melhor sistema na ausência de outro superior; a democracia deve ser perseguida, no país, porque é o melhor sistema que existe, principalmente se se considerar como valores irrenunciáveis, na evolução social, como a dignidade da pessoa humana, a tutela das liberdades e a existência de direitos fundamentais,²⁶¹ civis, políticos, sociais, econômicos e metaindividuais com os remédios adequados em caso de desrespeito. Embora o Estado não seja o único ator no meio social, é dele a missão de tutelar e tornar reais essas garantias inerentes à cidadania. Ora, embora o espaço político,

²⁶⁰ ÁLVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto de. *Jurisdição e administração*. **Revista de informação legislativa**. a: 30, nº 119, jul/set, 1993, p. 218/219.

²⁶¹ DAHL, Robert A. *Sobre a democracia*. Trad. Beatriz Sidou. Brasília: Universidade de Brasília, 2001, p. 58.

visando a influenciar o Legislativo e o Executivo, seja altamente relevante e veículo natural para uma série de pretensões que consistem em opções de natureza política,²⁶² não se pode deixar de considerar a necessidade de que exista um justo processo para que vários direitos postos de maneira imperativa no texto constitucional sejam garantidos e exigidos do Estado.

Direitos sociais como à educação, à saúde, à previdência e à assistência nos termos de leis já existentes não podem ser negados, sob a alegação de que ao Judiciário não caberia a efetivação, pois raciocinar desta forma seria o mesmo que deixar esses direitos, no Brasil, como palavras lançadas no papel. Contudo, não basta que se possa invocar a tutela jurisdicional para que, por exemplo, se conceda um benefício previdenciário a um companheiro homossexual, que se construa uma escola em uma região em que inexistente ou que se forneça transporte para deslocamento dos estudantes, é preciso que, ao se invocar a tutela jurisdicional, o cidadão disponha de um processo justo, apto a atender às exigências constitucionais e internacionais fundamentais, permitindo-lhe o pleno exercício do direito material acaso reconhecido. Não se pode, portanto, conceber o modo de ser do processo em face dos Entes Públicos como um procedimento necessariamente demorado e sujeito a todo tipo de vicissitudes, mas como um processo em que valores como lealdade, efetividade, igualdade devem ser mais acentuados que naqueles entre privados.

Para garantir, portanto, uma cidadania processual é preciso que o direito fundamental de acesso à justiça seja instrumentalizado por meio de um processo justo, cujo grau de efetividade será aferido no tempo, dimensão da vida humana a que o sistema jurídico deve servir.

Nessa perspectiva, nos próximos capítulos, analisar-se-á o modo ser, na atualidade, do processo em face da Fazenda Pública no Brasil, descrevendo-o criticamente à luz das modernas garantias processuais já explicitadas, da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais que esse processo tem que efetivar.

²⁶² Por exemplo, é opção constitucional, alterável por Emenda à Constituição, financiar a previdência com impostos ou contribuições, com ou sem a contribuição dos inativos.

CAPÍTULO III - PROCESSO EM FACE DA FAZENDA PÚBLICA E EFETIVIDADE

3.1. A Fazenda Pública: entre a unicidade e a dualidade de jurisdição. 3.2. A Fazenda Pública em juízo no Brasil. 3.2.1. Breve histórico e conformação atual. 3.2.2. Pontos sensíveis no processo de conhecimento em face da Fazenda Pública. 3.2.3. Pontos sensíveis nas tutelas de urgência em face da Fazenda Pública. 3.2.4. Pontos sensíveis do processo de execução em face da Fazenda Pública. 3.3. Efetividade e execução em face da Fazenda Pública: disfunções. 3.3.1. Obrigações de Pagar. 3.3.2. Obrigações de Fazer. 3.3.3. O Judiciário, o Executivo e o Legislativo no processo em face da Fazenda Pública: análises. 3.4. Os Juizados Especiais Federais: alternativa para efetividade processual em face da Fazenda Pública.

Neste capítulo, serão estudados os modelos de unicidade e dualidade de jurisdição, fixando-se a posição do sistema brasileiro nessa dicotomia. Em seguida, será analisado o atual modo de ser do processo em face da Fazenda Pública no Brasil, aferindo-se se ele tem se mostrado ou não apto a cumprir a tutela dos direitos dos cidadãos quando inseridos em conflito de interesses perante o Poder Público.

3.1. A Fazenda Pública: entre a unicidade e a dualidade de jurisdição

A possibilidade de revisão dos atos da administração por uma instância distinta da própria administração não se constitui em uma regra universal. Em muitos países, durante longos períodos, só a administração “julgava” a administração nos seus confrontos com os cidadãos. Em outros, desde o início coube ao Poder Judiciário a revisão dos atos administrativos. Essa diferença gerou consequências visíveis na atualidade. Nesse sentido, uma classificação possível dos sistemas processuais pode, também, dividi-los entre os que adotam a unicidade e aqueles que adotam a dualidade ou duplicidade de jurisdição. Os países ligados a *Common Law*, de origem anglo-saxônica, adotam, regra geral, a unicidade, e os de tradição romano-germânica, da Europa-Continental, adotam a dualidade.

A adoção da dualidade de jurisdição encontra as suas raízes no próprio direito romano, o qual foi o único direito europeu comum existente, no momento histórico em que a Europa estava unificada sob o domínio do Império Romano. Em razão da enorme contribuição do direito romano para o direito privado e sua inaptidão para o direito público, compreende-se porque:

“durante séculos, o direito privado foi o único direito do continente europeu. As jurisdições instituídas ou reconhecidas pelo Estado só podiam desempenhar suas funções na esfera do direito privado: se a administração figurasse como parte do litígio, todo o sistema ver-se-ia falseado, tanto no plano da teoria como na prática. (...) na prática, em virtude de constituir sério problema poderemos juízes proferirem suas decisões de modo imparcial e independente em litígio tendo como parte o Estado e o particular.”²⁶³

Com a Revolução Francesa e a doutrina da separação de poderes, lastreada em Montesquieu, restou inconcebível a possibilidade de os atos administrativos serem apreciados e eventualmente anulados pelo Poder Judiciário. Na França, a multireferida Lei 16-24 de agosto de 1790, no art. 13, afastou o controle jurisdicional da atividade administrativa, somente mais tarde surgindo o Conselho de Estado e passando-se admitir a idéia de um contencioso administrativo. Em razão dessa concepção de separação de poderes, a idéia de o juiz, a que eles chamam de ordinário, não poder apreciar e anular os atos da administração pública se espalhou pela Europa Continental em países como Itália, Alemanha, Espanha e Portugal.²⁶⁴ Só a administração podia revisar os seus atos. Castro Nunes observa que, no direito continental europeu, a restauração do direito individual lesado se dá basicamente através da forma reparatória, não se admitindo injunções contra a administração.²⁶⁵

Na Inglaterra, contudo, a doutrina da separação dos poderes não foi adotada com tanta força, ou, como se extrai das lições de Cappelletti,²⁶⁶ não foi adotada em sua versão francesa. Até porque a idéia vencedora foi a de predomínio do parlamento, a da supremacia da lei que deveria ser igual e aplicada a todos, independente de sua condição de funcionário da

²⁶³ ÁLVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto de. *Jurisdição e administração*. **Revista de informação legislativa**. a: 30, nº 119, jul/set, 1993, p. 218/219.

²⁶⁴ CAPPELLETTI, Mauro. *O constitucionalismo moderno e papel do poder judiciário na sociedade contemporânea*. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, outubro-dezembro, ano 15, nº 60, 1990, p. 111.

²⁶⁵ NUNES, José de Castro. *Do mandado de segurança e de outros meios de defesa contra atos do poder público*. Rio de Janeiro: Forense, 1980, p. 31.

²⁶⁶ CAPPELLETTI, Mauro. *Appunti per una fenomenologia della gisutizia nel XX secolo*. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**. Milano: Giuffrè, annoXXXII, nº 4, 1978, p. 1388-1389.

Coroa ou não, por exemplo, ou de classe. Como demonstrado no primeiro capítulo deste trabalho, a igualdade civil inglesa antecedeu, corolário da cidadania civil, antecipou a generalização da cidadania política. Por outro lado, os juízes gozavam de prestígio, não havendo a magistratura inglesa sofrido os desgastes que houve na França em razão do comportamento dos juízes do Antigo Regime. No sistema inglês, portanto, os atos da administração pública se submetiam ao juiz comum, ressaltando-se que a possibilidade de o judiciário inglês revisar atos administrativos e a extensão desse controle é algo que vem sendo construído historicamente, não sem dificuldades, através da afirmação de independências do judiciário inglês. Recorde-se que a Inglaterra até hoje não permite, internamente, o controle de constitucionalidade das leis pelo judiciário e tem dificuldades na sua integração na União Européia.²⁶⁷²⁶⁸

Interessa para esta dissertação a verificação de que o sistema de unicidade inglês foi adotado pelos Estados Unidos da América, os quais deram notável contribuição para aperfeiçoamento e surgimento de instrumentos de controle da administração pelo Poder Judiciário, pois adotaram a supremacia da Constituição e não das leis e criaram diversos *writs* para preservação de direitos fundamentais perante o Poder Público e particulares.

Como se apreende do estudo de Oswaldo Trigueiro, desde antes do famoso caso *Marbury v. Madison* em 1803, já havia casos de *Judicial Review* em *New Jersey* (1780), Virgínia (1782) e Carolina do Norte em (1787), todavia, apesar de vigilantes contra violações das legislaturas à Constituição escrita, havia excessiva prudência na revisão judicial, o que explica o intervalo de cinquenta anos entre o caso *Marbury v. Madison* e a segunda decisão da Suprema Corte Federal sobre inconstitucionalidade de leis.²⁶⁹

No que concerne aos atos administrativos, o direito norte-americano disponibiliza ao cidadão uma série de recursos judiciais, entre os quais, Oswaldo Trigueiro cita os seguintes *writs*: a) o *mandamus* e b) *injuction*, embora o cidadão não possa demandar

²⁶⁷ ÁLVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto de. *Jurisdição e administração*. **Revista de informação legislativa**. a: 30, nº 119, jul/set, 1993, p. 224.

²⁶⁸ CAPPELLETTI, Mauro. *Renegar de Montesquieu? La expansion y la legitimidad de la justicia constitucional*. Trad. Paulo de Luis Durán. **Revista Española de Derecho Constitucional**. Año 6, nº 17, mayo-agosto, 1986, p. 31.

²⁶⁹ TRIGUEIRO, Oswaldo. *O regime dos estados na união americana*. Rio de Janeiro: Companhia Editora Americana, 1942, p.210-211. Nessa interessante obra, o autor explicita as posições, presentes nos Estados Unidos da América, a favor e contra a revisão judicial das leis em face do silêncio do texto constitucional, citando Hamilton e Jefferson, e analisando a influência da Emenda XIV (devido processo legal), a qual permitiu que quase todo ato legal pudesse ser submetido a um teste de constitucionalidade. Apesar dos elogios ao sistema norte-americano, Oswaldo Trigueiro não poupou críticas à organização da justiça, principalmente pela inexistência de juízes de carreira estáveis. Cita, também, o caso de alguns Estados em que se exige maioria qualificada de votos para declaração de inconstitucionalidade.

diretamente a Fazenda Pública sem o seu consentimento.²⁷⁰ Esses limites são conhecidos como *sovereign immunity* ou *governmental immunity*, aos quais se pode acrescentar a possibilidade de o Congresso delegar poder judicial a uma agência, o que foi aceito pelo Poder Judiciário daquele país por entender que a garantia de o Poder Judiciário ser exercido por juízes com vitaliciedade (*lifetime tenure*) e proteção salarial não se aplica a controvérsias envolvendo direitos entre privados e governo.²⁷¹

Com o passar do tempo, desenvolveu-se, na Europa Continental, o contencioso administrativo, permitindo-se a revisão dos atos da administração pela própria administração pública, ou seja, o órgão de julgamento integrava a administração, e o procedimento era determinado por lei especial distinta da dos Códigos de Processo Civil. No início, esse sistema se mostrava extremamente precário, pois os “julgadores” eram funcionários sob as ordens da administração. Como anota, em relação à disciplina alemã anterior à Segunda Guerra Mundial, Othmar Jauernig de Heidelberg:

A concessão da proteção judicial dependia de o litígio ser civil no sentido da GVG §13. Os litígios de direito público competiam aos serviços administrativos, portanto, serviços dependentes porque sujeito a ordens. Sem dúvida, os tribunais administrativos também decidem, mas atribuíam-lhes uma proteção jurídica muito lacunar: só certos litígios podiam ser trazidos perante eles (o chamado princípio da enumeração), e os tribunais administrativos da primeira instância, ainda por cima, não eram verdadeiros tribunais, porque neles actuavam funcionários administrativos a que faltava independência pessoal, pois eram pelo menos amovíveis a qualquer momento.²⁷²

Não obstante, o sistema foi sendo aperfeiçoado, estendendo-se garantias do processo civil e penal para o contencioso administrativo, dotando-se de **independência** os

²⁷⁰ Oswaldo Trigueiro observa que, no sistema norte-americano, o cidadão não poderia demandar diretamente o erário público, porém os *writs* cumpriam satisfatoriamente o papel de proteger o cidadão contra atos da administração pública, inibindo a ação de maus funcionários públicos a quem eram dirigidos mandados judiciais. Os cidadãos quais poderiam acionar esses funcionários civil e criminalmente. Nas suas palavras: “A *Common Law* assegura ainda ao cidadão meio de defesa mais ou menos eficiente, para os caos em que ele é lesado por ato ilegal ou abuso de poder. Ele não pode demandar o erário público, mas pode, em compensação, acionar civilmente, e processar criminalmente, o funcionário responsável pelo ato incriminado. Esse expediente afigura-se injustificável e obsoleto, mas, na prática, funciona de modo mais ou menos satisfatório: ele liberta a fazenda da praga das execuções, e atemoriza os agentes da administração, a começar pelos exatores fiscais, com os rigores medievais que vêm da justiça inglesa, e que, ao menos parcialmente, sobrevivem na justiça americana.” Cf. TRIGUEIRO, Oswaldo. *O regime dos estados na união americana*. Rio de Janeiro: Companhia Editora Americana, 1942, p. 214. Castro Nunes, cita além do *habeas corpus*, o *mandamus*, *certiorari*, *injunction*, *prohibition* e *quo warranto*. Cf. NUNES, José de Castro. *Do mandado de segurança e de outros meios de defesa contra atos do poder público*. Rio de Janeiro: Forense, 1980, p. 35.

²⁷¹ Mary Kay Kane. *In civil procedures (in a nut shell)*. Minnesota: West Publishing CO, 1996, p.207 *apud* DANTAS, Francisco Wildo Lacerda. *Execuções contra a fazenda pública*. Brasília: Brasília Jurídica, 1999, p.95.

²⁷² JAUERNIG, Othmar. *Direito processual civil*. Trad. F. Silveira Ramos. Coimbra: Almedina, 2002, p. 43.

julgadores a tal ponto que não é incorreto afirmar que hoje os tribunais administrativos se constituem, em países como a Itália e a Alemanha, em verdadeiros órgãos jurisdicionais especializados, porque assegurada a imparcialidade. Ademais o Poder Judiciário não pode ser caracterizado apenas pela solução dos conflitos, pois ele não é a única instância que os resolve, nem pela imutabilidade de suas decisões, mas principalmente pela sua independência, pela sua condição de terceiro desinteressado no conflito que lhe é submetido. Zaffaroni fixa que, embora a solução de conflitos, solução esta que necessita da coisa julgada, seja a função última do Poder Judiciário, ele deve desempenhá-la com particularidades muito peculiares, o que não seria possível sem um alto grau de imparcialidade, sem ser um ente supra partes, sem ser um terceiro, justificando que a jurisdição não pode ser ou não imparcial, pois se não for imparcial, não é jurisdição.²⁷³

Na Alemanha, após a Segunda Guerra Mundial, foi estabelecida uma cláusula geral de jurisdição administrativa, extinguindo o anterior sistema da enumeração, permitindo-se o conhecimento de todos os litígios de direito público de natureza não constitucional, separando-se os tribunais administrativos completamente da administração “orgânica e pessoalmente, para serem tribunais autênticos, ou seja, independentes.”²⁷⁴ Na Alemanha, todos os juízes, a exemplo dos que compõem os tribunais administrativos, financeiros, do trabalho, e não apenas os da jurisdição contenciosa comum, são independentes e submetidos somente à lei, não sendo mais problemático escolher a via judicial ou administrativa, mas de que via judicial se utilizar.²⁷⁵

Na Itália, houve uma preocupação constitucional com a proteção do cidadão perante os atos da administração pública, dispondo o art. 113 que contra os atos da administração pública é sempre garantida a tutela jurisdicional dos direitos e dos interesses legítimos diante dos órgãos de jurisdição ordinária ou administrativa, não se admitindo a limitação à determinada categoria de atos, cabendo à lei determinar quais órgãos jurisdicionais poderão anular os atos da administração nos casos previstos pela própria lei. O art. 103 da mesma Constituição, inserido no Título IV *La Magistratura*, por sua vez, prevê o Conselho de Estado, atribuindo-lhe, bem como aos outros órgãos da justiça administrativa, jurisdição para tutela dos interesses legítimos em confronto com a administração pública.

²⁷³ O professor argentino chega a afirmar de forma categórica: “(...) sem imparcialidade não há jurisdição. A imparcialidade é a essência da jurisdição e não seu acidente”. Cf. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Poder judiciário: crise, acertos e desacertos*. Trad. Juarez Tavares. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p.86.

²⁷⁴ JAUERNIG, Othmar. *Direito processual civil*. Trad. F. Silveira Ramos. Coimbra: Almedina, 2002, p. 44.

²⁷⁵ JAUERNIG, Othmar. *Direito processual civil*. Trad. F. Silveira Ramos. Coimbra: Almedina, 2002, p. 44.

Embora se tenha afirmado que a unicidade era importante para garantir a independência da magistratura italiana, criando-se seções especializadas junto a um só órgão de jurisdição ordinária, prevaleceu a tese da dualidade com a existência de toda uma justiça administrativa.²⁷⁶ Todavia, o sistema italiano criou uma complexa distinção entre interesse legítimo e direito subjetivo no confronto com a administração pública, atribuindo competência a justiça administrativa para tratar da primeira hipótese e ao juiz ordinário competência para segunda hipótese. Existem casos de direitos subjetivos de jurisdição exclusiva do juiz administrativo, ressaltando Fazzalari que o juiz civil, conhecido como ordinário, não pode anular, mas só desaplicar o ato administrativo, podendo, por sua vez, o juiz administrativo anular o ato da administração pública.²⁷⁷²⁷⁸

Na França, onde o Conselho de Estado, órgão nascido no seio da administração, desenvolveu a idéia do contencioso administrativo, até os nossos dias, os atos da administração não podem ser revisados pelo Poder Judiciário, existindo duas pirâmides distintas de jurisdição.²⁷⁹ Em verdade, o que se tem observado, nos países que adotam o dualismo jurisdicional, é que as garantias do justo processo, principalmente a independência do órgão julgador, foram estendidas a essas “Cortes Administrativas”.²⁸⁰

Assevere-se que não existe um sistema em si melhor, ideal. Embora a unicidade tenha surgido em países em que o judiciário tem prestígio e permitido um maior controle dos atos do Poder Público, é preciso reconhecer, mais uma vez com Zaffaroni,²⁸¹ que o judiciário inglês e o norte-americano não são modelos impecáveis a serem copiados. Ademais, se os sistemas que consagram a dualidade oferecerem um processo justo aos

²⁷⁶ COMOGLIO, Luigi Paolo, FERRI, Conrado e TARUFFO, Michele. *Lezioni sul processo civile*. Bologna: Mulino, 1995, p. 585.

²⁷⁷ (...) *tuttavia, il giudice civile non può annullare, ma solo <disapplicare> l'atto, cioè tenerlo in non cale ai fini e nei limiti della propria sentenza (...)* Per converso, il giudice amministrativo ha potere di annullamento del provvedimento illegittimo della pubblica amministrazione. Cf. FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di diritto processuale*. Padova: CEDAM, 1996, p. 225.

²⁷⁸ COMOGLIO, Luigi Paolo, FERRI, Conrado e TARUFFO, Michele. *Lezioni sul processo civile*. Bologna: Mulino, 1995, p.95-103.

²⁷⁹ GUINCHARD, Serge *et al.* *Droit processuel: droit commun du procès*. Paris: Dalloz, 2001, p. 429.

²⁸⁰ Zaffaroni não poupa críticas ao sistema judiciário francês, e corrobora o pensamento de que até hoje, na França, onde não há controle jurisdicional e *a posteriori* de constitucionalidade das leis, o Poder Judiciário não é um poder independente, pois é o presidente o garantidor da independência da autoridade judiciária, o que não deixa de ser, outrossim, produto da desconfiança histórica que impediu a existência de um autêntico Poder Judiciário. Cf. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Poder judiciário: crise, acertos e desacertos*. Trad. Juarez Tavares. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p.172.

²⁸¹ O famoso penalista, nas suas reflexões sobre o Poder Judiciário, demonstra a verdadeira partidização na seleção dos juízes, inclusive Federais, nos Estados Unidos. Na Inglaterra, igualmente existe uma grande ingerência política e uma magistratura acomodada e pouco criativa. É preciso reconhecer, no entanto, como o faz o próprio Zaffaroni, que o contexto político-social pode compensar eventuais imperfeições presentes na organização da magistratura em um determinado país. Cf. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Poder judiciário: crise, acertos e desacertos*. Trad. Juarez Tavares. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p.106-107.

cidadãos nos seus confrontos com a Fazenda Pública, as exigências do constitucionalismo moderno e dos instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos estarão sendo respeitados.

3.2. A Fazenda Pública em juízo no Brasil

O Brasil encontra-se em uma posição deveras interessante nesse confronto de sistemas. O sistema jurídico brasileiro adotou o princípio da unicidade de jurisdição, estando submetidos ao controle judiciário tanto a legitimidade das leis e como dos atos da administração pública. Defende-se que, em nenhum outro sistema, o controle jurisdicional mostrou-se, em tese, tão amplo.

No Brasil, a doutrina administrativista não tem hesitado em defender o controle jurisdicional do mérito dos atos administrativos, ainda que discricionários, por meio da aferição da inexistência do motivo, insuficiência de motivo, inadequação do motivo, impossibilidade de objetivo e ineficiência do objeto.²⁸² Nessa linha, posiciona-se Celso Antônio Bandeira de Mello, afirmando que a margem de liberdade posta no plano da norma para a prática do ato não tem a mesma amplitude diante da questão concreta a ser analisada pelo administrador. Em suas palavras:

Logo, *discrição administrativa* não pode significar campo de liberdade para que o administrador, dentre as várias hipóteses *abstratamente comportadas pelas normas, eleja qualquer delas no caso concreto*.(...) Em outras palavras: que o plexo de circunstâncias fáticas vai compor balizas suplementares à *discrição* que está traçada abstratamente na norma (que podem até mesmo chegar a suprimi-la), pois é ato que, obviamente, é pretendido pela norma atributiva de *discrição*, como condição de atendimento de sua finalidade.²⁸³

A antiga distinção entre legalidade e mérito do ato administrativo está muito mitigada em face dos parâmetros oferecidos pelo princípios constitucionais, inclusive quando se tratar de conceitos jurídicos indeterminados, como se extrai do posicionamento de Germana Moraes:

²⁸² ÁLVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto de. *Jurisdição e administração*. Revista de informação legislativa. Brasília. a: 30, nº 119, jul/set, 1993, p. 228.

²⁸³ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 36

Hoje, em dia, não mais faz sentido a antítese entre controle de legalidade e de mérito, pois o Direito fornece outros parâmetros de aferição da correção do ato administrativo, além da legalidade da estrita, a saber, aqueles extraíveis dos princípios, o que reduziu a esfera do mérito (...)

Todos os elementos dos atos administrativos, inclusive os elementos predominantemente discricionários, são passíveis de **revisão judicial**, para fins de aferição de observância aos princípios constitucionais da Administração Pública e de respeito aos direitos fundamentais.(...)

É dado ao juiz perquirir, após a revisão dos elementos predominantemente vinculados dos atos administrativos (competência, finalidade e forma), se o administrador público, durante o processo de concepção do ato não vinculado, ao avaliar - examinar, valorar e aditar os pressupostos de fato e de direito – motivos, guiou-se pelos parâmetros decisórios ditados pelos princípios da publicidade, da impessoalidade (sob as vertentes da igualdade e da imparcialidade) da razoabilidade, da proporcionalidade, da moralidade e da eficiência. Cabe também ao juiz verificar se o administrador público, ao definir o conteúdo do ato não vinculado, observou aqueles princípios.²⁸⁴ (grifo nosso)

No sistema brasileiro, é possível citar, ainda, o exemplo singular do controle judicial da constitucionalidade do processo legislativo, ou seja, dos atos isolados do procedimento legislativo quando violada norma constitucional, em especial ao princípio democrático e ao pluralismo jurídico, não sendo cabível quando alegação de violação for ao regimento interno das casas legislativas.²⁸⁵ Trata-se não de controle do resultado que é a Lei, mas do próprio procedimento através, por exemplo, da impetração por deputado federal de mandado de segurança perante o STF.²⁸⁶

Por fim, deve-se frisar que o controle de constitucionalidade no Brasil, desde 1891, é tradicionalmente difuso, sendo lícito a qualquer cidadão interpretar a constituição, requerendo ao juiz ou tribunal que se pronuncie, em preliminar ao mérito, sobre a constitucionalidade de Lei ou ato normativo de qualquer espécie, negando aplicação ao comando eivado de inconstitucionalidade.²⁸⁷ Essa característica democrática de nosso sistema difere em grande medida, como assevera Marcelo Cattoni, do sistema europeu em que a

²⁸⁴MORAES, Germana de Oliveira. *Controle jurisdicional da administração pública*. São Paulo: Dialética, 1999, p.43 e 153. Nesta obra, a autora elabora interessante estudo sobre os conceitos jurídicos indeterminados e sobre o controle jurisdicional dos exames em concursos públicos.

²⁸⁵MORAES, Germana de Oliveira. *O controle jurisdicional da constitucionalidade do processo legislativo*. São Paulo: Dialética, 1998, p. 85-87.

²⁸⁶MORAES, Germana de Oliveira. *O controle jurisdicional da constitucionalidade do processo legislativo*. São Paulo: Dialética, 1998, p. 78.

²⁸⁷ OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. *Direito constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 122-123.

constitucionalidade das leis é presumida para o cidadão e para o juiz, só se permitindo à Corte Constitucional a interpretação da Constituição.²⁸⁸

3.2.1. Breve histórico e conformação atual

Em verdade, no período colonial, através da Lei nº de 22.11.1761, organizou-se o Conselho da Fazenda, que tinha competência para julgar em única instância todas as causas relativas às rendas e bens da Coroa, restando para os tribunais comuns a apreciação das causas referentes às dívidas passivas. Desta forma, para certas matérias, adotou-se a duplicidade²⁸⁹.

A Lei de 04.10.1831 fez retornar a competência dos processos em que a Fazenda Pública fosse parte para jurisdição contenciosa e a Lei nº 242 de 29.11.1841 estabeleceu foro privativo para as causas em que Fazenda Nacional fosse interessada por qualquer motivo ou em que houvessem de intervir os seus procuradores como autores, réus assistentes ou opoentes. Silva Pacheco descreve a organização desse foro privativo nas províncias de um Estado unitário como era o Brasil:

A jurisdição privativa e improrrogável dos juízes dos feitos da Fazenda passou a ser exercida, na Corte e nas províncias da Bahia e de Pernambuco, por um juiz de direito especial com a denominação de juiz dos feitos da fazenda, nomeado pelo governo dentre os bacharéis formados em direito, que tivessem pelo menos três anos de prática forense; nas demais províncias, pelos juízes cíveis da capital, ou, onde não os houver, pelos de direito, e havendo mais de um, por aquele que o governo designar.²⁹⁰

Com a referida lei de novembro de 1841, apesar de estabelecido o foro privativo, os processos contra a Fazenda Nacional passaram a seguir a ordem normal do processo comum, da justiça civil.²⁹¹

²⁸⁸ OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. *Direito constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 124.

²⁸⁹ DANTAS, Francisco Wildo Lacerda. *Execuções contra a fazenda pública*. Brasília: Brasília Jurídica, 1999, p. 56.

²⁹⁰ PACHECO, José da Silva. *Evolução do processo civil brasileiro: desde as origens até o advento do novo milênio*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 77.

²⁹¹ PACHECO, José da Silva. *Evolução do processo civil brasileiro: desde as origens até o advento do novo milênio*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 104.

Com a República, adotou-se a dualidade de Justiça, não de jurisdição, a Federal e a dos Estados, e a dualidade de leis processuais: a elaborada pela União para a Justiça Federal e a elaborada pelos Estados.

Vários Estados elaboraram seus respectivos códigos, a exemplo de Pernambuco, em que se destacou o Professor Mário de Castro.

O Decreto nº 848 de 1890 organizou a Justiça Federal no país, dispondo que ela seria composta pelo Supremo Tribunal Federal e por juízes inferiores, intitulados Juízes de Seção. Mais tarde, a Lei nº 221 de 20 de novembro 1894 dispôs sobre Justiça Federal da República, determinando que o Decreto nº 848 de 1890 continuaria regendo a organização e processo da justiça federal no que não a contrariasse, estabelecendo o art. 87, §2º que se procedesse à consolidação de toda a legislação vigente sobre a organização e processo da Justiça Federal. Essa consolidação foi elaborada pelo famoso Professor da Faculdade de Direito do Recife, José Hygino Duarte Pereira, considerada trabalho de relevo. Por ironia, José Hygino era contra a dualidade de justiça e de processos. O também historiador do período holandês no Brasil deixaria na consolidação de leis da Justiça Federal a primeira menção legislativa ao nosso precatório.²⁹²

Embora não existisse a dualidade da jurisdição, a disciplina da União, ou seja, da Fazenda Nacional em juízo, foi regida pela consolidação referida, pois de acordo com o art. 60, alínea “b” da Constituição Federal de 1891 era da competência dos Juízes Federais o julgamento de “todas as causas propostas contra o governo da União ou Fazenda Nacional, fundadas em disposições da Constituição, leis e regulamentos do Poder Executivo, ou em contratos celebrados com o mesmo governo.”

Como se observa ao Poder Judiciário foi conferida competência para revisar os atos administrativos, não havendo o julgamento da administração pela administração, como originalmente acontecia nos países que adotaram a dualidade de jurisdição. Assim, desde a República Velha, adotou-se a unicidade de jurisdição, com a possibilidade de recurso extraordinário para o Supremo Tribunal Federal, e com a famosa doutrina brasileira do

²⁹² O Professor José Hygino Duarte Pereira, sem dúvida, está entre os grandes professores que a Faculdade de Direito do Recife teve ao longo de sua história. Pelas idéias evolucionistas que pregava bem que poderia ter sido companheiro de Tobias Barreto na Escola do Recife, não fosse a personalidade extremamente difícil de Tobias. Sobre a sua contribuição na consolidação das leis do processo da Justiça Federal. Cf. DANTAS, Francisco Wildo Lacerda. *Execuções contra a fazenda pública*. Brasília: Brasília Jurídica, 1999, p. 56-57. GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Teoria geral do processo*. São Paulo: Malheiros, 1996, p.108. PACHECO, José da Silva. *Evolução do processo civil brasileiro: desde as origens até o advento do novo milênio*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. VEIGA, Gláucio. *História das idéias da faculdade de direito do recife*. Vol. VIII. Recife: Artegraf, 1997, *passim*.

habeas corpus para assegurar proteção ao cidadão ante atos administrativos ilegais, ainda que não fossem imediatamente atentatórios à liberdade de ir e vir.

Sabe-se que a Constituição Republicana de 1891 foi fortemente inspirada na Constituição dos Estados Unidos da América, ao contrário da de 1824 que bebia em fontes liberais francesas, apesar da instituição do Poder Moderador. Deu-se uma singular interpenetração de sistemas: o *Common Law* e o Continental Europeu, muito mais brusca que nos nossos vizinhos latino-americanos, que adotaram, após a independência, modelos republicanos. A antiga colônia portuguesa, cujos cursos jurídicos tinham nascido sob o estilo coimbrão,²⁹³ cujo direito havia sido importado do Reino Português, que possuía longa tradição em ordenações e códigos de natureza eclesiástica, via-se diante de um sistema constitucional que consagrava a supremacia constitucional por meio da instituição do recurso extraordinário e do *habeas corpus* e, mais tarde, em 1934, daria uma grande contribuição com o Mandado de Segurança.

O sistema *tupiniquim*, que tinha construído códigos nacionais durante o período imperial, a exemplo do Código Criminal de 1830, do de Processo Criminal de 1832 e do Comercial em 1850 e ainda construiria, já na República, um anteprojeto avançado de Código Civil, passava a conviver com a unicidade da jurisdição e com garantias próprias do sistema anglo-americano. Nesse sistema, a Fazenda Pública recebeu, em linhas gerais, o mesmo tratamento dos privados do ponto de vista processual, sendo seus atos submetidos ao crivo do judiciário.

Apesar de, no Brasil, a Fazenda Pública, principalmente como ré, estar submetida ao mesmo processo das outras pessoas jurídicas e dos particulares, é inegável que, no direito processual brasileiro, ao longo do tempo, foi construído um tratamento tão peculiar para os processos em que a Fazenda Pública é parte que se pode afirmar, sem excessos, que existe uma disciplina processual da Fazenda Pública em juízo. Tal disciplina foi prevista no Código de Processo Civil e em leis ou atos legislativos com força de lei esparsos. Desde de antes da citação, no que tange à representação dos Entes Públicos, até a execução, litigar contra a Fazenda Pública significa trabalhar com um processo civil com uma série de particularidades. Cada vez mais surgem obras cujo objeto é o tratamento dogmático da

²⁹³ ARAÚJO, Fernando. *Aspectos da história do direito no Brasil: opressão e bacharelismo: a gênese do positivismo no Brasil*. Recife: Editora Nossa Livraria, 2003, p.201.

Fazenda Pública em juízo.²⁹⁴ Esses estudos refletem a influência inegável que o direito material exerce no processo, o que é salutar para que o processo atinja os seus objetivos.

Cassio Scarpinella chega a afirmar que o estudioso da Fazenda Pública em juízo deve denominar o objeto de seu estudo de Processo Público, pois seria uma contradição denominá-lo de Processo Civil Público.²⁹⁵ Em razão do sistema brasileiro, essa assertiva não pode ser aceita nesses termos. É evidente que a indisponibilidade do interesse público, a impenhorabilidade dos bens públicos, bem como toda a disciplina do direito administrativo influenciam a aplicação do processo civil à Fazenda Pública, o que exige cada vez mais estudos e reflexões. Todavia, essa influência não é privativa do direito administrativo, mas em menor ou maior intensidade é de todo direito material, gerando, inclusive, procedimentos diferenciados em razão do direito material ou do substrato probatório que é levado a juízo.²⁹⁶

Como bem demonstra Andrea Proto Pisani, a expressão tutela diferenciada de direitos tem um primeiro significado literal consistente na exigência de diversas tutelas para diferentes necessidades, o que se afiguraria óbvio e extreme de dúvida, uma vez que todos os sistemas foram construídos sob o fundamento dessa premissa, do que é exemplo o sistema de execução forçada que se subdivide em expropriação forçada para obrigação de pagar e em execução indireta nas obrigações de fazer ou não fazer.²⁹⁷ Ademais, como já demonstrada, a particularidade do sistema brasileiro está exatamente no pleito civil que Pontes de Miranda bem observou ao verificar o tratamento processual das pretensões de direito privado de forma similar às pretensões de direito público, só se respeitando a hierarquia das regras jurídicas (Constituição, leis ordinárias, regulamentos avisos portarias), e só se excepcionando o procedimento relativo à cobrança judicial das dívidas fiscais.²⁹⁸ Atualmente, pode-se citar a ação de discriminação de terras, as ações de desapropriação e até mesmo os *writs*, como Mandado de Segurança, Mandado de Injunção, por exemplo.

²⁹⁴ SUNDFELD, Carlos Ari; BUENO, Cassio Scarpinella (org). *Direito processual público: a fazenda pública em juízo*. São Paulo: Malheiros, 2003. VIANA, Juvêncio Vascncelos. *Execução contra a fazenda pública*. São Paulo: Dialética, 1998, p.128. CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *A fazenda pública em juízo*. São Paulo: Dialética, 2003. Não obstante a existência destes trabalhos relevantes sobre o desenho dogmático do processo civil aplicado à Fazenda Pública em juízo, percebe-se a quase completa inexistência de trabalhos de enfoque sócio-jurídico que tenham por objeto o comportamento efetivo da Fazenda Pública em juízo, principalmente no manuseio de as “prerrogativas”.

²⁹⁵ SUNDFELD, Carlos Ari; BUENO, Cassio Scarpinella (org). *Direito processual público: a fazenda pública em juízo*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 35.

²⁹⁶ Pode-se citar o procedimento de alimentos de Lei Ordinária nº 5478 de 1968, que pode levar até a prisão do devedor e o procedimento monitório documental adotada no Brasil.

²⁹⁷ PROTO PISANI, Andrea. *Sulla tutela giurisdizionale differenziata*. **Rivista di Diritto Processuale**. Padova: Cedam, outubro-dicembre, anno XXXIV, nº 4, 1979, p. 537.

²⁹⁸ ÁLVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto de. *Jurisdição e administração*. **Revista de informação legislativa**. a: 30, nº 119, jul/set, 1993, p. 229.

Porém, mesmo nesses casos e em todos os procedimentos especiais, o Código de Processo Civil, que não adotou uma parte geral, é a lei de processo aplicável com grande intensidade, o que se comprova pelo fato de a Lei Ordinária nº 6.014 de 27 de dezembro de 1973 ter alterado diversas leis esparsas para adequá-las à disciplina processual do CPC, que unificou o recurso cabível para atacar sentença de mérito ou sem mérito.

Ademais, mesmo na Itália, onde a processo administrativo tem tradição em face da dualidade de jurisdição, a doutrina tem ressaltado a *civilizzazione del processo amministrativo* que consiste na tendência recente do legislador de aplicar ao processo administrativo institutos do Código de Processo Civil, dotando a Jurisdição Administrativa dos caracteres da Justiça Ordinária.²⁹⁹ Marcello Clarich explicita que deve o processo administrativo italiano adaptar-se à exigência de tutela plena e efetiva dos direitos subjetivos, o que se não autoriza o transplante automático de todas as disposições do Código de Processo Civil, significa que o processo administrativo deve oferecer uma tutela equivalente aquela ofertada pelo processo civil.³⁰⁰

Como já ressaltado, a maioria esmagadora dos trabalhos voltados para a disciplina da Fazenda Pública em juízo tem se voltado para a descrição disciplina dogmática, sem reflexões mais profundas sobre a efetividade desse processo ou a missão que esse processo vem cumprindo. A finalidade desse capítulo não é repetir esses estudos, esses manuais, e descrever de maneira acrítica essa disciplina, mas analisar pontos sensíveis do atual processo contra os Entes Públicos que comprometem a legitimidade do processo enquanto direito fundamental. Embora a instrumentalidade do processo deva ser ressaltada, não se pode perder de vista que hoje ele assume a feição de um verdadeiro direito fundamental prestacional, cercado de garantias de índole constitucional e internacional que devem estar presentes, independente das partes e dos direitos que estão em litígio.

Para aferir se a atual conformação do processo contra os Entes Públicos respeita as modernas garantias processuais, de modo a ser um instrumento para efetivação da cidadania, procedeu-se à escolha de aspectos mais sensíveis do processo contra os Entes Públicos, a saber: conhecimento, tutela de urgência e execução das obrigações de pagar e de fazer, nos quais se concentram os problemas existentes tanto na tutela individual como coletiva; tanto no manuseio de *writs*, como de ações ordinárias cujas ordens têm que ser

²⁹⁹ CLARICH, Marcello. *Il processo amministrativo a <rito ordinario>*. **Rivista di Diritto Processuale**. Padova: CEDAM, anno LVII, nº 4, ottobre-dicembre, 2002, p. 1.062.

³⁰⁰ CLARICH, Marcello. *Il processo amministrativo a <rito ordinario>*. **Rivista di Diritto Processuale**. Padova: CEDAM, anno LVII, nº 4, ottobre-dicembre, 2002, p. 1.064.

cumpridas ao fim e ao cabo por uma autoridade.³⁰¹ Os critérios adotados para essa aferição guardam íntima ligação com o tema Acesso à Justiça, já explorado no Capítulo II, e que podem ser expressos nos pontos sensíveis utilizados por Ada Pellegrini Grinover, Cândido Rangel Dinamarco e Antônio Carlos Araújo Cintra para identificação dos óbices à efetividade do processo e ao acesso a uma ordem jurídica justa:

a) admissão ao processo (ingresso em juízo). É preciso eliminar as dificuldades econômicas que impeçam ou desanimem as pessoas de litigar ou dificultem o oferecimento de defesa adequada. A justiça não deve ser tão cara que seu custo deixe de guardar proporção com os benefícios pretendidos. É preciso também eliminar o óbice jurídico representado pelo impedimento de litigar para a defesa de interesses supra-individuais (difusos e coletivos);

b) o modo de ser do processo. No desenrolar de todo o processo, é preciso que a ordem legal de seus atos seja observada (devido processo legal), que as partes tenham oportunidade de participar em diálogo com o juiz (contraditório), que este seja adequadamente participativo na busca de elementos para sua própria instrução. O juiz não deve ser mero espectador dos atos processuais das partes, mas um protagonista ativo de todo drama processual;

c) a justiça das decisões. O juiz deve pautar-se em critérios de justiça, seja (a) ao apreciar a prova, (b) ao enquadrar os fatos em normas ou categorias jurídicas ou (c) ao interpretar os textos de direito positivo. Não deve exigir uma prova tão precisa e exaustiva dos fatos, que torne impossível a demonstração destes e impeça o exercício do direito material pela parte;

d) a utilidade das decisões. Todo processo deve dar a quem tem um direito tudo aquilo e precisamente aquilo que ele tem o direito de obter. Essa máxima de nobre linhagem doutrinária constitui verdadeiro slogan dos modernos movimentos em prol da efetividade do processo e deve servir de alerta contra tomadas de posição que tornem acanhadas ou mesmo inúteis as medidas judiciais, deixando resíduos de injustiça.

O uso adequado das medidas cautelares constitui poderoso instrumental capaz de assegurar os bons resultados das decisões e medidas definitivas que virão.³⁰²

³⁰¹ Fez-se, deste modo, uma opção metodológica de não se proceder a descrições desnecessárias de todo o rito do Mandado de Segurança, Ação Civil Pública e Ação Popular, mas escolher as aspectos que envolvem o modo de ser do processo contra a Fazenda Pública como a execução das obrigações de pagar e fazer e não fazer, a remessa necessária e estão presentes com maior ou menos amplitude em todos os ritos.

³⁰² CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini e DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 15. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 1999, pp. 33-35.

Neste momento, portanto, a vôo panorâmico, proceder-se-á à descrição sintética desse processo dos Entes Públicos, dando-se enfoque ao de conhecimento, à tutela de urgência e ao de execução, passando-se, em seguida, à abertura discursiva relativamente ao papel que esse processo vem desempenhando, dentro dos objetivos e da hipótese deste trabalho consistente em demonstrar que o processo, como direito fundamental, em face dos Entes Públicos deve ser dimensionado para ser um meio de exercício da cidadania.

3.2.2. Pontos sensíveis no processo de conhecimento em face da Fazenda Pública

No processo de conhecimento em face da Fazenda Pública, há uma série de particularidades, a exemplo da disciplina dos prazos para contestar e para recorrer, da contumácia e seus efeitos, da remessa necessária, o comportamento recursal, do regime de custas e dos honorários, da representação judicial dos Entes Públicos e da modalidade citação e intimação aplicada. Neste tópico, foram selecionados dois aspectos para serem abordados: a disciplina dos prazos e a remessa necessária. Tal escolha se justifica em face do tempo que prazos prolongados implicam, bem como na sistemática dos efeitos da sentença em face da remessa necessária.

Não é recente a discussão doutrinária sobre os prazos em quádruplo para contestar e em dobro para recorrer para a Fazenda Pública, previstos no art. 188 do Código de Processo Civil de 1973. O próprio Alfredo Buzaid, no anteprojeto do CPC de 1973, retirou a regra dos prazos diferenciados presente no CPC de 1939, e fez constar, no art. 207, que, para falar nos autos, o representante da Fazenda Pública terá prazo igual ao das partes. Tal artigo, no entanto, foi modificado pela comissão revisora que conferiu prazo em dobro para contestar e para recorrer, restando o projeto transformado em lei com a ampliação para quádruplo do prazo para contestar.³⁰³

Os posicionamentos doutrinários acerca desse tratamento processual da Fazenda Pública situam-se entre aqueles que o entendem como privilégio e, portanto, violador do princípio geral da igualdade disposto no *caput* do art. 5º da CF/88; os que entendem que se trata de prerrogativa, sendo justificado tratamento diferenciado e os que entendem que há um exagero nos prazos os quais, no entanto, deveriam ser diferenciados.

³⁰³ ALVES, Francisco Glauber Pessoa. *O princípio jurídico da igualdade e o processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro Forense, 2003, p. 65.

Entre os que defendem tratar-se privilégio e, portanto, discriminação desarrazoada é possível mencionar a título de exemplo Alfredo Buzaid, J.Guimarães Menegale, Jorge Americano;³⁰⁴ entre os que defendem a discriminação, tem-se Nelson Nery Júnior,³⁰⁵ Pedro Batista Martins, José Roberto de Moraes³⁰⁶ e entre os que defendem uma posição intermediária, admitindo a discriminação, mas com um prazo menor com fundamento no princípio da proporcionalidade, menciona-se Willis Santiago Guerra Filho,³⁰⁷ Ada Pellegrini Grinover e Francisco Glauber Pessoa Alves.³⁰⁸

Os que defendem a diferenciação do prazo trazem as seguintes justificativas: a Fazenda Pública protege em última análise o interesse público, o interesse da sociedade; existem inúmeras dificuldades para obtenção de informações administrativas para subsidiar a defesa do Ente Público; diferentemente do advogado privado, o público não pode escolher as causas em que vai atuar.

Se se observar com atenção esses argumentos, não difícil constatar que eles não subsistem a uma análise mais acurada. Primeiro, deve-se lembrar que, no âmbito Federal e dos Estados, há atualmente um corpo de procuradores cuja função única é a defesa do Ente Público, não cabendo mais a Ministério Público essa função anômala.

O argumento de que, em alguns momentos, ocorre uma demanda grande de processos em que a Fazenda é ré também não procede, pois, nessas hipóteses (pode-se lembrar as ações relativas aos planos econômicos), os processos geralmente encerram matérias repetidas e só de direito, ocorrendo que a representação judicial irá apenas reproduzir uma contestação já pronta. É mais um problema de estrutura para impressão de peças processuais de que de análise jurídica!

Em relação às dificuldades administrativas internas, é de observar-se que, na era da Internet, esse argumento não pode subsistir, pois, em tempo real, qualquer informação pode ser enviada por correio eletrônico, fac-símile, “escaneando-se” os documentos necessários à defesa. Manter a situação atual de um prazo em quádruplo para contestar no procedimento ordinário é transferir para o processo, e, em certa medida, para o Poder

³⁰⁴ GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Princípios da isonomia e da proporcionalidade e privilégios processuais da fazenda pública*. **Revista de Processo**. São Paulo: a: 30, nº 82, abril-junho, 1996, p. 85.

³⁰⁵ NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na constituição federal*. 4ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 43.

³⁰⁶ MORAES, José Roberto. *As prerrogativas e o interesse da fazenda pública*. In SUNDFELD, Carlos Ari; BUENO, Cassio Scarpinella (org). **Direito processual público: a fazenda pública em juízo**. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 66-78.

³⁰⁷ GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo constitucional e direitos fundamentais*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2001, p. 142-148.

³⁰⁸ ALVES, Francisco Glauber Pessoa. *O princípio jurídico da igualdade e o processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro Forense, 2003, p. 65.

Judiciário a incompetência administrativa da administração pública. O processo enquanto instrumento de garantia dos direitos fundamentais não pode ser dimensionado para equalizar não diferenças, mas falta de vontade política e administrativa do Estado. A prática demonstra que, na esfera Federal, a parte hoje mais frágil é a imensa maioria dos cidadãos pobres brasileiros que não dispõem de uma Defensoria Pública Federal organizada adequadamente para atuação em juízo.³⁰⁹

Em relação ao argumento de que a Fazenda Pública defende o interesse público, verifica-se uma grande imprecisão. No mais das vezes, quando a Fazenda Pública é acionada judicialmente os atos questionados não dizem respeito ao interesse público primário, mas a uma questão ao interesse público secundário, também relevante, mas que terá a seu favor muito mais aspectos materiais como a presunção de legitimidade dos atos administrativos que um prazo dilargado para contestar. Não é um prazo diferente para contestar que protegerá o interesse público, mas a correção na prática dos atos administrativos, na edição de atos normativos, a presença de um corpo permanente de procuradores concursados e valorização do servidor com a responsabilização dos negligentes.

Willis Santiago Guerra Filho defende que o prazo para contestar deveria ser judicial e não legal,³¹⁰ invocando a previsão do art. 295 do CPC da Costa Rica, a tendência mundial de aumento dos poderes do juiz como reflexo da transição do processo liberal para o processo social e a possibilidade de o Magistrado atender a situações inegavelmente justificadas de ampliação do prazo para os Entes Públicos.³¹¹ Essa proposta, não obstante bem formulada, esbarra em nossa realidade dogmática, que já prevê a possibilidade de ampliação dos prazos em hipóteses justificadas, e no comportamento da Fazenda Pública para cumprir prazos judiciais observado na prática. Do ponto de vista dogmático, os arts. 182 e 183 já prevêem a possibilidade de prorrogação de prazos peremptórios desde que a parte comprove justa causa, calamidade pública ou dificuldade de transporte nas comarcas. Ademais, como fruto de nossa observação diária, mas não controlada, constatamos que os prazos judiciais para a Fazenda Pública juntar documentos que estão em seu poder ou para cumprir obrigação de fazer são objeto de reiterados pedidos de prorrogação, o que contribui para maior lentidão na prestação jurisdicional. Se o prazo para resposta se tornasse judicial, haveria a grande

³⁰⁹ Enquanto a União vem promovendo vários concursos para procuradores federais, que, muitas vezes, atuarão em consultorias administrativas, o cidadão só dispõe em Pernambuco, por exemplo, de quatro defensores públicos federais para atuação em toda Justiça Federal, na Justiça do Trabalho e na Militar.

³¹⁰ GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Princípios da isonomia e da proporcionalidade e privilégios processuais da fazenda pública*. **Revista de Processo**. São Paulo: a: 30, nº 82, abril-junho, 1996, p. 87.

³¹¹ GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Princípios da isonomia e da proporcionalidade e privilégios processuais da fazenda pública*. **Revista de Processo**. São Paulo: a: 30, nº 82, abril-junho, 1996, p. 87.

possibilidade de a Fazenda Pública se valer dos mesmos expedientes e, certamente, contaria com a compreensão de setores do Judiciário, “ciosos” com o Erário Público.

Em relação ao prazo recursal, o privilégio, porque diferenciação injustificável, é mais grave. Ora, na esfera recursal, regra geral, não se prova fato, não se produz prova, repetindo-se com algumas adequações as teses já defendidas durante a tramitação na 1ª instância, não havendo nenhuma justificativa para um prazo diferente do prazo concedido aos cidadãos.

No que concerne à remessa necessária, é necessário fazer algumas digressões. Segundo informa Nelson Nery Júnior, a remessa necessária, embora não encontre paralelo no direito estrangeiro,³¹² é representativa da tradição jurídica luso-brasileira, tendo a sua justificativa histórica de limitar o imenso poder do juiz inquisitorial português.³¹³ Em verdade, o instituto que já foi conhecido como apelação *ex officio* encontra raízes no direito canônico que até os nossos dias prevê “recurso de ofício” nos processos de declaração de inexistência de casamento.

No direito já brasileiro, a primeira referência à remessa necessária foi a Lei de 04.10.1831, art. 90, que previa a interposição pelo juiz de recurso contra sentença que pronunciara contra a Fazenda Nacional.³¹⁴ Francisco de Paula Batista, lendário Professor da Faculdade de Direito do Recife, dividia a apelação em voluntária e necessária: “a primeira é aquela que as partes interpõem voluntariamente; a segunda é aquela de que usa o Juiz por dever que lhe impõe a lei. Tal é aquela que o juiz interpõe de sua sentença proferida contra a Fazenda Nacional(...)”³¹⁵ Apesar da lição de Francisco de Paula Batista, é praticamente pacífico em nossos dias que o instituto não tem natureza de recurso, sendo concebido como condição de eficácia da sentença.³¹⁶

A maioria da doutrina vem se posicionando em maior ou menor medida pela constitucionalidade da medida.

³¹² Juvêncio Vasconcelos Viana aponta países como Chile, Filipinas e Colômbia que também prevêem a remessa necessária. Cf. VIANA, Juvêncio Vasconcelos. *Efetividade do processo em face da fazenda pública*. São Paulo: Dialética, 2003, p. 127.

³¹³ NERY JÚNIOR, Nelson: *Princípios Fundamentais: Teoria Geral dos Recursos*. 4ª. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 54-55.

³¹⁴ Atente-se que nessa época o Brasil era um Estado Unitário.

³¹⁵ BATISTA, Francisco de Paula. *Compêndio de teoria e prática do processo civil*. 1ª ed. Campinas: Russell Editores, 2002, p. 252.

³¹⁶ A remessa necessária não é voluntária, não requer preparo, legitimidade, interesse, tempestividade, enfim as características fundamentais dos recursos.

Alguns, como Rita Ganesini, a consideram inteiramente conforme o regramento constitucional.³¹⁷

Outros, como Nelson Nery Júnior, consideram-na constitucional, mas entendem que a finalidade da medida é a correção da sentença pronunciada contra a Fazenda Pública, razão porque a sentença também deveria ser reformada a favor do particular que, como a Fazenda, não interpôs recurso, sendo inconstitucional o entendimento do STF, confirmado pela Súmula nº 45 do STJ, que só permite a reforma da sentença para beneficiar a Fazenda Pública.³¹⁸

Outros, ainda, como Francisco Glauber Pessoa Alves, entendem que só é constitucional sua aplicação aos municípios, os quais não dispõem, geralmente, de uma procuradoria organizada, contratando advogados sem licitação, e permitindo “uma relação promíscua no trato com a coisa pública.”³¹⁹

Willis Santiago Guerra Filho entende que só deveria haver remessa necessária em processos em que a matéria discutida é de grande relevância social.³²⁰

Parcela da doutrina também denuncia a remessa necessária como profundamente anti-isonômica, compreendendo-a com Dinamarco como um produto de uma “facista preocupação pelo patrimônio estatal”³²¹

A presente análise não se prenderá ao exame da conformidade da remessa necessária com o princípio da igualdade, mas tocará também a efetividade. Neste ponto de vista, a remessa necessária traz um enorme prejuízo ao cidadão, pois, como condição de eficácia da sentença, pode gerar entendimento pela impossibilidade da execução provisória. Atente-se, ainda que a Fazenda Pública não se interesse em interpor recurso, o cidadão terá que aguardar a revisão pelo tribunal, revisão esta que só poderá alterar a sentença para beneficiar a Fazenda Pública. Esta situação faz saltar aos olhos que o duplo grau necessário viola a um só tempo o princípio da igualdade e da efetividade, impedindo-se a execução imediata da sentença, nos termos do art. 475 do CPC.

³¹⁷ GIANESINI, Rita. *A fazenda pública e o reexame necessário*. In NERY JÚNIOR, Nelson e WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. (org) **In: Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outras formas de impugnação às decisões judiciais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 917-935.

³¹⁸ NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na constituição federal*. 4ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p.59.

³¹⁹ ALVES, Francisco Glauber Pessoa. *O princípio jurídico da igualdade e o processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro Forense, 2003, p. 101.

³²⁰ GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Princípios da isonomia e da proporcionalidade e privilégios processuais da fazenda pública*. **Revista de Processo**. São Paulo: a: 30, nº 82, abril-junho, 1996, p 91.

³²¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução civil*. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 306, nota 22.

É de se anotar que a Lei nº 10.352/2001 relativizou o instituto ao prever que ele não será aplicado em causas de valor de não excedente a 60 (sessenta) salários mínimos ou quando a sentença estiver fundado em jurisprudência do plenário do STF ou em súmula do STF ou de Tribunal Superior competente. Todavia, teria andado bem a lei se tivesse suprimido de vez a remessa necessária como regra no procedimento comum do processo civil brasileiro. Todos os dias os Entes Públicos praticam atos que importam na utilização de somas vultosas de recursos públicos, a exemplo de licitações, intervenção do Banco Central, resgate de títulos, cuja revisão administrativa é meramente formal ou não existe. Ora, por que a sentença de um juiz, em um processo público, com interesses antagônicos tem que ser revista? Não seria mais lógico que a administração colecionasse cópia dos processos em que é parte para revisão por uma comissão interna, a qual, se fosse o caso, teria dois anos para propor ação rescisória? Mais uma vez, a incompetência da administração é transferida para o processo em prejuízo do tempo para efetivação do direito do cidadão já reconhecido.

Para demonstrar essa assertiva, basta pesquisar, em Varas Federais ou da Fazenda Pública Estadual, quantas sentenças têm eficácia imediata, ou seja, quantas tem algum valor no dia seguinte ao que em que são prolatadas.

Com consciência das limitações, para esta dissertação, pretendeu-se demonstrar a seguinte hipótese: **a maioria das sentenças proferidas contra a Fazenda Pública não possui eficácia imediata em nosso sistema, apesar das exceções do art. 520 do Código de Processo Civil e de outras previstas legalmente,**

Com o objetivo de aferir a validade da hipótese lançada, procedeu-se à pesquisa na 5ª Vara Federal³²² da Seção Judiciária de Pernambuco. A 5ª Vara Federal é uma vara cível e, em razão da competência da Justiça Federal, fixada no art. 109 da Constituição Federal de 1988, processa e julga muitas ações em face da Fazenda Pública.

Foram consultados os Livros de Registro de Sentenças, nos quais são registradas todas as sentenças proferidas e os dois livros em que são guardadas as cópias das sentenças: o Livro de Sentenças referentes a processos com terminação par e o Livro de Sentenças referentes a processos com terminação ímpar. As cópias de todas as sentenças proferidas desde o mês de janeiro até o mês de junho de 2001 nessa 5ª Vara foram individualmente analisadas. Desta forma, analisamos 100% das sentenças dessa vara. Com

³²² Para realização da pesquisa foi fundamental a autorização que obtivemos da Juíza Federal Titular da 5ª Vara Federal de Pernambuco, Nilcéa Maria Barbosa Maggi, possibilitando a análise de todas as sentenças do período de janeiro a junho de 2001 proferidas nessa 5ª Vara.

base na legislação vigente, detectamos as sentenças contra as quais o recurso de apelação ou a remessa necessária não suspenderiam os efeitos.

A pesquisa realizada, apesar de restrita a uma única vara, atesta a veracidade da hipótese que lançamos: **a grande maioria das sentenças proferidas contra a Fazenda Pública não possui eficácia imediata em nosso sistema apesar das exceções previstas no art.520, do CPC e de outras previstas legalmente. De um total de 768 sentenças, apenas 48 teriam eficácia imediata, ou seja, tão-somente 6,25%.** A veracidade desta assertiva deixa clara a função de mero juiz instrutor³²³ a que regra geral está reduzido o juiz de primeiro grau e, em especial, o juiz de primeiro grau da Justiça Federal em que é grande o número ações ajuizadas contra a Fazenda Pública.³²⁴ O juiz de primeira instância escuta as partes, colhe a prova, tendo contato direto com os meios de produção de provas, determinando a exibição de documentos, deferindo perícias, procedendo a inspeções. E, depois de tudo isso, o Tribunal poderá reexaminar não só as questões de direito, mas todas as questões de fato que as apelações geralmente genéricas da Fazenda Pública ou remessa necessária provoca. Mesmo no Juizado Especial Cível, onde se prega a oralidade, concentração de atos e informalidade, as sentenças são sujeitas a um duplo juízo de fato e de direito, o que contraria o espírito da própria idéia que levou a criação dos Juizados Especiais.³²⁵

Deve-se estruturar de maneira séria um sistema que, no mínimo, limite o exame de matéria de fato e desestimele recursos meramente protelatórios.

Através da tabela 1 abaixo, constata-se o universo total de sentenças da Vara: 768, distinguindo entre elas as que extinguiram o processo com julgamento de mérito, sendo,

³²³ Mauro Cappelletti defende que o duplo grau de jurisdição não é uma garantia processual inderrogável e, muito menos, uma garantia de liberdade, bem como que a glorificação das impugnações leva a desvalorização do juiz de primeiro grau, prestando um bom serviço, muitas vezes, à parte que não tem razão e um mau serviço a que a tem. Cf. CAPPELLETTI, Mauro. *Dictamen iconoclastico sobre la reforma del proceso civil italiano*. In *Proceso, Ideologias, Sociedad*. Trad. Santiago Sentis Melendo y Tomás A. Banzhaf. Buenos Aires:Ediciones Juridicas Europa America, 1974, p. 273.

³²⁴ Art. 109 da Constituição Federal de 1988: Aos juízes federais competem processar e julgar: I - as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes, exceto as de falência, as de acidentes de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho.

³²⁵ Recentemente, com a promulgação da Lei nº 10.259 de 12 de julho de 2001, foram criados os Juizados Especiais Federais. No entanto, embora também restritos ao processamento e ao julgamento de causas de baixo valor, a citada lei previu não só a possibilidade, através das turmas recursais, de um duplo juízo de fato e de direito, como também, no art.14, instituiu o pedido de uniformização de interpretação de lei federal para o STJ. Este último dispositivo é duplamente infeliz; primeiro, porque cria competência para o STJ através de lei ordinária, olvidando-se que a competência do STJ possui índole constitucional; segundo, porque contraia o espírito da lei que se consubstancia na celeridade e na efetividade processuais. Não bastasse tudo isso, a Lei dos Juizados Especiais Federais condicionou o cumprimento da obrigação de fazer, no art.16, ao trânsito em julgado da sentença. Ora, apenas a obrigação de pagar possui como requisito o trânsito em julgado da sentença por força atualmente do art. 100, §1º, da Constituição da República, o que permitia a execução de título judicial quando pendente recurso sem efeito suspensivo, como Recurso Especial e o Extraordinário.

portanto, aptas a adquirirem a qualidade de coisa julgada material e as que extinguiram o processo sem julgamento de mérito, hipótese em que a única execução possível é a de custas e de honorários. Na tabela 2, observa-se o procedimento em que foram prolatadas as 48 sentenças que teriam eficácia imediata, destacando-se as em sede de Mandado de Segurança com 60,4%.

Tal constatação da pesquisa explica o prestígio que a Ação de Segurança possui entre os advogados e as partes, prestígio este que se deve ao fato, aparentemente óbvio, mas tão distante da realidade, de que uma sentença de um juiz competente, investido da jurisdição e proferida após o devido processo legal e instauração do contraditório, deveria produzir algum efeito imediato no mundo dos fatos.

TABELA 1
SENTENÇAS PROFERIDAS
JANEIRO/JUNHO DE 2001

<i>Número / Sentenças</i>	<i>Com julgamento de mérito (1)</i>	<i>Sem julgamento de mérito (2)</i>	<i>Total Geral</i>
<i>Absoluto</i>	566	202	768
<i>Percentual</i>	73,7	26,3	100,0

Fonte: Livro de Registro de Sentenças Pares e Livro de Registro Sentenças Ímpares da 5ª Vara Federal/PE

(1) Fundamento em um dos incisos do art. 269, do CPC

(2) Fundamento em um dos incisos do art. 267, do CPC

TABELA 2
SENTENÇAS COM EFICÁCIA IMEDIATA POR CLASSE³²⁶

<i>Discriminação por Classe</i>	<i>Sentenças</i>	
	<i>Abs.</i>	<i>%</i>
<i>Mandado de Segurança (2000)</i>	29	60,4
<i>Ação Cautelar (12000)</i>	05	10,4
<i>Embargos à Execução e outras (5000)</i>	14	29,2
<i>Total</i>	48	100,0

Fonte: Livro de Registro de Sentenças e Livro de Sentenças Pares e Livro de Registro Sentenças e Livro de Sentenças Ímpares da 5ª Vara Federal/PE

³²⁶ A Lei nº 5.010 que recriou a Justiça Federal no Brasil prevê uma classificação própria dos procedimentos, agrupando-os por classe.

Constata-se, por conseguinte, que os prazos diferenciados para Fazenda Pública e a remessa necessária comprometem a tempestividade e a efetividade da tutela jurisdicional, não havendo fundamento constitucional ou de ordem prática que os justifique.

3.2.3. Pontos sensíveis nas tutelas de urgência em face da Fazenda Pública.

A tutela de urgência trabalha basicamente com dois valores no processo: o tempo e a efetividade. Por vezes, ela consiste em uma simples medida conservativa, concedida em cognição sumária prévia ou incidental ao processo de conhecimento de cognição plena e exauriente; outras vezes, a tutela de urgência visa a antecipar os efeitos da própria sentença a ser prolatada quando da extinção do processo. Nesta última hipótese, o próprio exercício do direito pretendido pelo autor do processo pode ser-lhe antecipado, ou seja, deferido antes do acerto final no processo de conhecimento. Deve-se visualizar, portanto, a tutela cautelar e a tutela antecipatória como espécies do gênero **tutela de urgência**.³²⁷

A distinção entre essas duas espécies dá-se em razão da necessária referibilidade da cautelar à ação ou ao processo principal e à satisfatividade da antecipação da tutela. A cautelar existe para assegurar a utilidade da prestação jurisdicional do processo de conhecimento. A tutela antecipatória visa a assegurar ao autor, que seja provável detentor do direito, o exercício antecipado desse direito. A tutela cautelar e a tutela antecipatória necessitam de um posterior ou concomitante processo principal de cognição plena para o acerto definitivo da lide, uma vez que essas medidas, geralmente fundadas em cognição sumária, não levam à formação da coisa julgada material e não permitem a plenitude do direito à prova ao cidadão.³²⁸

Como já afirmado, a tutela de urgência trabalha com a dimensão temporal e com a efetividade. É preciso observar que, na atualidade, a preocupação da doutrina processual no que se refere a essas duas dimensões não se restringe à mera tutela ao processo com único fim de se garantir a eficácia jurídico-formal da prestação jurisdicional final, ou seja, à utilidade do processo de conhecimento à cognição plena, mas à efetividade no plano dos fatos, e mais,

³²⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. *Efetividade do processo e tutela de urgência*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1994, p. 30.

³²⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. *Efetividade do processo e tutela de urgência*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1994, *passim*.

dentro de um prazo razoável. Embora, como assinala Federico Carpi, de Bolonha, não seja nova a preocupação com a longevidade dos processos, o que é novo em nossa época é “a consciência nos ordenamentos modernos de que a tutela jurisdicional dos direitos e dos interesses legítimos não é efetiva se não é obtida rapidamente. Em outras palavras **o fator tempo tornou-se um elemento determinante para garantir e realizar o acesso à justiça.**”³²⁹(Tradução nossa, grifo nosso)

Essa assertiva é de fácil constatação quando se observa a internacionalização da tutela sumária satisfativa. Federico Carpi, embora reconhecendo a necessidade de uma maior sistematização das modalidades de tutela, cita: *référé-prvision* francês, que consiste em uma medida antecipatória que pode ser concedida a qualquer tempo no processo relativo ao direito civil, comercial e ao do trabalho o *Einstweiligen Verfügungen* alemão nos dois tipos previstos no ZPO § 935 e § 940, que possibilita a antecipação parcial da decisão definitiva para manter a paz jurídica e a *interlocutory injunction* dos países do *Common Law*.³³⁰ Na Itália, a reforma implementada pela Lei nº 353 de 26 de novembro de 1990 procurou valorizar o juiz de primeiro grau, tornando regra a execução provisória da sentença e permitindo o deferimento de provimentos antecipatórios de condenação.³³¹ Foram introduzidos os arts. 186 *bis* e 186 *ter*, possibilitando a antecipação da condenação de quantia não contestada ou, quando da fase das conclusões, o requerimento de antecipação, cujos pressupostos são os mesmos necessários para emissão do decreto injuntivo no procedimento monitorio.³³² A tutela sumária satisfativa na Itália já era conhecida em procedimentos especiais como o do processo de trabalho no art. 423 do CPC Italiano e na utilização dos provimentos de urgência com fundamento no art. 700 do referido CPC.

No âmbito comunitário europeu, a Corte de Justiça de Luxemburgo tem reconhecido sistematicamente a necessidade de medidas urgentes, não só negativas (cautelares), mas também positivas (antecipatórias) para garantir a efetividade do processo e, em consequência, dos direitos que ele deve tornar efetivos. Como exemplo desse labor da Corte, cita-se não só a afirmação da possibilidade de ações cautelares contra a “Coroa,” alterando-se norma tradicional inglesa, como também a superação dos rígidos confins a que vários países

³²⁹ CARPI, Federico. *La tutela d'urgenza fra cautela, sentenza anticipata e giudizio di merito*. **Rivista di Diritto Processuale**. Padova: Cedam, ottobre-dicembre, anno XL, nº 4, 1985, p. 682.

³³⁰ CARPI, Federico. *La tutela d'urgenza fra cautela, sentenza anticipata e giudizio di merito*. **Rivista di Diritto Processuale**. Padova: Cedam, ottobre-dicembre, anno XL, nº 4, 1985, p. 683-685.

³³¹ COMOGLIO, Luigi Paolo, FERRI, Conrado e TARUFFO, Michele. *Lezioni sul processo civile*. Bologna: Mulino, 1995, p. 585.

³³² FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di diritto processuale*. Padova: CEDAM, 1996, p. 141-142.

europeus limitavam a **tutela cautelar nos confrontos com a administração pública**. Como bem assevera Nicolò Trocker:

(...) suas pronúncias (a da Corte) não atingem apenas a normativa inglesa que exclui totalmente a admissibilidade de ações cautelares nos litígios da Coroa. Vêm sendo superados os rígidos confins que, segundo um mero dado legislativo, em outros países europeus – da França à Espanha à Itália – limitam a tutela cautelar nos confrontos da administração pública apenas à suspensão do ato impugnado.³³³ (tradução nossa).

Trocker lembra, ainda, a exigência de uma tutela inibitória efetiva, inclusive de urgência, para proteção dos consumidores.³³⁴

No Brasil, a doutrina tem entendido que há um direito constitucional à tutela de urgência com fundamento no art. 5º, inciso XXXV, direito este que não pode ser limitado por norma infraconstitucional, ou seja, o legislador não pode, *a priori*, dizer se neste ou naquele caso há *periculum in mora*.³³⁵ O inciso XXXV do art. 5º protege não só acesso à justiça quando há lesão a direito, mas também quando há ameaça a direito, o que exige do sistema jurídico meios adequados para garantir a efetividade processual, a qual só se obtém se a tutela for adequada e tempestiva.

No sistema brasileiro, foi previsto, no art. 798 do CPC, o poder geral de cautela do juiz, artigo este inserido no Livro III, que trata do processo cautelar preparatório ou incidental. Afora o processo cautelar autônomo, mas dependente, o sistema processual previu a possibilidade de deferimento de medidas cautelares nos próprios autos do principal, a exemplo do Mandado de Segurança e da Ação Popular. No entanto, a não ser em procedimentos especiais, como o das possessórias ou da ação de despejo, não existia a possibilidade da concessão de tutela sumária satisfativa.

O cidadão, os advogados, o Poder Judiciário se viam de frente com um procedimento ordinário lento, com amplas possibilidades dilatórias e com estreitos limites para a execução provisória, não só em face do efeito suspensivo como regra geral na apelação, como também em razão da sistemática então adotada pelo art. 588 do CPC, limitando os efeitos materiais da execução fundada em título provisório. Essa situação levou a utilização da tutela sumária cautelar como satisfativa por ser o meio de se conceder eficácia imediata a um

³³³ TROCKER, Nicolò. *La carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea ed il processo civile*. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**. Milano: Giuffrè, a: LVI, nº 4, dicembre, 2002, p. 1200-1201.

³³⁴ TROCKER, Nicolò. *La carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea ed il processo civile*. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**. Milano: Giuffrè, a: LVI, nº 4, dicembre, 2002, p. 1203.

³³⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. *A antecipação da tutela*. 4ª ed., São Paulo: Malheiros, 1998, p. 109/110.

provimento jurisdicional,³³⁶ o qual poderia consistir em uma suspensão de exigibilidade de um tributo ou em concessão ou restabelecimento de um benefício de aposentadoria.

Assistia-se de forma recorrente ao crescimento, na prática, das cautelares satisfativas, que encontravam a sua razão de ser na impossibilidade de concessão de liminares, cautelares ou antecipatórias, nos autos do próprio procedimento ordinário. Marinoni traz exemplos interessantes nos quais a cognição no “processo cautelar satisfativo” nem era sumária, mas exauriente, como na hipótese de ação cautelar cuja causa de pedir era a inconstitucionalidade da lei que instituiu ou majorou um determinado tributo.³³⁷ Ora, nessa hipótese, o mérito se constitui em matéria só de direito, sendo desnecessária qualquer dilação probatória para aferir a veracidade de afirmações sobre fatos, o que retirava qualquer sentido no ajuizamento de uma ação principal, pois a ação chamada de cautelar era suficiente para a resolução definitiva da lide. Mesmo assim, a doutrina majoritária exigia o processo principal para o julgamento do mérito, “desnecessariamente incoado quando percebido que o processo dito cautelar na verdade foi travestido para que fosse viável a postulação da liminar (...) Necessário é um procedimento de cognição exauriente em que seja possível a postulação de uma liminar.”³³⁸

Essa possibilidade de antecipação de tutela satisfativa, com cognição sumária ou exauriente, no curso de processo de conhecimento de cognição plena, foi introduzida em nosso sistema em 1994, por meio da Lei Ordinária nº 8. 952/94, que determinou nova redação para o art. 273 do CPC, criando em termos gerais o instituto da antecipação da tutela.

Deve-se atentar à finalidade da antecipação da tutela. Oriunda de uma das reformas do CPC, o instituto veio, basicamente, para impedir que o tempo no processo servisse como desestímulo ao autor que tem razão, permitindo que a tutela processual imediata (objeto imediato) proporcionasse a satisfação do direito com a entrega da tutela processual mediata (objeto mediato), que é o bem da vida perseguido através da tutela jurisdicional. Antes da alteração no art. 273, ainda que se visualizasse, desde o momento da propositura da ação ou após a contestação, que o direito do autor existe inequivocamente, não restaria outra alternativa a ele a não ser, regra geral, submeter-se ao seguro e demorado procedimento ordinário com petição inicial, resposta, muitas vezes unicamente protelatória, manifestação sobre as preliminares, provas, quem sabe sentença e, depois de tudo isso, enfrentar o nosso

³³⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. *Efetividade do processo e tutela de urgência*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1994, p. 28. Tanto a liminar concedida no processo cautelar como a sentença têm eficácia imediata, pois o eventual recurso deverá ser recebido no efeito só devolutivo.

³³⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. *Efetividade do processo e tutela de urgência*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1994, p. 45.

³³⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. *Efetividade do processo e tutela de urgência*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1994, p. 45.

sistema recursal, para, depois que o acórdão transitasse em julgado, pudesse promover a execução, a qual estará sujeita a embargos e a outras garantias utilizadas, por vezes, para procrastinar o processo.

A antecipação da tutela veio, portanto, promover verdadeira alteração cultural na maneira de se compreender o processo civil, pois o tempo no processo não restará sempre do lado do réu, mas se poderá inverter esta situação em benefício do autor que tem razão.

O Professor Luiz Guilherme Marinoni, ao analisar o tema, faz observação que merece ser trazida à colação:

“A tutela antecipatória constitui instrumento da mais alta importância para a efetividade do processo, não só porque abre oportunidade para a realização urgente dos direitos em caso de fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação como, também, porque permite a antecipação da realização dos direitos no caso de abuso de direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu. Preserva-se, assim, o princípio de que a demora do processo não pode prejudicar o autor que tem razão e, mais do que isso, restaura-se a idéia – que foi apagada pelo cientificismo de uma teoria distante do direito material – **de que o tempo do processo não pode ser um ônus suportado unicamente pelo autor.**”³³⁹ (grifo nosso)

A tutela de urgência, de modo especial a tutela antecipada que é de cunho necessariamente satisfativo, parte da constatação de que o juiz não deve permitir o sacrifício do direito do autor justamente quando este direito lhe pareça extremamente provável de ser albergado pelo provimento final. Tal situação resta demonstrada quando, por exemplo: parcela do pedido não é contestada; o réu reconhece fato constitutivo do direito do autor, opõe defesa meramente protelatória; um dos pedidos permite julgamento antecipado da lide e outros exigem dilação probatória; a defesa do réu afigura-se provavelmente infundada e demanda dilação probatória.³⁴⁰ Em situações como essas, às quais se acresce o perigo de sacrifício do direito perseguido, o *periculum in mora*, a doutrina brasileira tem relativizado até mesmo a exigência de reversibilidade do provimento contida no §2º do art. 273, admitindo a concessão de tutela antecipada mesmo que o quadro fático que ela vai alterar não possa retornar ao *status quo ante*. Carreira Alvim noticia que a mesma conclusão chegou a doutrina Italiana,³⁴¹ lecionando em relação ao caso brasileiro:

³³⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. *A antecipação da tutela*. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 27.

³⁴⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. *A antecipação da tutela*. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 135-154.

³⁴¹ ALVIM, J. E. Carreira. *Ação monitória e temas polêmicos da reforma processual*. 3ª ed. Belo Horizonte, Del Rey, 1999, p. 188.

Pense-se na hipótese em que, para salvar a vida do paciente, se peça contra a sua vontade, autorização judicial para amputar-lhe uma perna. Ninguém porá em dúvida que o provimento será, no caso, irreversível – aliás “irreverssibilíssimo” – admitindo, quando muito, a substituição da perna amputada por uma mecânica. Mas ninguém afirmará que, para salvar uma vida, não se deva, em vista do §2º do art. 273, amputar uma perna, pelo simples fato de que essa amputação possa, na sentença, revelar-se precipitada. Igualmente a *irreversibilidade* da demolição de um prédio (art. 888, inciso VIII) ou dos alimentos provisionais (art. 852) – já que o alimentando não está obrigado a restituí-los – não impediu fossem inseridos no contexto do processo cautelar.³⁴²

Em face de todas essas constatações, resta evidente que não se pode pensar **em efetividade do processo na sociedade contemporânea sem que o sistema processual possibilite ao juiz a concessão da tutela de urgência, muitas vezes sem audiência da parte contrária.**

Todavia não se defende, nesta dissertação, que a utilização da tutela de urgência é a solução para todos os males que atingem o processo, ou que seu uso indiscriminado poderá transformar completamente o cenário de lentidão e de ausência de efetividade processual. O processo trabalha, outrossim, com outros valores com o princípio do contraditório e da ampla defesa, o direito à prova, o direito a ser ouvido, paridade de armas garantias de que não se pode abusar, mas que também não podem ser suprimidas.

A investigação do processualista deve se voltar, outrossim, para potencialização dos procedimentos de cognição exauriente e, em alguns casos, plena e exauriente, para acerto definitivo da lide. Essa potencialização deve buscar a simplificação e aceleração dos procedimentos, objetivando-se conciliar, ao máximo, a exigência de uma tutela efetiva, e porque efetiva tempestiva, e o exercício do contraditório e da ampla defesa, atingindo-se da forma rápida possível um acerto definitivo na lide com a formação da coisa julgada material. Exemplo interessante nos fornece o procedimento dos Juizados Especiais Federais. Na medida em que o processo de conhecimento se aperfeiçoa certamente a tutela de urgência será utilizada pelos juízes de forma menos intensa. Nesse sentido Federico Carpi, embora reconheça que “a tutela de urgência tem uma importância central nos sistemas processuais contemporâneos,”³⁴³ (tradução nossa) não deixa também de reconhecer que não deve generalizar a sumarização dos processos:

³⁴² ALVIM, J. E. Carreira. *Ação monitória e temas polêmicos da reforma processual*. 3ª ed. Belo Horizonte, Del Rey, 1999, p. 188. A essas possibilidades pode-se acrescer a nova redação do art. 588 do CPC, em virtude da Lei Ordinária nº 10.444/2002, o qual ao tratar da execução provisória permitiu que ela fosse ultimada independentemente de caução no §2º.

³⁴³ CARPI, Federico. *La tutela d'urgenza fra cautela, sentenza anticipata e giudizio di merito*. **Rivista di Diritto Processuale**. Padova: Cedam, ottobre-dicembre, anno XL, nº 4, 1985, p. 724.

Indubitavelmente a técnica de antecipação com objetivo satisfativo e não cautelar é bastante útil, e algumas vezes realmente essencial, para fazer efetiva a tutela jurisdicional em situações de particular necessidade e urgência, com o fim de corrigir a disparidade substancial entre as partes. (...) Digo apenas que em um provimento em que se põe o fim de tentar em via urgente e “experimental” a recuperação do processo ordinário de cognição – que é sempre o instrumento mais completo de tutela – pode aparecer em efeito desviante a generalização da tutela sumária satisfativa. Tanto mais eficiente e concentrado é o processo de conhecimento, tanto mais deveria ser “marginalizada” a técnica de antecipação, e vice-versa.

Vale, portanto, a pena fazer uma tentativa de real potencialização do processo de cognição.³⁴⁴ (tradução nossa)

Paolo Biavati, ao analisar as exigências regionais em termos de União Européia, chega à conclusão que, embora o direito comunitário considere a possibilidade de se obter a tutela cautelar como uma condição de efetividade processual, a tutela de urgência não basta.³⁴⁵ Com efeito:

O direito comunitário faz tempo reconheceu na possibilidade de obter uma tutela cautelar uma condição de efetividade da tutela: das sentenças da Corte de Justiça neste setor, à constante advertência das diretivas.

A tutela de urgência, porém, não basta. Há situações que não supõem o perigo iminente de um dano grave e irreparável e que, todavia, exigem uma pronta resposta. As conclusões de Tampere, neste caso, desenham um preciso programa de trabalho, que vai das *small claims* à recuperação dos créditos comerciais.(...)

A normatização européia não postula nem mesmo formas de tratamento à cognição superficial e incompleta. Não me parece que se possa individualizar um modelo deste tipo, nem mais simplesmente, traçar um modelo que conduza a esta direção. Os objetivos são, ao contrário, aqueles da aceleração e da simplificação, juntas e não separadas. Aceleração significa que a ordinária atividade cognitiva (a defesa escrita, a eventual fase instrutória, a discussão oral) se desenvolva em um tempo razoável. Simplificação significa que, dado o percurso ordinário do processo, se procura eliminar todas as atividades repetitivas e não indispensáveis a um adequado tratamento. Tudo isso se soma a um terceiro, importante conceito, que é o da flexibilidade: a regra processual deve consentir a adaptação do rito às exigências de um bom tratamento do caso concreto.³⁴⁶ (Tradução nossa)

³⁴⁴ CARPI, Federico. *È sempre tempo di riforme urgenti del processo civile*. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**, Milano: Giuffrè, anno XLIII, 1989, p. 481-482.

³⁴⁵ BIAVATI, Paolo. *I procedimenti civili semplificati e accelerati: il quadro europeo e i riflessi italiani*. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**. Milano: Giuffrè, anno LVI, n° 3, Settembre, 2002, p. 754.

³⁴⁶ BIAVATI, Paolo. *I procedimenti civili semplificati e accelerati: il quadro europeo e i riflessi italiani*. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**. Milano: Giuffrè, anno LVI, n° 3, Settembre, 2002, p. 754 e 757.

Como garantia do réu, a doutrina tem ressaltado a necessidade de fundamentação das decisões antecipatórias e de possibilidade de recurso contra elas, sendo preocupante quando esta inexistir, pois podem ser prejudicados inclusive interesses de terceiros.³⁴⁷

Diante desses argumentos, deve-se concluir que a tutela de urgência tem importância para a efetividade processual o que impede a sua supressão, mas, por outro lado, os procedimentos contraditórios e aptos a formar com cognição exauriente coisa julgada material deve ser aprimorados, pois estes devem ser a regra para que se atinja o justo processo.

No Brasil, há os procedimentos especiais, por exemplo, o dos Juizados Especiais Federais, afora institutos aceleradores como o do julgamento conforme o estado do processo, no procedimento ordinário, que é o padrão, institutos estes que não foram explorados, até este instante, como deveriam. Esta “exploração” tímida fica clara em um exemplo comum no dia-a-dia do foro: o art. 282 do CPC exige que o autor indique, na petição inicial, as provas que pretende produzir e as finalidades, no entanto, os advogados geralmente fazem um protesto genérico de produção de provas e os magistrados, por não determinarem a emenda da inicial liminarmente, exararam um estranho despacho de “especifiquem as partes as provas que pretendem produzir” no instante processual em que deveriam passar à fase do julgamento conforme o estado do processo.

Retornando ao tema da tutela de urgência, não há dúvida de que, no sistema brasileiro, no qual a efetividade do processo possui índole constitucional (art. 5º, inciso XXXV), a tutela cautelar e a antecipada, esta última prevista em termos gerais no art. 273, não pode ser limitada por uma vedação *a priori* do legislador. Cabe ao Esatdo-Juiz, em cada caso concreto, analisar a existência do *periculum in mora* pelo menos, e cabe ao legislador possibilitar a antecipação sempre que o réu se utilize do processo para abusar do seu direito de defesa, inibindo a deslealdade processual e distribuindo de forma mais equânime o tempo entre as partes.

Contudo, no Brasil, não é novidade a existência de normas jurídicas vedando a concessão da tutela de urgência em determinados casos. Leia-se, nesses casos, a integrante do pólo passivo é sempre a Fazenda Pública. Antigas restrições às liminares em sede de Mandado de Segurança, já esquecidas em boa parte pela doutrina e pela jurisprudência, foram revigoradas para impedir liminares em processo cautelar em face da Fazenda Pública pela Lei nº 8.437/92 e, posteriormente, transferidas para a tutela antecipada através, por fim, da Lei nº

³⁴⁷ CARPI, Federico. *La tutela d'urgenza fra cautela, sentenza anticipata e giudizio di merito*. **Rivista di Diritto Processuale**. Padova: Cedam, ottobre-dicembre, anno XL, nº 4, 1985, p. 724.

9.494/97 e da Medida Provisória nº 2.180-35 de agosto de 2001. Tais restrições são danosas à efetividade do processo e, em consequência, à cidadania e não têm razão de ser em um sistema que exige a fundamentação de todas as decisões judiciais e que permite que a ampla recorribilidade das interlocutórias como regra e, mesmo nos Juizados Especiais Federais, admite a interposição de recurso contra decisão que conceda a tutela de urgência, com a possibilidade de atribuição fundamentada de efeito suspensivo.

A história dessas vedações está intimamente ligada ao abuso de poder por parte dos governos. Juvêncio Vasconcelos Viana indica: a Lei nº 2.770 de 04 de maio de 1956 que vedava a concessão de liminares para evitar a liberação de automóveis importados; as Leis nº 4.348/1964 e 5.021/66 visavam a dificultar a discussão da reforma administrativa que se implantava à época pelo regime militar; a Lei nº 7.969/1989 que foi concomitante à discussão da URP de abril e maio de 1989; a Lei nº 8.076/1990, resultado da conversão da Medida Provisória nº 198, que fora antecedida pelas Medidas Provisórias nº 173, 181, 186 e 197, as quais tinham por objetivo evitar a concessão de medidas liminares contra o “Plano Collor,” liminares estas que determinavam o desbloqueio dos cruzados em favor do cidadão; a Medida Provisória nº 1.570 veio após a manifestação do STF favorável à concessão aos servidores públicos civis do reajuste de 28,86%; a Medida Provisória nº 1.984 foi editada em meio às privatizações e às ações que buscavam a correção dos saldos das contas vinculadas do FGTS em razão de erros cometidos quando da vigência de planos econômicos.³⁴⁸ Em relação a esta última Medida Provisória, Juvêncio Vasconcelos Viana afirma categoricamente: “ veio, como noticiou a imprensa de então, para dificultar as vitórias judiciais do funcionalismo e para retardar o cumprimento de sentenças que impliquem gastos para o tesouro.”³⁴⁹

O Supremo Tribunal Federal foi, diversas vezes, no passado recente, chamado a discutir a constitucionalidade desses diplomas limitativos da tutela de urgência e desempenhou um papel extremamente tímido na proteção da efetividade da tutela jurisdicional. Em um primeiro momento, ao apreciar o pedido de medida liminar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 223-6-DF, Relator Ministro Paulo Brossard, o STF se absteve de decidir, remetendo ao juiz em cada caso concreto o controle de constitucionalidade.³⁵⁰ Posteriormente, o STF, na Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 4 – DF, se posicionou pela constitucionalidade das vedações contidas na Lei nº 9.494/1997

³⁴⁸ VIANA, Juvêncio Vasconcelos. *Efetividade do processo em face da fazenda pública*. São Paulo: Dialética, 2003, p. 213.

³⁴⁹ VIANA, Juvêncio Vasconcelos. *Efetividade do processo em face da fazenda pública*. São Paulo: Dialética, 2003, p. 213-214.

que estendeu à tutela antecipada as restrições existente para liminares em sede mandado de segurança e cautelar, restrições estas basicamente limitadas a questões referentes aos servidores públicos.³⁵¹ Os argumentos que fundamentaram esse posicionamento do STF iam da afirmação de que a garantia do acesso à justiça não comportaria o direito à liminar ao da necessidade - infraconstitucional – de se observar o duplo grau de jurisdição obrigatório.

Mas não é só. A Medida Provisória nº 2.180-35 de agosto de 2001, antes da Emenda Constitucional nº 32, ainda aumentaria o rol de restrições acrescentado “inclusão em folha” através da introdução do art. 2º B da Lei nº 9.494/1997. O art. 170-A do Código Tributário Nacional também viria impedir a compensação tributária antes do trânsito em julgado.

Ora, como já demonstrado, o direito à tutela de urgência integra a noção hodierna de justo processo e de devido processo legal, não podendo se pensar em processo efetivo com a restrição *a priori* da possibilidade de concessão. Por outro lado, o duplo grau de jurisdição sofre constante mitigação e já sofria antes das últimas reformas. Por exemplo, no caso do Mandado de Segurança, não haveria sentido, como aponta Sérgio Shimura, em se permitir a efetivação da liminar e limitar os efeitos da sentença.³⁵² Ademais, como Francisco Glauber, várias espécies de decisões gravosas em face da Fazenda Pública, como as relativas às provas, as que lhe negam liminares, as referentes a recursos e a nulidades, sempre existiram sem que ninguém apontasse a necessidade de se observar a remessa necessária.³⁵³

Para alguns autores, as hipóteses da Lei 9.494/1997 devem ser interpretadas restritivamente, sendo cabível a concessão de tutela antecipada em face da Fazenda Pública em outras hipóteses, como em relação a benefícios previdenciários como vem entendendo o Supremo Tribunal Federal.³⁵⁴ Leonardo José Carneiro da Cunha, embora reconheça que há um poder de cautela que se insere na atribuição do Estado de resolver conflitos, entende constitucionais as restrições específicas previstas em lei em face de o Poder Judiciário, no Brasil, poder julgar atos dos outros poderes.³⁵⁵ De outro lado, Cássio Scarpinella Bueno,

³⁵⁰ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADIN nº 223-6-DF. Relator Ministro Paulo Brossard. Pleno. Por maioria indeferida a liminar. Publicado no DJU de 29/06/1990, p. 6.218.

³⁵¹ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL ADCMC Nº 4 – DF, Relator Ministro Sydney Sanches. Decisão de 11/12/1998, Publicado no DJ de 21/05/1999.

³⁵² SHIMURA, Sérgio. *Problemas relativos à fazenda pública, tutela antecipada e execução provisória*. In: SUNDFELD, Carlos Ari; BUENO, Cassio Scarpinella (org). *Direito processual público: a fazenda pública em juízo*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 185.

³⁵³ ALVES, Francisco Glauber Pessoa. *O princípio jurídico da igualdade e o processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro Forense, 2003, p. 87/88.

³⁵⁴ CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *A fazenda pública em juízo*. São Paulo: Dialética, 2003, p. 162.

³⁵⁵ CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *A fazenda pública em juízo*. São Paulo: Dialética, 2003, p. 139.

embora defenda a inconstitucionalidade dessas restrições, chega a concluir que a tutela antecipada da obrigação de pagar, bem como a execução provisória da mesma obrigação em face da Fazenda Pública não seriam possíveis em face do posicionamento do STF e da Emenda Constitucional nº 30, que exigiria sentença judiciária transitada em julgado para expedição do precatório ou requisição de pequeno valor.³⁵⁶ O posicionamento dos dois autores parecem não resolver a questão, pois, ainda que se admita a validade das restrições à tutela de urgência e à execução provisória, é de se observar, com Francisco Glauber, que a tutela antecipada pode determinar a expedição do precatório, o depósito à disposição do Tribunal, ficando apenas dependente do trânsito em julgado o levantamento dos valores,³⁵⁷ sendo válida para fundamentar essa execução ou atuação uma decisão interlocutória, da mesma forma que se entendeu válido um título extrajudicial (Enunciado nº 279 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça). Ainda é possível a tutela antecipada em obrigações de fazer, desde que seja em hipótese que não se relacionem com servidores públicos. Porém, nunca é demais reforçar o casuísmo e a inconstitucionalidade das restrições à tutela de urgência em qualquer das suas espécies, repetindo o argumento de difícil contraposição de Marinoni:

Dizer que não há direito à tutela antecipatória contra a Fazenda Pública em caso de “fundado receio de dano” é o mesmo que afirmar que o direito do cidadão pode ser lesado quando a Fazenda Pública é ré.

Por outro lado, não admitir a tutela antecipatória fundada em abuso de direito de defesa contra a Fazenda Pública significa aceitar que a Fazenda Pública pode abusar de seu direito de defesa e que o autor que demanda contra ela é obrigado a suportar, além da conta, o tempo de demora do processo. Não é preciso lembrar, porém, que a distribuição do tempo do processo é uma necessidade que decorre do princípio da isonomia e que o princípio constitucional da efetividade pode ser lido através da regra que determina que o processo não pode prejudicar o autor que tem razão.³⁵⁸

A vedação à tutela de urgência por meio de atos legislativos do Executivo, muitas vezes homologados pelo Poder Legislativo, demonstram como ainda não há uma real compreensão da efetividade processual como garantia fundamental do cidadão não só nos conflitos entre privados, mas também, e principalmente, nos conflitos com a Fazenda Pública que tem por missão a garantia da cidadania.

³⁵⁶ BUENO, Cássio Scarpinella. *O poder público em juízo*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p.190.

³⁵⁷ ALVES, Francisco Glauber Pessoa. *O princípio jurídico da igualdade e o processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro Forense, 2003, p. 86.

³⁵⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. *A antecipação da tutela*. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 211.

3.2.4. Pontos sensíveis do processo de execução em face da Fazenda Pública.

Tendo como referência o valor de acesso a um ordem jurídica justa, é preciso que o processualista e os estudos sobre o processo, que não podem ser neutros, sempre indaguem sobre a eficiência real do sistema e a que interesses servem as regras processuais quando aplicadas na prática.³⁵⁹ Ademais, o cidadão, regra geral, vem a juízo pleiteando um bem da vida de valor individual ou coletivo e não um mero acerto, uma mera declaração. Como bem anotou Nilcéa Maggi, em sua tese de doutorado:

Pode-se dizer que a atividade jurisdicional apresenta-se com duas faces: uma que declara o direito, outra que realiza o direito declarado. Conhecimento e julgamento da lide (cognição) e atuação da sanção (execução), uma completando a outra. São faces de uma mesma medalha.³⁶⁰

Moura Rocha bem colocaria a questão, em obra de referência, no sentido de que a jurisdição é mais do que “atividade de decisão” ou “atividade de cautela”, é também “atividade de execução”, ou seja, a prestação jurisdicional não se esgota com a prolação da sentença.³⁶¹

Considera-se a execução, processo autônomo ou fase de um procedimento unitário, um dos momentos de maior importância na prestação jurisdicional, pois nele é que efetivará o direito já reconhecido na sentença, principalmente quando a executada é a Fazenda Pública contra a qual não poderia ser instaurada, ou pelo menos ultimada, a execução da obrigação de pagar antes do trânsito em julgado da sentença no processo de conhecimento, em face da ordem dos precatórios estabelecida no art. 100 da Constituição da República. É a execução que vai definir o prestígio da prestação jurisdicional, pois:

Quer para prestigiar-se, quer para desmoralizar-se, é no cumprimento da sentença, na execução da sentença, que a justiça mais se aproxima do povo. É simplesmente uma questão de eficácia ou inoperância. A conclusão a que se chega, diante do conceito que se tem hoje de justiça, é

³⁵⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil*. 4ª ed., São Paulo: Malheiros, 2000, *passim*.

³⁶⁰ MAGGI, Nilcéa Maria Barbosa. *Da execução da sentença como etapa do processo de conhecimento e da supressão dos embargos do devedor em execução de título judicial: forma de garantir o acesso à justiça*. (tese de doutorado). Recife, 2001, p.36.

³⁶¹ ROCHA, José de Moura. *Sistemática do novo processo de execução*: arts. 566 a 747 do Código de Processo Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978, p. 1.

a de uma justiça desacreditada, morosa, emperrada. Em muitos casos, antes de se fazer justiça, leva-se o jurisdicionado à frustração e ao desespero.³⁶² (Grifo nosso)

Constata-se, sem esforço, que a definição acerca da efetividade do processo, prende-se de forma especial ao processo de execução sem o qual o processo de conhecimento não vai passar de uma inútil declaração:

Julgamento sem execução significaria proclamação do direito em concreto sem sua efetiva realização prática. A execução não é simplesmente atividade complementar da cognição, devendo ser entendida como parificada com esta em importância prática e interesse científico. Uma reconhece o direito, outra realiza o direito reconhecido. Ambas faces de uma mesma medalha.³⁶³

Em razão dessas observações, é possível afirmar que se os privilégios de prazo e remessa necessária possuem uma importância secundária na avaliação da efetividade processual. **Esta será definida no processo de execução.** Assim, se fossem suprimidos os prazos diferenciados e a remessa necessária, mas a execução fosse inefetiva de nada adiantariam as alterações. Se, ao contrário, forem mantidos os prazos, a remessa necessária, mas o processo de execução se apresentar efetivo com certeza a missão do processo de servir de instrumento ao cidadão para proteção dos seus direitos em face da Fazenda Pública estará mais próxima de ser cumprida. Por esse motivo, neste capítulo, foi destinado um item próprio para análise da efetividade da execução das obrigações de pagar e a execução ou efetivação das obrigações de fazer e de não fazer devidas pelos Entes Públicos.

3.3. Efetividade e execução em face da Fazenda Pública: disfunções.

Nos tópicos abaixo, será demonstrado que a efetividade do processo civil brasileiro em face da Fazenda Pública encontra os maiores óbices para a sua efetivação no processo execução. Para tanto, será tratada inicialmente a temática da execução das obrigações de pagar, com todas as vicissitudes que o sistema encontra de longa data, e, em seguida, a

³⁶² MAGGI, Nilcéa Maria Barbosa. *Da execução da sentença como etapa do processo de conhecimento e da supressão dos embargos do devedor em execução de título judicial: forma de garantir o acesso à justiça.* (tese de doutorado). Recife, 2001, p. 69.

³⁶³ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Processo de execução.* São Paulo: Saraiva, 1968, p. 5.

execução ou efetivação das obrigações de fazer, destacando-se a análise de casos práticos de processos em que restaram evidentes as dificuldades para cumprimento da sentença judicial.

3.3.1. Obrigações de Pagar

No Brasil, foi construído um sistema original de execução da obrigação de pagar contra a Fazenda Pública. No início, as dificuldades do ponto de vista formal pareciam menores, pois a execução contra os Entes Públicos se dava com a mesma sistemática dos particulares, ou seja, com a penhora de bens, com exceção de alguns como os prédios públicos cuja impenhorabilidade era prevista nas ordenações. Havia a precatória de vênica dirigida à Câmara Municipal para que se autorizasse a entrada dos oficiais de justiça para proceder à penhora no cofre ou na tesouraria da Câmara.

A Constituição de 1824 previu no art. 15, inciso XV, que somente a Assembléia Geral poderia determinar a alienação dos bens públicos, o que levaria à edição da Instrução de 10.04.1851 pelo Diretório do Juízo Fiscal e Contencioso dos Feitos da Fazenda, estabelecendo, no art. 14, que em bens da Fazenda Nacional não se faz penhora, devendo-se, após o trânsito em julgado, requerer-se à autoridade e ao procurador fiscal o pagamento, o qual deveria ser feito pela tesouraria.³⁶⁴

A doutrina, os legisladores e a jurisprudência tinham um problema de difícil solução para resolver. Como já por várias vezes observado, o sistema pátrio de há muito adotou a unicidade de jurisdição e, em tese, desde a Constituição de 1824 a impenhorabilidade dos bens públicos, regra que seria mantida e confirmada pelo Código Civil de 1916. Como equilibrar a separação dos poderes e, ao mesmo tempo, possibilitar a satisfação dos credores da dívida passiva da Fazenda?

Na República Velha, grassava a “advocacia administrativa” para recebimento dos precatórios, não se respeitando qualquer ordem e pagando-se somente aqueles que fossem objeto de “apadrinhamento” de algum parlamentar, o qual, por sua vez, em muitas oportunidades, era eleito através de fraude eleitoral e não pelos votos dos eleitores de então.

³⁶⁴ SILVA, Américo Luís Martins. *Do precatório-requisitório na execução contra a fazenda pública*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 37-43.

A Constituição de 1934 procurou organizar o sistema, determinando o pagamento, respeitando-se a ordem cronológica de apresentação dos precatórios, e prevendo o seqüestro na hipótese de preterição. Com efeito:

Art. 182. Os pagamentos devidos pela Fazenda Federal, em virtude de sentença judiciária, far-se-ão na ordem de apresentação dos precatórios e à conta dos créditos respectivos, sendo vedada a designação de caso ou pessoas nas verbas legais.

Parágrafo único. Esses créditos serão consignados pelo Poder Executivo ao Poder judiciário, recolhendo-se as importâncias ao cofre dos depósitos públicos. Cabe ao Presidente da Corte Suprema expedir as ordens de pagamento, dentro das forças de depósito, e, a requerimento de credor que alegar preterição da sua precedência, autorizar o seqüestro da quantia necessária para o satisfazer, depois de ouvido o Procurador Geral da República.

Como se observa, cabia à Corte Suprema, denominação que fora atribuída ao Supremo Tribunal Federal, a expedição da ordem de pagamento. Mais tarde, em nossa história constitucional, essa regra seria alterada, conferindo-se também ao Tribunais de Justiça dos Estados a competência para expedição das ordens de pagamento dos precatórios. Após a elaboração desse dispositivo, que fora elogiado pela doutrina e tido como moralizador na administração pública brasileira, tinha-se, por certo, que o ordenamento jurídico brasileiro havia encontrado uma solução que bem compatibilizaria a unicidade de jurisdição com a impenhorabilidade dos bens públicos, mantendo a harmonia entre os poderes e a efetividade das decisões judiciais, solução esta que vários sistemas, inclusive os que adotam a dualidade de jurisdição com a substituição da autoridade, ainda perseguem.³⁶⁵³⁶⁶

Ressalte-se que o problema da execução de sentenças em países que adotam a unicidade ou dualidade de jurisdição é assunto dos mais complexos, não só por deficiências normativas, mas principalmente pelo fato de ser a própria administração pública que deve cumprir, executar uma sentença contra si própria, não sendo adequado falar de uso de força pública da administração contra ela própria.³⁶⁷

Diogo Freitas do Amaral traz exemplo interessantíssimo do Direito Português. Nesse sistema, é possível a inexecução lícita da sentença, quando a execução é impossível ou

³⁶⁵ DANTAS, Francisco Wildo Lacerda. *Execuções contra a fazenda pública*. Brasília: Brasília Jurídica, 1999, p. 80.

³⁶⁶ CAVALCANTI, Francisco de Queiroz Bezerra. *Breves considerações sobre as execuções contra a fazenda pública*. *Anuário dos Cursos de Pós-Graduação em Direito da UFPE*. Recife: Editora Universitária, nº 9, 1998, p. 49-50.

³⁶⁷ AMARAL, Diogo Freitas do. *Direito administrativo*. Lisboa: s/ed, Vol. IV, 1988, p. 231-232.

quando provocaria grave prejuízo ao interesse público. Por essa razão, além da sentença condenatória, a inexecução lícita na segunda hipótese e a inexecução ilícita de uma obrigação de fazer podem gerar direito à indenização. Mas se a administração não indenizar? O próprio Diogo Freitas do Amaral, em sua “dissertação” de doutorado, havia sugerido a adoção da solução do direito brasileiro com a inscrição da verba no orçamento à ordem do Tribunal a fim de que se respeitasse até as últimas consequências o Estado de Direito. Tal solução foi adotada no art. 12º do Decreto-Lei nº 256-A/77.³⁶⁸

No Brasil, durante as décadas iniciais, 30, 40 e 50, o sistema de precatório funcionou razoavelmente, até porque o problema inflacionário não tinha atingido a relevância que teria nas décadas seguintes.³⁶⁹

A sistemática do precatório requisitório, quando o fenômeno inflacionário passou a atingir de forma significativa o valor nele expresso em moeda corrente, transformaria essa construção relevante do direito brasileiro em um dos maiores atentados aos direitos do cidadão e em instrumento para que o próprio Estado fornecesse péssimo exemplo de descumprimento de comandos judiciais. Infelizmente, é preciso reconhecer que esse “mau exemplo” do Estado foi praticado tanto pelo Executivo, como pelo Legislativo e, infelizmente, pelo Judiciário, que vem interpretando os dispositivos constitucionais contra o cidadão e, o que é mais grave, contra a efetividade da tutela jurisdicional, indo na contramão do direito constitucional processual e dos instrumentos internacionais de direitos humanos, os quais não podem mais ser concebidos sem instrumentos dotados de efetividade real.

Inicialmente, setores da jurisprudência entendiam que uma vez pago o precatório, em que constara os valores devidos de acordo com a sentença, com a correção monetária e com os juros devidos quando da inscrição, seria vedada a expedição de outro precatório.

Mais tarde, o Supremo Tribunal Federal, a exemplo do decidido no RE 85.921-RJ, admitiria a cobrança da correção e dos juros após cumprido o precatório em ação própria.³⁷⁰ Ou seja, depois de um percurso que não fora fácil, o cidadão teria que passar por outro processo de conhecimento, sistema recursal, aguardar o trânsito em julgado, enfrentar um novo processo de execução, sujeito a embargos do devedor, estes também sujeitos ao

³⁶⁸ Nas palavras do Professor português: “Também na nossa dissertação de doutorado os debruçamos sobre este aspecto, e concluímos pela proposta de adoção de uma solução – inspirada no direito brasileiro – consistente em inscrever anualmente uma verba no Orçamento do Estado” (...) Cf. AMARAL, Diogo Freitas do. *Direito administrativo*. Lisboa: s/ed, Vol. IV, 1988, p. 258-259.

³⁶⁹ CAVALCANTI, Francisco de Queiroz Bezerra. *Breves considerações sobre as execuções contra a fazenda pública. Anuário dos Cursos de Pós-Graduação em Direito da UFPE*. Recife: Editora Universitária, nº 9, 1998, p. 51.

³⁷⁰ SILVA, Américo Luís Martins. *Do precatório-requisitório na execução contra a fazenda pública*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 134.

sistema recursal para depois de tudo isso receber um valor desatualizado em até mais de 90%! Assevere-se que em uma execução contra particulares, uma eventual insuficiência de valores seria resolvida coma expedição de mandado de reforço de penhora, sendo inconcebível que se remeta o credor a uma nova ação, com as mesmas partes, mesma causa pedir e mesmo objeto!

Posteriormente, adotou-se a posição favorável a uma única atualização e finalmente, através da interpretação do Enunciado nº 561 da Súmula do Supremo Tribunal Federal, a de quantas atualizações, a de quantos precatórios quantos fossem os necessários para cumprimento da obrigação. Tal procedimento, embora justo, fazia com que, em único processo de execução, fossem expedidos vários precatórios que em tese demoravam pelo menos seis meses para serem pagos. Registre-se que geralmente, até os dias atuais, a Fazenda Pública deposita à conta do Tribunal no mês de dezembro do ano seguinte, ou seja, no 18º mês! Se muitos cidadãos já não recebiam em vida os seus valores, principalmente quando se tratava de benefícios previdenciários, imagine-se quando pagos em prestações periódicas e irrisórias porque corroídas por uma inflação de 20%, 30% e até 40% ao mês!

Diante desse quadro, inúmeros tribunais defenderam a possibilidade de que os valores de precatório fossem expressos em indexadores econômicos como OTN e ORTN. Autores como Humberto Theodoro Júnior Arnold Wald defendiam essa posição que era combatida por outros setores da doutrina a exemplo de Vicente Greco Filho e de Américo Luís Martins da Silva,³⁷¹ sob o argumento de que a receita e a despesa deveriam ser previstas em moeda corrente nos termos da Constituição, além de que a atualização dos precatórios poderia levar à insuficiência dos valores para pagamento de todos, sem possibilidade de, no mesmo exercício, ser aprovado um crédito suplementar ante a inexistência de um verdadeiro fundo à conta do Poder Judiciário.³⁷²

O Supremo Tribunal Federal, chamado a apreciar a questão na representação nº 1.238-7 SP,³⁷³ decidiu só ser possível qualquer indexação até a inscrição, ou seja, até 1º de julho, sendo vedada qualquer atualização a partir desta data até o pagamento, uma vez que não seria possível a indicação de despesa orçamentária em forma diversa da de moeda corrente, como também se constata dos seguintes julgados:

³⁷¹ SILVA, Américo Luís Martins. *Do precatório-requisitório na execução contra a fazenda pública*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, *passim*.

³⁷² SILVA, Américo Luís Martins. *Do precatório-requisitório na execução contra a fazenda pública*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p.136-141.

³⁷³ SILVA, Américo Luís Martins. *Do precatório-requisitório na execução contra a fazenda pública*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p.142.

Ementa:

Liquidação. Correção monetária. Pagamento pela fazenda estadual. Valor calculado a base de ORTNs. Firmou-se a jurisprudência do STF no sentido de não ser possível determinar o Tribunal de Justiça que o precatório fosse expedido fixando a obrigação, para a fazenda estadual, de efetuar o pagamento do débito a base de um determinado numero de ORTNs. contrariedade ao art. 117, paragrafo-1 da constituição federal.³⁷⁴

Ementa:

Precatório judiciário. Constituição, art. 117 e § 1.. Liquidação de sentença. Determinação no sentido de o valor da condenação da Fazenda Publica, fixado em cruzeiros, converter-se em ORTNs, devendo o pagamento, resultante do precatório, efetuar-se pela quantia correspondente ao valor das ORTNs, na data de sua efetivação. Embora cabível a conversão do valor da condenação em ORTNs, não e possível a determinação para que o pagamento se dê pelo valor das ORTNs na data em que efetuado, mas, tão só, no montante a apurar-se 1. de julho do ano em que expedido o precatório. Requisição do pagamento em quantia certa. Orientação do STF firmada no julgamento da Representação n. 1.238-SP E DO RE n. 103.684-2-SP. Aresto que ofendeu o art. 117, § 1., da Constituição, regularmente prequestionado. Recurso extraordinário conhecido e provido.³⁷⁵

Contudo, o governo federal editaria o Decreto-Lei nº 2.443 de 24 de junho de 1988, ficando autorizado o Poder Executivo a promover a atualização dos grandes grupos de despesa, observado o comportamento da receita e utilizados indicadores específicos. Francisco Cavalcanti, diante dessa norma, conclui ser:

óbvio que, indexado o orçamento: receitas e despesas, também deveriam ser indexados os valores objeto de precatórios judiciais, uma vez que a partir da entrada em vigor do citado diploma, desmoronado todo o arcabouço legal impeditivo das correções. Assim, entretanto, não se entendeu, persistindo a questão do déficit em relação a cada pagamento.³⁷⁶

O máximo que o Poder Judiciário admitiria, porém, seria a expedição de tantos precatórios quantos fossem necessários para satisfação do crédito, o que acarretava os problemas já referidos.

³⁷⁴ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE 114434 / SP - São Paulo, segunda turma, Relator(a): Min. Aldir Passarinho. julgamento: 29/09/1987. Publicação: DJ data-06-11-87 pg-24445 ementa vol-01481-03 pg-00515.

³⁷⁵ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE 114183 / SP - SÃO PAULO Relator(a): Min. MOREIRA ALVES Julgamento: 04/09/1987. Disponível em <<http://www.stf.gov.br/Jurisprudencia/Jurisp.>> Acesso em [13 de maio de 2004].

³⁷⁶ CAVALCANTI, Francisco de Queiroz Bezerra. *Breves considerações sobre as execuções contra a fazenda pública. Anuário dos Cursos de Pós-Graduação em Direito da UFPE*. Recife: Editora Universitária, nº 9, 1998, p. 54-55.

Com a Constituição de 1988, a interpretação atribuída ao art. 100 foi no sentido de que os valores seriam atualizados somente até a data da inscrição, quando o tribunal requisitaria a quantia devida à entidade devedora.

Em face da redação do *caput* do art. 100, houve quem sustentasse, inclusive no Superior Tribunal de Justiça, que os créditos de natureza alimentícia estariam excluídos da ordem dos precatórios, posicionamento este que foi refutado pelo Supremo Tribunal Federal³⁷⁷ e, depois, pelos demais tribunais, apenas se reconhecendo, dentro da sistemática do precatório, seguirem os de natureza alimentícia uma ordem cronológica distinta dos de natureza diversa, entendimento que fora cristalizado no Enunciado nº 144 da Súmula do STJ.³⁷⁸ Assim, qualquer valor devido pela Fazenda Federal, Estadual, Distrital ou Municipal tem que se submeter ao do precatório requisitório.

Com essa sistemática, permaneceram dois problemas: o **primeiro** consistente nas desvalorização da moeda; o **segundo**, na data base da conta que é levada em consideração para a requisição de pagamento, pois, na data de inscrição, no momento da requisição do crédito à Fazenda Pública, dá-se, apenas, a atualização dos valores, ou seja, aplica-se apenas a correção monetária, não se aplicando os juros que tenham integrado a condenação contida na sentença transitada em julgado. Dessa forma, no próximo precatório, que deverá existir inexoravelmente, seriam devidos os valores referentes à correção monetária desde a data da inscrição, quando foram atualizados ao valores, até a data do efetivo depósito dos valores à disposição do Tribunal, bem como seriam devidos os juros de mora entre a data da última conta que os incluiu e a data do efetivo pagamento.

Tal raciocínio, que deveria ser extreme de dúvidas, tornou-se controvertido na jurisprudência. É verdade que foi aceito pela maioria dos tribunais, como o TRF da 2ª, 3ª, 4ª e 5ª Regiões, com poucas exceções como o TRF da 1ª Região, e teve acolhida no Superior Tribunal de Justiça no sentido de também serem devidos juros de mora até o efetivo pagamento como se percebe, a título de exemplo dos seguinte julgados:

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça está assentada na compreensão de que devem ser incluídos juros de mora na conta formadora do precatório complementar.³⁷⁹

³⁷⁷ Em uma das oportunidades apreciando a constitucionalidade do art.128 da Lei nº 8213/91 que tratava de créditos de natureza alimentar oriundos de diferenças relativas a benefícios previdenciários.

³⁷⁸ Enunciado nº 144 da Súmula do STJ: “os créditos de natureza alimentícia gozam de preferência, desvinculados os precatórios da ordem cronológica dos créditos de natureza diversa.”

³⁷⁹ BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso Especial nº 164.217/DF, Primeira Turma, DJ 17/08/1998, Rel. Min. José Delgado, unanimidade

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça esta pacificada no sentido de que devem incidir juros moratórios em precatório complementar.³⁸⁰

A Emenda Constitucional nº 30, por sua vez, trouxe alteração salutar, apesar de incompleta, ao prever que a atualização se daria no momento do pagamento, eliminando quaisquer diferenças devidas a título de correção monetária, mas permanecendo a título de juros, haja vista que os cálculos, a data da conta, geralmente, é bem anterior à da inscrição.

Contudo, o Supremo Tribunal Federal se pronunciou sobre a questão, fixando a posição de não serem devidos juros de mora em precatório complementar, desde que o precatório original fosse pago no prazo constitucional, ou seja, até o final do exercício seguinte ao da requisição, se esta for feita até 1º de julho, conforme ementa abaixo:

CONSTITUCIONAL. CRÉDITO DE NATUREZA ALIMENTAR. JUROS DE MORA ENTRE A DATA DA EXPEDIÇÃO DO PRECATÓRIO E A DO EFETIVO PAGAMENTO. C.F., ART. 100, parágrafo 1º (REDAÇÃO ANTERIOR À EC 30/2000). Hipótese em que não incidem juros moratórios, por falta de expressa previsão no texto constitucional e ante a constatação de que, ao observar o prazo ali estabelecido, a entidade de direito público não pode ser tida por inadimplente. Orientação, ademais, já assentada pela Corte no exame da norma contida no art. 33 do ADCT. Recurso Extraordinário conhecido e provido.³⁸¹

Extraí-se da leitura do voto vencedor ter o Pretório Excelso entendido que, durante o prazo assinalado, na Constituição, para pagamento, não há mora, até porque a Fazenda Pública em determinado período estaria impedida de pagar, ainda que o desejasse. E não foi só isso. O Ministro Ilmar Galvão, por meio de seu voto, afastou a incidência dos juros de mora não só do período posterior à inscrição, mas em qualquer período anterior também ao defender que, após a Emenda nº 30, a atualização monetária, quando do pagamento, atualiza tanto o principal como os juros, bem como que a nova redação da Constituição só se refere à atualização monetária, o que vedaria o entendimento de serem devidos juros de mora. Com efeito:

(...)Ademais, há de ponderar-se que, via de regra, a simples atualização monetária do montante pago no exercício seguinte à expedição do precatório já corrige, junto com o principal, todas as verbas acessórias, inclusive os juros lançados na conta originária. Sendo assim, a incidência contínua de

³⁸⁰ BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Agravo Regimental no Recurso Especial nº 410311/DF, Primeira Turma, DJ 17/10/2002, Rel. Min. Luiz Fux, unanimidade.

³⁸¹ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, RE 305186-5, Rel. Min. Ilmar Galvão, Primeira Turma, Unanimidade, DJ 18/10/2002.

juros moratórios representaria capitalização de tais juros, o que não se justificaria nem mesmo em face dos créditos de natureza alimentar(...) Registre-se, por último, que a EC 30/2000 imprimiu nova redação ao citado § 1º do art. 100, estabelecendo que os precatórios, apresentados até 1º de julho, devem ser pagos “*até o final do exercício seguinte, quando terão seus valores atualizados monetariamente*”. Duas novidades, portanto: atualização protraída para ocasião do pagamento, exatamente para evitar a perenização da dívida, com precatórios sucessivos; e a atualização especificada de natureza **monetária**, sem menção a juros de mora, circunstância que reforça o entendimento de que, por vontade do constituinte – originário ou derivado – não são eles devidos, em casos tais.³⁸²

Ante tal decisão do STF, que será apreciada criticamente no final deste item juntamente com todo o sistema da execução de pagar contra os Entes Públicos, o Superior Tribunal de Justiça, sem maiores ponderações sobre a realidade dos autos em que se processam as execuções contra a Fazenda Pública, sem maiores ponderações sobre data base dos cálculos, sobre o funcionamento das contadorias judiciais, bem como da exigência dos tribunais de intimação das partes, ainda que se trate de mera atualização de cálculos, reformou a sua posição, ajustando-se acriticamente ao precedente da Corte Suprema, consoante se constata dos acórdãos cujas ementas são citadas abaixo:

Ementa:

Processual Civil. Recurso Especial. Repetição de Indébito. Execução de Sentença. Precatório Complementar. Juros de Mora. Não Incidência.

1. Consoante entendimento atual desta Corte, conforme orientação traçada pelo STF, não incidem juros de mora em precatório complementar. Ressalva do ponto de vista do Relator.
2. Recurso especial conhecido, mas improvido.³⁸³

Ementa:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL. PRECATÓRIO COMPLEMENTAR. JUROS DE MORA. DESCABIMENTO. DECISÃO DA MATÉRIA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

1. Agravo regimental contra decisão que negou provimento a agravo de instrumento ao entendimento de serem devidos juros moratórios nos cálculos referentes a precatório complementar.
2. Sobre a incidência de juros de mora na conta formadora do precatório complementar, sempre votei no sentido de ser a mesma devida, com base em reiterada jurisprudência desta Corte Superior.

³⁸² BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, RE 305186-5, Rel. Min. Ilmar Galvão, Primeira Turma, Unanimidade, DJ 18/10/2002, trecho do voto do relator.

³⁸³ BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, RESP 296614 / MT ; RECURSO ESPECIAL, Relator Min. FRANCISCO PEÇANHA MARTINS, SEGUNDA TURMA, unanimidade, Data da Decisão 09/12/2003, Fonte DJ DATA:09/02/2004 PG:00147.

3. No entanto, embora tenha o posicionamento acima assinalado, rendo-me, com a ressalva do meu ponto de vista em sentido oposto, à posição assumida pelo distinto Supremo Tribunal Federal, pelo seu caráter uniformizador no trato das questões jurídicas no país, quando, em sede de recursos extraordinários, decidiu que não são devidos juros moratórios no período **compreendido entre a data de expedição e a do efetivo pagamento de precatório judicial, no prazo constitucionalmente estabelecido, à vista da não-caracterização, na espécie, de inadimplemento por parte do Poder Público** (RE nº 305186/SP, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJ de 18/10/2002). No mesmo sentido, o Pretório Excelso vem entendendo no que atine aos juros de

mora em precatório complementar (RE nº 298616/SP, Plenário, Rel. Min. Carlos Velloso, Rel. p/ o Acórdão Min. Gilmar Mendes, julgamento de 31/10/2002, Ata nº 38 publicada no DJ de 31/10/2002).

4. Agravo regimental provido. Na seqüência, dá-se provimento ao recurso especial da União.³⁸⁴

(Grifo nosso)

Ementa

AGRAVO REGIMENTAL. PRECATÓRIO COMPLEMENTAR. JUROS MORATÓRIOS. NÃO INCIDÊNCIA.

- Consoante posição adotada pelo STF, no julgamento do RE 305.186/SP não incidem juros de mora nos cálculos de precatórios complementares.

- Agravo improvido.³⁸⁵

Em face do posicionamento citado do Supremo Tribunal Federal, praticamente se haviam fechado as portas a qualquer possibilidade de expedição de precatório complementar. A posição tornou-se ainda mais forte na Suprema Corte em razão interpretação que fora conferida ao § 4º do art. 100 com a redação que lhe fora determinada pela Emenda Constitucional nº 37 de 12/06/2002. Esse parágrafo levou o STF a entender como vedada a expedição de precatório complementar ou suplementar de valor pago, interpretação esta anterior ao acórdão rememorado, conforme se extrai de trecho do voto do Ministro Carlos Velloso, que considerou a vedação desnecessária:

(...)A proibição de precatório complementar ou suplementar seria desnecessária, dado que, com a EC 30/2000, conforme vimos, acima, não mais se justificaria a expedição de precatórios complementares, porque a

³⁸⁴ BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Acórdão AGA 518573 / SC ; AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO 2003/0045811-3, Relator Min. JOSÉ DELGADO, Órgão Julgador - PRIMEIRA TURMA. Unanimidade. Fonte DJ DATA:01/12/2003 PG:00272 Data da Decisão 21/10/2003.

³⁸⁵ BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Acórdão AGRESP 438043 / DF ; AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL 2002/0067105-6 Relator Min. HUMBERTO GOMES DE BARROS, PRIMEIRA TURMA, Fonte DJ DATA:10/11/2003 PG:00160 Data da Decisão 14/10/2003.

atualização do débito será feita quando do pagamento, vale dizer, quando da quitação do precatório.(...) ³⁸⁶

O Tribunal Regional Federal da 5ª Região também já possui pronunciamento consistentes na impossibilidade de expedição de precatório complementar se já houver precatório pago, salvo a expedição do complementar foi anterior a Emenda Constitucional nº 37 como se observa do seguinte aresto:

Ementa:

CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. PAGAMENTO DE VALOR REMANESCENTE. INCIDÊNCIA DE JUROS DE MORA. IMPOSSIBILIDADE. EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 37.

-Hipótese em que se busca reforma de despacho singular que, em sede de execução, nega aplicação dos expurgos inflacionários e juros de mora em precatório complementar;

-Edição da Emenda Constitucional nº 37 que acresceu o §4º ao art. 100, da Constituição Federal, segundo o qual são vedados a expedição de valor pago, bem como fracionamento, repartição ou quebra do valor da execução;

-Reforma obrigatória do entendimento monocrático;

-Agravo de instrumento provido. ³⁸⁷

A doutrina, infelizmente, vem sufragando a posição adotada pelo STF:

Portanto, atualmente, só existe precatório complementar para a cobrança de juros moratórios do período posterior ao exercício em que deveria ser pago o precatório. Entre a data de expedição do precatório e a do efetivo pagamento não há cômputo de juros, sendo o valor pago corrigido monetariamente, sem possibilidade de haver precatório complementar. ³⁸⁸

O quadro exposto acima deve ser analisado à luz dos objetivos deste trabalho e dos critérios expostos. No caso, deve-se aferir se o modo de ser do processo, a justiça e a utilidade das decisões permitem afirmar que ele se constitui em uma das vias de efetivação da cidadania, de garantia e efetivação dos direitos.

Não é preciso um grande esforço para constatar uma série de distorções e óbices que tornam o processo de execução de pagar contra os Entes Públicos muito mais um ato de violação da cidadania do que garantia de sua efetivação.

³⁸⁶ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL STF - AGRRE nº 351.806-PE, Rel. Min. Carlos Veloso, Segunda Turma, DJ 07/02/2003.

³⁸⁷ BRASIL. TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO – AGTR nº 45774-PE – Rel. Des. Fed. Petrócio Ferreira, Segunda Turma.

³⁸⁸ CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *A fazenda pública em juízo*. São Paulo: Dialética, 2003, p.174.

Dentro do contexto histórico, observa-se que o cidadão, que já teve o seu direito reconhecido, muitas vezes, por meio de um prévio processo de conhecimento, foi vítima de uma arraigada insensibilidade por parte das cúpulas dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário. Da advocacia administrativa do início do século ao pagamento de valor nominal em moeda corrente desvalorizada pela inflação, **há lustros de distância, mas não real consciência democrática e Estado de Direito a proteger o cidadão.** O Poder Judiciário, principalmente na cúpula, ou seja, no Supremo Tribunal Federal, contribuiu para uma verdadeira crise institucional no passado recente, vedando a expedição de mais de um precatório nos mesmos autos, mesmo sabendo que o pagamento pelo valor nominal, remetendo o credor a uma outra ação ordinária, significaria a insatisfação eterna do direito reconhecido, mesmo que se pense na habilitação da viúva ou viúvo e dos herdeiros! Esperar uma atitude positiva do STF, exigindo, em nome da efetividade de suas próprias decisões, uma construção que exigisse o depósito atualizado dos valores é muito mais do que “sonhar” é desconhecer que atualmente o STF tem assumido posturas mais antenadas com posturas governamentais que no passado, tendo em vários momentos uma tibia atuação na defesa dos direitos fundamentais.³⁸⁹

Não era só contra, na década de 1980, os princípios processuais de caráter universal, pelo menos no mundo ocidental, era contra o bom senso e a qualquer fórmula matemática e humana entender-se findo um processo em que o credor não tem satisfeito o seu crédito perante um devedor que se diz solvente e que o fez amargar uma série de vicissitudes. **O Estado, que deveria ser exemplar cumpridor das decisões judiciais, descumpre-as e acaba por encontrar legitimidade no sistema à luz do dia e com sentença de extinção da execução prolatada e registrada.** Mesmo quando a indexação dos valores dos precatórios não seria mais que a indexação de mais um grupo de despesas já indexadas do orçamento público, a cúpula do Judiciário estranhamente não adotou essa tese. Como bem observou o Ministro Sepúlveda Pertence em seu voto no Recurso Extraordinário nº 298.616-SP de “(...) todas as obrigações do Estado eram sujeitas à correção monetária, que só aquelas já declaradas certas e líquidas por sentenças ficassem sujeitas ou a desvalorização que a reduzia a valores irrisórios, ou à sucessão de precatórios complementares.”³⁹⁰

³⁸⁹ LIMA, Francisco Gérson Marques de. *O Supremo Tribunal Federal na crise institucional brasileira (Estudo de casos – abordagem interdisciplinar)*. Fortaleza: ABC Fortaleza, 2001, p. 106.

³⁹⁰ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE nº 298.616-SP. Relator Ministro Gilmar Mendes. Segunda Turma. DJ de 03/10/2003.

Quando se discutiu a exigência de precatório para créditos de natureza alimentar, os quais poderiam ser estimados, o posicionamento do STF também foi extremamente pobre e alheio a qualquer conexão com a nova Carta Magna que surgia.

Quando o art. 33 do ADCT³⁹¹ previu o pagamento atualizado e parcelado dos precatórios pendentes na data da promulgação da Constituição de 1988, ficou demonstrado que bastava um pouco de boa vontade para que os valores fossem pagos com valor real e não apenas nominal. No entanto, criou-se uma contradição entre uma norma que deveria reger uma situação transitória e a regra permanente constante do *caput* do art. 100, que previa a atualização somente em 1º de julho pelo Tribunal, sendo os valores pagos com valor nominal 18 meses depois.

Em verdade, em relação ao art. 33 do ADCT, o Supremo Tribunal Federal teve de decidir se deveria além da atualização haver incidência de juros nos pagamentos parcelados, havendo decidido, como recorda o próprio Ilmar Galvão em seu voto no acórdão que determinou a não aplicação de juros de mora entre a expedição e pagamento de precatório, no RE 158.430, relator Ministro Néri da Silveira e no RE 149.466, Relator Ministro Octávio Gallotti, que o pagamento parcelado em si não gera aplicação de juros, ainda mais quando o pagamento é feito em prazo fixado constitucionalmente.³⁹² Mais tarde, com a Emenda Constitucional nº 30 foi previsto novo parcelamento, mas desta vez as parcelas além de atualizadas seriam pagas com a incidência de juros de mora, embora em módicos percentuais.

O Ministro Marco Aurélio, em voto vencido, bem pontua que se o cidadão vem a juízo pleiteando a condenação do Estado, do Estado que, por editar as leis, aplicá-las e julgar a sua aplicação, deveria ser exemplo e norte para o cidadão comum, e se sagra vencedor em sua demanda é por que o Estado está inadimplente e assim permanecerá até a satisfação integral do crédito do autor, pois “o precatório não consubstancia moratória, não é uma atestado liberatório.”³⁹³

No entanto, o posicionamento adotado pela Suprema Corte não afastaria apenas os juros entre a data da inscrição e a do efetivo pagamento, mas os juros devidos entre

³⁹¹ Art. 33. Ressalvados os créditos de natureza alimentar, o valor dos precatórios judiciais pendentes de pagamento na data de promulgação da Constituição, incluído o remanescente de juros e correção monetária, poderá ser pago em moeda corrente, com atualização, em prestações anuais, iguais e sucessivas, no prazo máximo de oito anos, a partir de 1º de julho de 1989, até cento e oitenta dias da promulgação da Constituição.

³⁹² BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, RE 305186-5, Rel. Min. Ilmar Galvão, Primeira Turma, Unanimidade, DJ 18/10/2002, trecho do voto do relator.

³⁹³ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE 298.616-9 SP, Rel. Ministro Gilmar Mendes. Tribunal Pleno. Por maioria, DJ 03/10/2003, trecho do voto do Ministro Marco Aurélio.

da data da conta, do cálculo e a data da inscrição: 1º de julho. Houve uma profunda insensibilidade dos Tribunais que seguiram a orientação do Supremo. Com efeito, o parágrafo quarto do art. 100 da Constituição da República, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 37, veda a expedição de precatório complementar ou suplementar de valor pago.

A expressão **valor pago** deve ser entendida como valor pago corretamente dentro prazo constitucional. Ora, é de conhecimento de todos que trabalham com execução contra os Entes Públicos, com precatórios, que, no mais das vezes, a data da conta, a data do cálculo é bastante anterior à data da expedição, e, mais ainda, da data da inscrição no Tribunal do precatório, até por que se o juiz da execução determinar a atualização dos valores pela contadoria do juízo, ter-se-á que abrir vista às partes para se manifestarem, o que provoca sempre defasagem a título de juros, mesmo dentro da moldura do STF que os entende não devidos durante o prazo constitucional para pagamento do precatório. Inclusive, a data do cálculo nunca é 1º de julho, mas, pelo contrário, data de um ou de mais anos atrás, em razão de que, quando a Fazenda Pública é citada para opor embargos, e estes embargos são julgados total ou parcialmente improcedentes, haverá a utilização de todo o sistema recursal para que depois da “volta” dos embargos do devedor se possa expedir o precatório.

O juiz da execução, em face do comportamento processual da Fazenda Pública, que se analisará mais adiante, se encontra diante do seguinte dilema: mandar atualizar os valores, correndo o risco de ser instaurada uma nova discussão sobre os cálculos ou, ainda que não haja a referida discussão, perder o prazo para expedição do precatório e remessa para o tribunal respectivo naquele ano, ou enviar o precatório com valores muito aquém dos devidos. Assevere-se, mesmo ocorrendo a atualização, sempre restará uma parcela de juros devida, pois os cálculos nunca datarão de 1º de julho. O então Supervisor da Seção de Constadoria da Justiça Federal, Seção Judiciária de Pernambuco, Ricardo Ferreira, atestaria essa realidade de forma bastante clara:

E, com conhecimento de causa, pelo menos na 5ª Região, **a prática atesta que os valores inscritos todos os anos para precatório tiveram por base uma conta efetuada há pelo menos um ano, e a atualização no TRF é apenas monetária. Não há acréscimo algum dos juros moratórios da data da conta até a data da atualização pelo Tribunal, juros estes concedidos pelos julgados.** Conseqüentemente, já há uma defasagem do valor devido no momento da inscrição, a qual não seria corrigida sequer pela atualização determinada pela EC 30/2000. Apenas por meio de um complementar.³⁹⁴ (Grifo nosso)

³⁹⁴ Ferreira, Ricardo. Diário de Pernambuco de 01/11/2003 – 1º Caderno – Página A3.

Quando, em seu voto multireferido, o Ministro Ilmar Galvão adotou o entendimento de que o legislador com a Emenda Constitucional nº 30 não quis que fossem devidos juros, mas apenas atualização monetária, impedindo-se a expedição complementar, ele incorreu em um equívoco lamentável sobre a abrangência do próprio comando normativo. Uma interpretação possível do texto constitucional, após a Emenda Constitucional nº 30, é que só há autorização constitucional para se aplicar atualização monetária no pagamento e não juros. O Tribunal na liquidação não poderia aplicar juros, o que não significa que eles não seriam devidos. Rememore-se que, antes da referida Emenda, só havia determinação para o Tribunal atualizar até primeiro de julho e, ainda assim, era aceita a expedição do precatório complementar para pagamento da atualização e dos juros remanescentes. Ora, o mesmo raciocínio deve se aplicar na hipótese de juros, pelo menos no que se refere a incidência até 1º de julho, sob pena de se estar privando o cidadão de 12%, 24% do valor que lhe é devido. Se fosse correto o entendimento do Ministro Ilmar Galvão, nunca se teria permitido a expedição de precatório complementar em razão da desvalorização do valor nominal da moeda corrente expresso nos precatórios.

É preciso sublinhar que a interpretação de que seria possível a expedição de um ou mais complementar para pagamento dos juros, com certeza, **não seria a melhor interpretação. Se se tiver como norte a necessidade de se compatibilizar a efetividade necessária ao sistema constitucional através das garantias processuais com a intenção do legislador de encerrar o quadro lamentável de expedição de vários precatórios extraídos dos mesmos autos, a interpretação possível conforme à Constituição seria reconhecer que os juros, na forma em que foram fixados no título judicial, deveriam ser aplicados até o pagamento, encerrando-se definitivamente a execução, com a finalização, no nosso sistema, de um drama histórico.**

Não se alegue que se o Supremo assim interpretasse estaria substituindo ao legislador, pois o que se faria na prática seria evitar que a promessa de efetividade, norma constitucional cogente, fosse teórica ou ilusória, como advertiu a Corte Européia de Direitos Humanos, mas efetiva com a utilização de instrumentos que tornem efetivos os direitos e real o próprio direito à ordem jurídica justa que em si é um direito fundamental.³⁹⁵

³⁹⁵ “La Convention a pour but de protéger des droits, non pas théoriques et illusoires, mais concrets et effectifs.” Cf. GUINCHARD, Serge et al. *Droit processuel: droit coumun du procès*. Paris: Dalloz, 2001, p. 371.

Essa realidade, tão evidente, expressa em milhares de títulos judiciais transitados em julgado que prometeram juros até o efetivo pagamento, está sendo completamente esquecida pelo Poder Judiciário, inclusive na 1ª instância. É mais um calote que o credor cujo título teve a desfortuna de ser executado na Justiça sofre. Esse credor historicamente tem sido o mais mal tratado da República, a qual deveria primar pela transparência. Passando pela “advocacia administrativa” na República Velha, pelo pagamento desatualizado após a implantação da sistemática em 1934, pela remessa indiferente a uma outra ação para se apurar “eventual diferença”, pela não indexação dos valores nem atualização dos valores, pela não incidência de juros entre a inscrição e o pagamento e, agora, pela subtração do cidadão de parcelas de juros de mora devidas pela Fazenda Pública, originando o seu enriquecimento sem causa. A situação é lamentável. **É evidente que esta situação elimina qualquer justiça na decisão que pode ter havido no processo de conhecimento, depõe contra a utilidade do processo em efetivar direitos e demonstra que o modo-de-ser-do-processo é em si um ato de agressão aos princípios processuais.**

Infelizmente, a sistemática de requisição do precatório com o problema histórico da atualização, dos juros de mora e da expedição do complementar não é o único óbice que o cidadão enfrenta na execução contra a Fazenda Pública.

Quando fundada em título judicial, depois percorrer anos e muitas vezes décadas pelos corredores dos órgãos judiciários, o cidadão enfrentará um outro processo, parecendo, como de maneira enfática afirmou o Gláucio Veiga, que “começa tudo de novo”.³⁹⁶ A Fazenda Pública poderá opor embargos se discordar dos valores, o que normalmente acontece, sem prévia garantia do juízo, e, se a sentença lhe for desfavorável, recorrer dela até ao Tribunais Superiores. O que é pior é que se os embargos do devedor forem manifestamente intempestivos e rejeitados, por exemplo, se houver apelação recebida no efeito só devolutivo, o juiz da execução não poderá determinar a expedição do precatório, pois as Leis de Diretrizes Orçamentárias, que são anuais, exigem o trânsito em julgado dos embargos do devedor ou certidão de que não houve qualquer impugnação como se observa das Leis nº 10.266/2001, 10.524/2002 e 10.707/2003.

Ora, o pagamento é que deveria aguardar a definição sobre os cálculos e não a requisição! Nesse sentido, é relevante o exame dos autos da ação ordinária nº 90.872-7 que tramita na 5ª Vara Federal de Pernambuco. O magistrado, nas vésperas de 1º de julho de 2001 e depois de muitas idas vindas dos autos da Contadoria, determinou, no dia 30 de junho, a

³⁹⁶ Aula proferida pelo Professor Gláucio Veiga na disciplina Direito Econômico Empresarial no Programa de Pós-Graduação em Direito da UFPE em setembro de 2001.

expedição de precatório complementar, intimando-se a União Federal, executada, dois dias após a decisão. A União Federal, por sua vez, interpôs agravo de instrumento com um único argumento de que não fora mais uma vez intimada para se manifestar sobre os cálculos antes da expedição do precatório. O Relator do agravo, Desembargador Federal Lázaro Guimarães, suspendeu o precatório e a Turma, no mérito, deu provimento ao agravo para anular o precatório.³⁹⁷ Se houvesse sensibilidade dos nossos julgadores, a solução teria sido distinta: o precatório seria mantido, mas só seriam liberados os valores após preclusa a decisão sobre os cálculos.

Mais os óbices não se encerram por aí. Tornou-se prática, depois que o precatório é expedido e se encontra na Presidência do Tribunal respectivo, o protocolo de petição alegando-se “erro material ou de cálculo,” provocando a remessa dos autos ao juízo da execução por se entender que atividade do Presidente do Tribunal é meramente administrativa. O objetivo do Poder Público parece ser unicamente postergar, pois, muitas vezes, não se trata de erro de cálculo ou material, mas sim da intenção deliberada de alterar os próprios critérios do cálculo já cobertos pela coisa julgada ou pela preclusão. Os autos vão à Contadoria e esta ratifica os cálculos. Em muitas oportunidades, podemos acompanhar algumas dessas petições em que a União aduzia que não eram cabíveis juros de mora em precatório complementar na época em que o STJ os admitia. Os juros haviam sido incluídos nos cálculos e exaustivamente discutidos e revistos. Contudo, a Fazenda fazia do processo um verdadeiro jogo para “ganhar tempo”, o que permite lembrar o Mestre Calamandrei ao constatar que, muitas vezes:

(...) há uma parte que tem interesse de se servir de todas as possíveis derivações e complicações do procedimento não para conseguir os efeitos normais aos quais a lei pré ordena essas possibilidades, mas para conseguir o efeito indireto de diminuir o ritmo do processo e de procrastinar a solução.³⁹⁸
(Tradução nossa)

O triste é verificar ser essa parte, em diversas oportunidades, exatamente aquela que deveria ter comportamento exemplar e efetivar a cidadania. O escopo de muitos recursos em execuções, como apelações de sentenças em embargos do devedor, agravos de decisão sobre

³⁹⁷ ANEXO A .- Decisão e Acórdão - ação ordinária nº 00.2799-5.

³⁹⁸ CALAMANDREI, Piero. *Il processo come giuoco*. **Rivista di Diritto Processuale**. Padova: Cedam, gennaio-marzo, anno V, nº 1, 1950, p. 36.

cálculos, é, muitas vezes, diverso do desejado pela lei ao estabelecer os meios de impugnação.³⁹⁹

Há, outrossim, um outro óbice que se observa no Brasil, principalmente no que concerne às esferas estadual e municipal: o Poder Público simplesmente não deposita o valor dos precatórios à conta do Tribunal. O Ministro Humberto Gomes de Barros aponta que em 1999, no Brasil, somente 60% dos precatórios devidos foram pagos.⁴⁰⁰ Quais os instrumentos existentes para tratar o descumprimento? Basicamente dois: o seqüestro constitucional e a intervenção federal.

Ocorre que a prática vem demonstrando que esses instrumentos não têm se prestado à efetivação do pagamento. O primeiro, o seqüestro, é tido como aplicável apenas na hipótese de preterição, ou seja, “o seqüestro constitucional presta-se a socorrer credores em caso de inobservância da ordem cronológica dos precatórios”,⁴⁰¹ não se podendo estendê-lo a outras hipóteses. Essa foi a posição que encontrou guarida no Pretório Excelso em diversas oportunidades. A título de exemplo cita-se a ementa do julgamento final da ADIN 1662 contra Instrução Normativa do TST que previa o seqüestro para a hipótese de não pagamento:

Ementa:

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. INSTRUÇÃO NORMATIVA 11/97, APROVADA PELA RESOLUÇÃO 67, DE 10.04.97, DO ÓRGÃO ESPECIAL DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO, QUE UNIFORMIZA PROCEDIMENTOS PARA A EXPEDIÇÃO DE PRECATÓRIOS E OFÍCIOS REQUISITÓRIOS REFERENTES ÀS CONDENAÇÕES DECORRENTES DE DECISÕES TRANSITADAS EM JULGADO. 1. Prejudicialidade da ação em face da superveniência da Emenda Constitucional 30, de 13 de setembro de 2000. Alegação improcedente. A referida Emenda não introduziu nova modalidade de seqüestro de verbas públicas para a satisfação de precatórios concernentes a débitos alimentares, permanecendo inalterada a regra imposta pelo artigo 100, § 2º, da Carta Federal, que o autoriza somente para o caso de preterição do direito de precedência do credor. Preliminar rejeitada. 2. Inconstitucionalidade dos itens III e XII do ato impugnado, que equiparam a não-inclusão no orçamento da verba necessária à satisfação de precatórios judiciais e o pagamento a menor, sem a devida atualização ou fora do prazo legal, à preterição do direito de precedência, dado que somente no caso de inobservância da ordem cronológica de apresentação do ofício requisitório é

³⁹⁹ CALAMANDREI, Piero. *Il processo come giuoco*. **Rivista di Diritto Processuale**. Padova: Cedam, gennaio-marzo, anno V, nº 1, 1950, p. 33.

⁴⁰⁰ *Execução contra a fazenda pública – razões políticas para o descumprimento das ordens judiciais*. Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, Secretaria de Pesquisa e Documentação – Brasília: CJF, 2002, p. 6.

⁴⁰¹ VIANA, Juvêncio Vasconcelos. *Execução contra a fazenda pública*. São Paulo: Dialética, 1998, p.128. No mesmo sentido Leonardo Carneiro da Cunha: “ Não se admite o seqüestro para realização de pagamento não efetuado no prazo, mas, apenas, para garantir a ordem de inscrição dos precatórios.” Cf. CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *A fazenda pública em juízo*. São Paulo: Dialética, 2003, p.175.

possível a decretação do seqüestro, após a oitiva do Ministério Público. 3. A autorização contida na alínea b do item VIII da IN 11/97 diz respeito a erros materiais ou inexatidões nos cálculos dos valores dos precatórios, não alcançando, porém, o critério adotado para a sua elaboração nem os índices de correção monetária utilizados na sentença exequenda. Declaração de inconstitucionalidade parcial do dispositivo, apenas para lhe dar interpretação conforme precedente julgado pelo Pleno do Tribunal. 4. Créditos de natureza alimentícia, cujo pagamento far-se-á de uma só vez, devidamente atualizados até a data da sua efetivação, na forma do artigo 57, § 3º, da Constituição paulista. Preceito discriminatório de que cuida o item XI da Instrução. Alegação improcedente, visto que esta Corte, ao julgar a ADIMC 446, manteve a eficácia da norma. 5. Declaração de inconstitucionalidade dos itens III, IV e, por arrastamento, da expressão "bem assim a informação da pessoa jurídica de direito público referida no inciso IV desta Resolução", contida na parte final da alínea c do item VIII, e, ainda, do item XII, da IN/TST 11/97, por afronta ao artigo 100, §§ 1º e 2º, da Carta da República. 6. Inconstitucionalidade parcial do item IV, cujo alcance não encerra obrigação para a pessoa jurídica de direito público. Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente em parte.⁴⁰²

Depois de concedida a liminar nessa ADI 1662 – SP, em 1997, veio a lume à Emenda Constitucional nº 30 de 13 de setembro de 2000, prevendo, no § 4º, do art. 78, acrescido ao ADCT, a possibilidade de seqüestro de recursos financeiros da entidade devedora na hipótese de vencimento do prazo ou da não inclusão no orçamento dos valores relativos aos precatórios sujeitos a parcelamento. A “história” parece se repetir, o ADCT, que já demonstrou, no art. 33, ser perfeitamente possível a atualização até o pagamento, indica ao Poder Público ser possível também o seqüestro. No entanto, a interpretação que se tem conferido ao dispositivo é que ele só se aplica aos precatórios objeto de parcelamento, sendo mantida a antiga interpretação como regra permanente, como se infere do posicionamento de Juvêncio Viana:

Esse seqüestro especial foi trazido, especificamente, para tutela dos créditos alcançados pela moratória. O âmbito de incidência desse seqüestro não pode ser ampliado, haja vista que o mesmo é medida excepcional e detentor de requisitos próprios.⁴⁰³

A posição não é a mais atenta à produção de resultados da tutela jurisdicional, pois o seqüestro parece ser a solução mais factível para que a efetividade das sentenças contra a Fazenda Pública na hipótese de não pagamento no prazo não seja uma garantia ilusória. A possibilidade de seqüestro se apresenta mais evidente quando há, no orçamento, a previsão de

⁴⁰² BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI 1662 / SP - SÃO PAULO AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE, Relator: Min. MAURÍCIO CORRÊA, Tribunal Pleno. Por maioria. Julgamento: 30/08/2001 Publicação: DJ DATA-19-09-2003 PP-00014 EMENT VOL-02124-02 PP-00300

⁴⁰³ VIANA, Juvêncio Vasconcelos. *Efetividade do processo em face da fazenda pública*. São Paulo: Dialética, 2003, p. 183/184.

despesa com o precatório, a expectativa de receita é razoavelmente alcançada e os precatórios não são pagos. Contudo, não tem sido admitida essa solução em nosso sistema.

A solução que é indicada no texto constitucional é a intervenção federal, medida esta que só se aplica, por razões óbvias, aos Estados e Municípios.⁴⁰⁴ Defende-se que se a União não pagar os precatórios, seria a hipótese de crime de responsabilidade do Presidente da República, medida de eficácia duvidosa.⁴⁰⁵

Mesmo em relação aos Estados e aos Municípios, a medida de intervenção teve a sua eficácia esvaziada com a adoção pelo STF de que se deveria considerar outras despesas igualmente relevantes em nome princípio da proporcionalidade. Com efeito:

Ementa

EMENTA: INTERVENÇÃO FEDERAL. 2. Precatórios judiciais. 3. Não configuração de atuação dolosa e deliberada do Estado de São Paulo com finalidade de não pagamento. 4. **Estado sujeito a quadro de múltiplas obrigações de idêntica hierarquia. Necessidade de garantir eficácia a outras normas constitucionais, como, por exemplo, a continuidade de prestação de serviços públicos.** 5. **A intervenção, como medida extrema, deve atender à máxima da proporcionalidade.** 6. Adoção da chamada relação de precedência condicionada entre princípios constitucionais concorrentes. 7. Pedido de intervenção indeferido⁴⁰⁶(Grifo nosso)

O que se pode extrair do voto do Ministro Gilmar Mendes é que nunca será possível intervenção em razão de não pagamento de precatório, pois o Estado estará sempre em um quadro de múltiplas obrigações, principalmente em uma país cheio de desigualdades como o Brasil. Por ironia, a intervenção era requerida no Estado de São Paulo, o mais rico do país que acumulou um débito de valor relevante, o que, antes de justificar a não intervenção, demonstra o descaso, durante anos, para com as ordens judiciais. O quadro realmente é preocupante e deslegitima a atuação estatal como um todo, apesar de o reflexo negativo recair mais diretamente sobre o Judiciário como se fosse ele o único responsável. Como leciona Flávio Luiz Yarshell da Universidade de São Paulo:

(...) é preciso encontrar um equilíbrio, uma tentativa de equilíbrio em que a Fazenda Pública não seja simplesmente uma descumpridora de ordens

⁴⁰⁴ NEVES, Celso. *Comentários ao código de processo civil*, Vol VII: arts.646 a 795, Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 155.

⁴⁰⁵ Apesar de entendermos que as autoridades responsáveis devem ser punidas, não se pode perder de vista que a eventual punição não é nem de longe o resultado que os cidadãos esperam do Poder judiciário e do sistema processual.

⁴⁰⁶ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. IF 164 / SP - SÃO PAULO. INTERVENÇÃO FEDERAL. Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO Rel. Acórdão Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno. Julgamento: 13/12/2003 Publicação: DJ DATA-14-11-2003 PP-00014 EMENT VOL-02132-01 PP-00010

judiciais. Porque, vista a questão sob o ângulo dos “consumidores” da justiça, é preciso que tenhamos uma visão mais sistemática de que, quando a ordem do juiz é descumprida - seja por quem for-, o desprestígio é substancialmente do Estado e de todos nós. Não é à toa que crise de autoridade acaba desaguando naquilo que o Estado não quer, que é a justiça pelas próprias mãos.⁴⁰⁷

O Ministro Humberto Gomes de Barros do Superior Tribunal de Justiça, em prefácio a estudo patrocinado pelo Conselho da Justiça Federal sobre a execução contra a Fazenda Pública e as razões para o seu descumprimento, é mais enfático e assume tom ainda mais forte que o utilizado neste trabalho e coloca com clareza extrema a situação atual da execução contra a Fazenda Pública:

O Poder judiciário brasileiro é vítima de um defeito, intolerável nesta época dominada pelo economismo: a baixíssima relação custo-benefício. De fato, o Judiciário passa anos a trabalhar na solução de determinada pendência. Nessa tarefa, põe em movimento a estrutura gigantesca, ocupando verdadeira multidão de gente e órgãos, localizados em diversas unidades da federação. De tanto labor resulta, entretanto, documento cuja força, normalmente, é inferior àquela contida na mais singela das cédulas comerciais: a duplicata não aceita. (...) A ineficiência da jurisdição é potencializada quando se trata de sentença condenando o Estado a algum pagamento em dinheiro. Então, a sentença, além de ser desobedecida, é praticamente inexecutável. O preceito judicial transforma-se em precatório – mero pedido dirigido à administração, para que reserve, em futuro orçamento, dinheiro suficiente ao cumprimento da condenação. Não há prazo peremptório relativo ao cumprimento, nem sanção eficaz para a desobediência.⁴⁰⁸

Conclui-se, assim, não atender atual processo de execução em face da Fazenda Pública às exigências mínimas do modelo constitucional dos processos.

A seguir, será analisada a execução ou a efetivação das obrigações de fazer.

3.3.2. Obrigações de Fazer

⁴⁰⁷ YARSHELL, Flávio Luiz. *A execução e a efetividade do processo em relação à fazenda pública*. In SUNDFELD, Carlos Ari; BUENO, Cassio Scarpinella (org). *Direito processual público: a fazenda pública em juízo*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 214.

⁴⁰⁸ *Execução contra a fazenda pública – razões políticas para o descumprimento das ordens judiciais*. Conselho da justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, Secretaria de Pesquisa e Documentação – Brasília: CJF, 2002, p. 5-6.

A doutrina aceita de forma majoritária que a disciplina para a execução das obrigações de fazer e não fazer contra a Fazenda Pública é a mesma utilizada contra os particulares.⁴⁰⁹

Essa modalidade de execução de há muito vem sendo considerada problemática, uma vez que não se poderia obrigar o devedor, atingindo-o em sua liberdade, a fazer ou a deixar de fazer alguma coisa. Se a obrigação fosse fungível o credor poderia optar que ela fosse prestada por terceiro à conta do devedor. Em verdade, regra geral, o credor teria que arcar com as despesas e cobrá-las como quantia certa ao devedor. A outra alternativa seria resolver-se em perdas e danos, transformando-se aquela antiga obrigação de fazer em obrigação de pagar.

Compreende-se, assim, porque, no passado, Liebman considerava que: “É muito maior a possibilidade de dar, por meio da execução, cumprimento às obrigações de dar que às obrigações de *fazer* ou *não fazer*,”⁴¹⁰ asseverando que essas obrigações “apresentam ao processo de execução obstáculos especiais que se revelam em parte invencíveis,”⁴¹¹ razão por que parece “que não existe a possibilidade prática de dar ao credor satisfação em forma específica pelos meios executivos.”⁴¹²

O mestre italiano, que tanto influenciou o processo civil brasileiro, no sua obra “Processo de Execução,” citaria o esforço na França para a aplicação das *astreintes*, concebida então como condenação pecuniária de tanto por dia de atraso, do sistema inglês do *Contempt of Court* e do alemão de aplicação de multas, para concluir que o sistema brasileiro não conhecia nem albergava nenhuma dessas soluções o que o tornava extremamente ineficiente.⁴¹³

Felizmente, o quadro descrito por Liebman é datado, havendo sido o sistema brasileiro bastante alterado. Hoje, tem-se como a regra que a satisfação do credor deve se dar de forma específica, sendo a hipótese de conversão em perdas e danos a exceção. A necessidade de que toda tutela jurisdicional deve ser efetiva não poderia tolerar a passividade do ordenamento jurídico com o descumprimento das obrigações de fazer e de não fazer a permitir, muitas

⁴⁰⁹ CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *A fazenda pública em juízo*. São Paulo: Dialética, 2003, p. 192. Juvêncio Vasconcelos. *Efetividade do processo em face da fazenda pública*. São Paulo: Dialética, 2003, p. 249. DANTAS, Francisco Wildo Lacerda. *Execuções contra a fazenda pública*. Brasília: Brasília Jurídica, 1999, p. 32. CAVALCANTI, Francisco de Queiroz Bezerra. *Breves considerações sobre as execuções contra a fazenda pública*. **Anuário dos Cursos de Pós-Graduação em Direito da UFPE**. Recife: Editora Universitária, nº 9, 1998, p. 52.

⁴¹⁰ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Processo de execução*. 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 1963, p. 157.

⁴¹¹ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Processo de execução*. 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 1963, p. 157.

⁴¹² LIEBMAN, Enrico Tullio. *Processo de execução*. 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 1963, p. 157.

⁴¹³ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Processo de execução*. 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 1963, p. 159-160.

vezes, que o devedor pura e simplesmente descumpra uma obrigação, cujo adimplemento em nada prejudicaria o seu direito de liberdade.

Com a Leis Ordinárias nº 8.952/94 e nº 10.444/2002, o artigo 461 foi profundamente alterado, com a introdução de parágrafos voltados a dotar o processo civil brasileiro de todo um arsenal normativo para compelir o devedor adimplir de forma específica as obrigações de fazer e de não fazer. Mas não foi só isso: o próprio processo de execução das obrigações fazer e não fazer fundadas em título judicial deixou de existir. Ressalte-se, não foi retirada a autonomia do processo de execução da obrigação de fazer e de não fazer fundada em título judicial, o processo de execução foi que deixou de existir, sendo a efetivação da sentença etapa em um procedimento unitário, não se fazendo sentido manter-se a sistemática de citação do art. 632 do CPC. Como bem leciona em tese de doutorado deste Programa Nilcéa Maggi:

A ação condenatória das obrigações de fazer ou não fazer, instituída pelo artigo 461, é mais um caso de ação executiva lato sensu (a exemplo das de despejo, das possessórias, etc.), em que a sentença é a própria determinação do seu cumprimento. Conseqüência prática de ser ação executiva lato sensu é a dispensa da instauração de um novo processo, com nova citação e todos os percalços que dele poderão advir, destacando-se a possibilidade da interposição de embargos do devedor, ação de natureza cognitiva. Defender que a execução específica das obrigações de fazer ou não fazer (art. 461) constante de sentença transitada em julgado deve seguir o rito estabelecido pelo artigo 632 e seguintes do CPC é desconsiderar o espírito dessa norma, ditada em razão do peso do princípio da efetividade.⁴¹⁴

Quando o executado é a Fazenda Pública, no entanto, a *praxis* forense vem apresentando uma série de problemas para efetivação dessas obrigações. Ora, como o Estado é um ente abstrato concretizado através dos atos dos seus agentes, poder-se-ia imaginar que, como primeira alternativa, um eventual descumprimento poderia configurar crime de desobediência, sujeitando o agente infrator às sanções penais. Não é essa posição que tem, no entanto, predominado na jurisprudência. Entende-se que o crime de desobediência só poderia ser praticado por particular contra a administração pública e o agente público não é particular.

A segunda alternativa seria a incidência do tipo de prevaricação que vem encontrando dificuldades em razão da necessidade de se demonstrar a razão pessoal para o

⁴¹⁴ MAGGI, Nilcéa Maria Barbosa. *Da execução da sentença como etapa do processo de conhecimento e da supressão dos embargos do devedor em execução de título judicial: forma de garantir o acesso à justiça*. (tese de doutorado). Recife, 2001, p.65.

descumprimento da ordem que de deveria cumprir de ofício. A dificuldade aqui é de prova, mas não faltam julgados trancando a ação penal no nascedouro como se fosse impossível essa prova ao longo do processo. Ademais o *quantum* pena cominado ao crime é reduzido, fato a impedir até mesmo a prisão em flagrante.

A terceira alternativa seria a aplicação da multa prevista no art. 461 do CPC, podendo, eventualmente, ser cumulada em razão de litigância de má-fé ou dano processual, o que vem sendo limitado pela jurisprudência ou até mesmo afastado, como se infere da seguinte ementa:

Ementa:

ADMINISTRATIVO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO ORDINÁRIA. TUTELA ANTECIPADA. CONCURSO PÚBLICO. ACRÉSCIMO NA NOTA FINAL. OBRIGAÇÃO DE FAZER. FIXAÇÃO DE MULTA DIÁRIA. FAZENDA PÚBLICA DESCABIMENTO.

1. A natureza das astreintes e sua finalidade de influir no ânimo do devedor a torna instrumento incompatível com as execuções de obrigação de fazer contra a Fazenda Pública.

2. Agravo de instrumento provido.⁴¹⁵

Leonardo Carneiro da Cunha, acompanhando Tereza Arruda Alvim Wambier, aponta como solução que a multa, tanto a do §4º do art. 461 como a do parágrafo único do art. 14, seja aplicada ao agente público responsável pelo descumprimento.⁴¹⁶ Ocorre que nem sempre é simples identificar o agente responsável que se esconde atrás de uma grande burocracia e de órgãos envolvidos no procedimento administrativo criado para o cumprimento das ordens judiciais. Conhece-se o trabalho de alguns juízes, cujas decisões são juntadas em anexo,⁴¹⁷ que chegam a intimar a Procuradora Regional da União para que ela indique o servidor responsável, sob pena de ela ser pessoalmente responsabilizada, o que demonstra não ser simples a situação. Ressalte-se que esses casos de descumprimento não são raros.

Flávio Luiz Yarshell traz interessante posicionamento de Cândido Rangel Dinamarco favorável à possibilidade de o juiz, com fundamento no art. 461, § 5º do CPC, poder determinar a substituição do servidor público que personifica o descumprimento por parte da

⁴¹⁵ BRASIL. TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO. Relator Desembargador Federal Paulo Roberto de Oliveira Lima, julgamento em 04/07/2003, publicado no DJ de 20/10/2003, p. 823.

⁴¹⁶ CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *A fazenda pública em juízo*. São Paulo: Dialética, 2003, p. 103.

⁴¹⁷ ANEXO A – Agravo contra decisão nos autos da ação ordinária 00.2799-5.

Fazenda Pública.⁴¹⁸ Embora se concorde com essa posição, ela exige muita prudência e conhecimento razoável do juiz da estrutura da administração para cada ato relativo ao processo. Se o cumprimento imediato fosse regra e o descumprimento exceção, essa medida poderia ser a solução, pois não viola a separação dos poderes uma vez que cumprir decisões judiciais não é ato discricionário, no entanto, é difícil imaginar que ela seja aceita pelos nossos tribunais.

O que se observa, na prática, é que há o descumprimento, sem que seja aplicada qualquer sanção criminal ao agente público. E mais, sem aplicação de qualquer sanção administrativa. Esse servidor, muitas vezes, detentor de cargo em comissão, os quais grassam no Brasil, descumpre por ordem da autoridade política superior, que age com a intenção deliberada de descumprir as ordens judiciais.

Para exemplificar esse comportamento, cita-se, neste trabalho, o ocorrido em um feito, cujas peças juntam-se como anexo,⁴¹⁹ em que restou clara a intenção de postergar ao máximo o cumprimento de sentença transitada em julgado.

No primeiro processo, ação ordinária nº 97.0004169-7, em tramitação na Seção Judiciária de Pernambuco, o objeto é a revisão das pensões recebidas por uma viúva de servidor público, de modo que as duas pensões fossem pagas na integralidade. Tal regra tinha fundamento na natureza distinta das pensões: uma devida em razão de acidente sofrido pelo servidor e de outra de natureza previdenciária, e o direito de há muito era pacificado jurisprudencialmente por meio do Enunciado nº 63 da Súmula do extinto Tribunal Federal de Recursos.

Ainda assim, a pensionista teve que ingressar em juízo em 23 de abril de 1997 e esperar o trânsito em julgado que se deu em 05 de maio de 2003, pois a União Federal contestou, interpôs recurso de apelação e especial, mesmo sabendo que matéria estava pacificada e era uma velha conhecida dos tribunais, abusando verdadeiramente do direito no processo e contribuindo conscientemente para o mau funcionamento da Justiça.⁴²⁰

⁴¹⁸ YARSHELL, Flávio Luiz. *A execução e a efetividade do processo em relação à fazenda pública*. In SUNDFELD, Carlos Ari; BUENO, Cassio Scarpinella (org). *Direito processual público: a fazenda pública em juízo*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 221.

⁴¹⁹ ANEXO B – Cópia de atos processuais da ação ordinária nº 97.0004169-7.

⁴²⁰ MARTINS, Sandro Gilbert. *A defesa do executado por meio das ações autônomas: defesa heterotópica*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 246. Este autor anota, à p.247, da mesma obra, existir dificuldade para identificação do abuso na medida que o direito que se está exercitando, ao se defender e recorrer, integra as garantias fundamentais a exigir prudência em sua limitação.

Finalmente, em 25 de julho de 2003, é determinado à União Federal que revise os benefícios, cumprindo a obrigação de fazer no prazo de 60 dias. A executada, apenas em 30 de setembro, mediante petição (fl. 180), junta cópia de dois ofícios da Procuradora Regional da União da 5ª Região enviados à Consultoria jurídica do Ministério da Fazenda, informa que a obrigação de fazer ainda não foi cumprida e requer a dilação do prazo.

Em 13 de novembro de 2003, por meio de petição (fl.190), requereu vista dos autos para obter informações adicionais para o cumprimento da obrigação. Deferido o pedido de vista e após o retorno dos autos, a autora noticia, em 08 de janeiro de 2004, e comprova através de fichas financeiras, que o cumprimento fora parcial, pois apenas uma das pensões foi revisada para integralidade. No mesmo dia, o magistrado então responsável pelo processo, em decisão em fl. 196, faz breve histórico do processo, demonstrando que a obrigação de fazer não fora cumprida, apesar de a União haver sido citada em julho do ano anterior, fixa o prazo de 20 dias para cumprimento após o que incidirá multa diária de R\$ 100,00.

Intimada, a União Federal interpõe recurso de agravo de instrumento em 27 de janeiro de 2004 e, em 03 de fevereiro (fl. 211), comunica o cumprimento da obrigação de fazer, referente ao pagamento da pensão especial sem dedução da estatutária. Intimada para se manifestar, a autora demonstra matematicamente que apenas uma das pensões fora revisada.

No dia 10 de fevereiro de 2004, o relator do agravo de instrumento suspende a multa sob o argumento de que ela não é aplicável à Fazenda Pública, fundamentando a sua decisão em precedente do próprio TRF da 5ª Região.

Quase “imobilizado”, um novo magistrado assume a direção do processo e, em decisão de fls.228/229, historia todo o drama processual, o tempo dispendido e o comportamento atentatório ao Estado de Direito e determina, mais uma vez, a intimação da União na pessoa da Procuradora Regional, determinando-lhe que informe, em cinco dias, ao juízo a qualificação completa do servidor responsável pelo descumprimento da ordem judicial. Determina, ainda, à secretaria que se oficie ao Gerente Regional de Administração do Ministério da Fazenda em Pernambuco, autoridade que, sem provas, a autora afirma ser a responsável pelo descumprimento.

No dia 15 de março de 2004, essa autoridade diz que se “enganou” e achava que estava cumprindo o julgado. O estranho é que a matéria é muito conhecida para suscitar qualquer dúvida interpretativa na efetivação. Mas não é só, temendo alguma punição, que se sabe, dificilmente seria concretizada, a referida autoridade compareceu à Vara Federal, e

indagou ao magistrado se ele não queria que todas as pessoas na mesma situação fossem atingidas pelo julgado, ao que infelizmente não se deu uma resposta positiva, mas foi suficiente para demonstrar que faltava intenção, e não meios, de cumprir.

Depois de mais de sete anos em uma matéria de extrema facilidade a pensão era revisada e, agora, começaria o processo de execução da obrigação de pagar, que na melhor das hipóteses consumirá de dois a três anos e subtrairá, com a chancela do Judiciário, parcela dos juros a que a autora tem direito.

Por meio desse exemplo simples, observa-se que a efetivação das obrigações de fazer e de não fazer em face da Fazenda Pública apresenta um sério déficit de efetividade, sendo em cada caso uma desafio ao magistrado a efetivação dos julgados.

3.3. O Judiciário, o Executivo e o Legislativo no processo em face da Fazenda Pública: análises

Apesar de ser forçoso reconhecer a parcela responsabilidade do Poder Judiciário pela inefetividade do processo em face da Fazenda Pública, deve-se mencionar, também, a responsabilidade do Legislativo e principalmente do Executivo.

Em relação ao Executivo, a contribuição ganha proporções assustadoras, uma vez que, até bem pouco tempo, ele era o principal legislador quando o assunto era a disciplina judicial da Fazenda Pública em juízo.⁴²¹ Pode-se falar em um verdadeiro e casuístico abuso do poder de legislar. Como exemplo desse abuso, pode-se citar a Medida Provisória nº 2.180/2001, a qual consolidou a redação de mais de 36 Medidas Provisórias de conteúdo variável.⁴²² As alterações de grande significação para a efetividade do processo em face da Fazenda Pública, trazidas pela Medida Provisória nº 2.180/200, não foram até a presente data examinadas pelo Legislativo e tudo indica que nunca o serão. E motivo é simples: a Emenda Constitucional nº

⁴²¹ Até a Emenda Constitucional nº 32/2001, era comum a edição de Medidas Provisórias tratando de temas processuais.

⁴²² É possível lembrar, a título de exemplo, as Medidas Provisórias nº 1.577/97, 1.632/1998, 1.753-53, 1.798-1/1999 e a 1.984/2000 e 2.120-35/2001. Era comum, nas diversas reedições de várias Medidas Provisórias, a modificação da redação, a inserção de novos dispositivos e a supressão de outros, o que gerava uma verdadeira

32/2001 manteve a eficácia, dispensada a reedição, das Medidas Provisórias em vigor no momento da sua publicação e, sendo notória a dificuldade de o Congresso Nacional “limpar a pauta” com as Medidas Provisórias posteriores à Emenda que limitou a reedição, resta pouco factível a apreciação do imenso contingente de Medidas Provisórias “transformadas” em Lei.

Essa circunstância legislativa não é o mais grave. O mais grave é o conteúdo das Medidas Provisórias. Sem exceção, esse conteúdo é voltado ao estabelecimento de privilégios para a Fazenda Pública, com o objetivo claro de mudar as “regras do jogo” nos processos em curso. Não há dispositivos que demonstrem qualquer preocupação com a efetividade, com o funcionamento da justiça ou com o cidadão.

Pode-se afirmar que as alterações veiculadas pela Medida Provisória nº 2.180/2001 são tão significativas que neutralizam, nos processos em face do Estado, todas as recentes reformas do Código de Processo Civil, as quais foram veiculadas por Lei e objeto de discussão desde a fase do anteprojeto.

A tutela de urgência, a execução provisória, por exemplo, tiveram a sua aplicação praticamente vedada em face dos Entes Públicos. Eles, por óbvio, vão poder manejar esses expedientes contra os cidadãos, mas não o contrário. No entanto, o Executivo legislador não se limitou a essas questões e criou: uma sistemática de pedido de suspensão a atacar a não suspensão da liminar ou da sentença no art. 4º da MP nº 2.180-35/2001; restrição ao manejo das ações coletivas, limitando-se a eficácia territorial da decisão, exigindo-se autorização assemblear, lista de substituídos; a possibilidade de medida cautelar em ação rescisória; a inexigibilidade de títulos executivos transitados tidos por inconstitucionais; a impossibilidade de condenação da Fazenda Pública em honorários em execução não embargada; a isenção de custas e de honorários em matéria relativa ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço – FGTS; a limitação de juros de mora em causas relativas a servidores e empregados públicos a 6% ao ano; o prazo triplicado para opor embargos do devedor.

Abaixo, estão transcritas as principais inovações (*rectius* retrocessos) constantes na Medida Provisória nº 2.180/2001:

Art. 4º A Lei no 9.494, de 10 de setembro de 1997, passa a vigorar acrescida dos seguintes artigos:

"Art. 1o-A. Estão dispensadas de depósito prévio, para interposição de recurso, as pessoas jurídicas de direito público federais, estaduais, distritais e municipais." (NR)

"Art. 1o-B. O prazo a que se refere o caput dos arts. 730 do Código de Processo Civil, e 884 da Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 1o de maio de 1943, passa a ser de trinta dias." (NR)

"Art. 1o-C. Prescreverá em cinco anos o direito de obter indenização dos danos causados por agentes de pessoas jurídicas de direito público e de pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos." (NR)

"Art. 1o-D. Não serão devidos honorários advocatícios pela Fazenda Pública nas execuções não embargadas." (NR)

"Art. 1o-E. São passíveis de revisão, pelo Presidente do Tribunal, de ofício ou a requerimento das partes, as contas elaboradas para aferir o valor dos precatórios antes de seu pagamento ao credor." (NR)

"Art. 1o-F. Os juros de mora, nas condenações impostas à Fazenda Pública para pagamento de verbas remuneratórias devidas a servidores e empregados públicos, não poderão ultrapassar o percentual de seis por cento ao ano." (NR)

"Art. 2o-A. A sentença civil prolatada em ação de caráter coletivo proposta por entidade associativa, na defesa dos interesses e direitos dos seus associados, abrangerá apenas os substituídos que tenham, na data da propositura da ação, domicílio no âmbito da competência territorial do órgão prolator.

Parágrafo único. Nas ações coletivas propostas contra a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e suas autarquias e fundações, a petição inicial deverá obrigatoriamente estar instruída com a ata da assembléia da entidade associativa que a autorizou, acompanhada da relação nominal dos seus associados e indicação dos respectivos endereços." (NR)

"Art. 2o-B. A sentença que tenha por objeto a liberação de recurso, inclusão em folha de pagamento, reclassificação, equiparação, concessão de aumento ou extensão de vantagens a servidores da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, inclusive de suas autarquias e fundações, somente poderá ser executada após seu trânsito em julgado." (NR)

É interessante observar que a doutrina passou anos discutindo remessa necessária, prazos diferenciados postos pela Lei e, em caráter de “urgência,” o Exmo. Senhor Presidente da República trouxe privilégios que nem o mais árduo defensor das “prerrogativas” da Fazenda Pública poderia imaginar. Destaque-se que todas essas medidas vieram proteger o interesse público secundário da Fazenda Pública e não o interesse público primário, que se constitui em interesse de toda a sociedade,⁴²³ ou seja, as “prerrogativas” têm por objetivo atrasar o pagamento de indenizações devidas, permitir a cobrança de tributos indevidos, protelando-se a repetição do indébito, o reajuste dos servidores, a correção da execução de

uma política pública que viola princípios constitucionais, enfim protege valores contrários às garantias cidadãos previstas na Constituição. Além do mais, impede a imparcialidade da tutela judicial, pois “o desequilíbrio entre a Fazenda e o particular, em juízo, é profundo, absurdo e injustificável, onerando demais o cidadão, na medida em que este não logra suportar o ônus dessas prerrogativas , ou pelo menos, de algumas delas.”⁴²³

Todas essas medidas só atingem, regra geral, o processo em face do Estado. É possível concluir, sem receio, que o Executivo se valeu da sua condição de verdadeiro legislador para modificar pontos do procedimento dos processos em curso unicamente para beneficiar a Fazenda Pública. Cássio Scarpinella Bueno é bastante claro ao concluir:

Pessoalmente, acredito que a análise demonstra, com clareza, um patente *desvio de finalidade* na produção das normas aqui analisadas. O Estado, parte de dada ação judicial, certo de sua derrota, convencido de que não tem razão, *manipula*, a olhos vistos, o sistema de resolução de conflitos. Com isso dificulta, atrasa ou neutraliza a pretensão do particular e sua correlata efetividade. (...) o Estado brasileiro, para se beneficiar quando *parte* em um processo judicial, desde sempre manipulou a legislação (e, no passado recentíssimo, com mais ampla *liberdade*, as medidas provisórias) para criar situações de vantagens inexistentes para particulares, desarrazoadas e injustificáveis mesmo para quem, por definição, conglomerava interesses de toda uma coletividade.⁴²⁵

É preciso, com Regina Helena Costa, ter em mente, quando se discute a Reforma do Judiciário, que o “desfecho de uma ação ajuizada contra o Estado é muito mais demorado que o desfecho de uma ação ajuizada contra um particular,”⁴²⁶ o que torna bastante criticável a postura de governantes que reclamam da lentidão dos processos como se o único responsável fosse o Poder Judiciário.

O Poder Legislativo também colaborou ativamente para tornar pouco efetiva a tutela jurisdicional em face da Fazenda Pública ao promulgar a Emenda Constitucional nº 30, a qual, alterando a redação do §1º do art. 100 da Constituição da República, passou a exigir sentença judicial transitada em julgado para a expedição do precatório. Essa medida legislativa

⁴²³ BUENO, Cássio Scarpinella. *O poder público em juízo*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p.272 e 279.

⁴²⁴ COSTA, Regina Helena. *As prerrogativas e o interesse da Justiça*. In: SUNDFELD, Carlos Ari; BUENO, Cassio Scarpinella (org). *Direito processual público: a fazenda pública em juízo*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 84.

⁴²⁵ BUENO, Cássio Scarpinella. *O poder público em juízo*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p.272 e 279.

⁴²⁶ COSTA, Regina Helena. *As prerrogativas e o interesse da Justiça*. In: SUNDFELD, Carlos Ari; BUENO, Cassio Scarpinella (org). *Direito processual público: a fazenda pública em juízo*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 84.

fundamenta o entendimento no sentido de não ser admitida a executividade de qualquer sentença contra o Estado ou o deferimento de tutela antecipada quando se tratar de obrigação de pagar. Ressalte-se que a ordem de precatórios não impedia a execução provisória, nem a expedição do precatório, havendo restrições apenas em nível legal (*Rectius* Medida Provisória).

Restaria ao Poder Judiciário expurgar do sistema essas Medidas Provisórias e a própria Emenda Constitucional, cujo o controle constitucionalidade é admitido. No entanto, com exceção do dispositivo constante da Medida Provisória nº 1.577-6/1997, que ampliava o prazo para ajuizamento da ação rescisória de dois para cinco anos só para a Fazenda Pública e tivera a sua eficácia suspensa pelo STF, em julgamento singular, por inexistirem os pressupostos fáticos necessários à sua edição, o Poder Judiciário tem tolerado todos esses privilégios da Fazenda Pública.

Ora, não é preciso um raciocínio muito longo para concluir que todas as Medidas Provisórias editadas padecem de inconstitucionalidade.

Primeiro, porque é extremamente difícil demonstrar a existência de urgência em matéria processual civil pelo simples fato de os procedimentos a serem seguidos já serem de pleno conhecimento das partes.

Segundo, porque todas as alterações trazem privilégios injustificáveis em favor da Fazenda Pública. Todas as alterações encontram razão em uma dificuldade circunstancial enfrentada pelo Poder Público, a exemplo de índices de reajustes pleiteados pelos servidores públicos, revisão da correção aplicada nas contas vinculadas do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço e liminares à época dos planos econômicos como o Plano Collor I.

Em todos casos, as alterações são tão desconectadas com qualquer preceito constitucional que fica difícil qualificar a mais lamentável. Uma, no entanto, ganha realce, pois legitima o abuso do direito de recorrer. Nas ações de FGTS, que é um fundo de natureza pública, cuja gestão é confiada a Caixa Econômica Federal, empresa pública federal, há a dispensa de custas e de honorários. Mas não é só. Se essa matéria se encontra pacificada na jurisprudência do STF e do STJ, o que justificaria o recurso da empresa que representa o Poder Público? Poder-se-ia argumentar que seria para corrigir uma eventual sentença em desacordo com o posicionamento dos Tribunais Superiores. Ocorre, todavia, que, se a hipótese for essa, o recorrente poderá pleitear a obtenção dos honorários em seu favor na integralidade ou, pelo menos, o reconhecimento da sucumbência recíproca com o rateio das

custas. A verdadeira e imoral intenção do dispositivo (art. 24 A da Lei nº 9.028/95, introduzido pela Medida Provisória nº 2.180-35/2001) é permitir que a Caixa Econômica Federal prolongue ao máximo a tramitação processual. E assim ocorre em todas as alterações trazidas pela Medida Provisória 2.180-35/2001.

As observações acima servem para demonstrar que se não houver um comprometimento real de todos os poderes estatais com a cidadania e as garantias existentes para efetivá-las dificilmente o processo em face da Fazenda Pública será ditado de efetividade.

3.4. Os Juizados Especiais Federais: alternativa para efetividade processual em face da Fazenda Pública

Da análise dos pontos sensíveis examinados neste capítulo, pode-se concluir que o processo contra os Entes Públicos não está dimensionado para servir com efetividade à concretização da cidadania. O modo de ser do processo viola a garantia de acesso a uma ordem jurídica justa e certamente, muitas vezes, imprime nos cidadãos um sentimento semelhante ao que havia antes de 1934: a da imprestabilidade de Estado-Juiz assegurar os direitos.

Deve-se ter como meta política do Estado evitar esse sentimento para que se não comprometa a legitimidade do próprio Estado. Para alcançar essa meta, sem dúvida que a organização da justiça tem que ser revista, dotando-se o Poder Judiciário de maior planejamento e de unidade gestão administrativa, extremamente necessária para cumprimento da sua função fim, com a possível adoção de um conselho da magistratura plural, com participação desde professores, cidadãos e pelo menos um terço de membros eleitos pela própria magistratura desde a base como acontece na Itália. Esse órgão, antes de ser um controlador externo da magistratura poderia ser responsável pela defesa e afirmação de independência do Poder Judiciário. No entanto, escapa ao presente estudo a organização da justiça em face da delimitação – necessária – traçada.

Desse modo, o enfoque que aqui se dá é ao processo em si, claro dentro de um ambiente cultural, o que não significa apenas normas processuais, mas também como vem sendo interpretadas e aplicadas em relação aos Entes Públicos. Nessa linha, observou-se que a

tradição, relevantíssima e singular, no direito brasileiro, de revisão judicial das leis e dos atos administrativos, não foi suficiente para se criar um processo justo quando o cidadão está envolvido e obtém o reconhecimento de qualquer direito inerente à cidadania, que pode ser um direito de 1ª dimensão, de 2ª dimensão, como à Previdência, Assistência, Saúde e Educação ou até mesmo de 3ª ou 4ª dimensão. O judiciário poderá até reconhecer o direito, mas terá imensas dificuldades para efetivá-lo. O quadro realmente não é animador.

Contudo, em meio a essas adversidades, foram criados os Juizados Especiais Federais Cíveis, os quais, sem dúvida, se caracterizam como um novo processo, uma nova forma de se conceber o processo contra os Entes Públicos, não só em termos nacionais, mas, pode-se afirmar sem receio, em termos internacionais.

Difícilmente, em outro país do mundo, o cidadão terá órgão e procedimento judicial simplificados concebidos, em razão da competência, como um instrumento de afirmação da cidadania, perante o Estado juiz e, em medida razoável, contra o Estado-administração. Da mesma forma que o sistema brasileiro de revisão de leis e de atos administrativos talvez não encontre paralelo no mundo, os Juizados Especiais Federais também se constituem em uma contribuição original do nosso sistema à visão do processo em face da Fazenda Pública.

CAPÍTULO IV - JUIZADOS ESPECIAIS FEDERAIS (JEF): UMA NOVA VISÃO DO PROCESSO EM FACE DA FAZENDA PÚBLICA

4.1. Origem e tramitação legislativa. 4.2. A Fazenda Pública no JEF (Lei nº 10.259/2001). 4.3. O novo processo em face da Fazenda Pública no JEF: a busca da efetividade. 4.4. O cidadão e o JEF. 4.5. O futuro dos Juizados Especiais Federais: perspectivas de avanço.

Neste capítulo, serão analisados os Juizados Especiais Federais (JEF) em sua origem e estrutura dogmática, conferindo-se especial atenção às alterações relevantes que ele apresenta em relação às Varas Federais Comuns. Será demonstrado que os JEF representam, tanto como órgão quanto procedimento, uma nova visão de efetividade do processo em face da Fazenda Pública.

4.1. Origem e tramitação legislativa

Cappelletti enquadra a criação dos Juizados de Pequenas Causas como uma nova tendência de especialização de tipos de causa de particular importância social, que exige procedimento diverso do utilizado para questões mais complexas, em sua palavras:

É preciso reconhecer, no entanto, que algumas das características do sistema judiciário regular, que o tornam apto para solução de litígios de direito público, em defesa de interesses difusos da coletividade, freqüentemente também o tornam pouco adequado a fazer valer os direitos das pessoas comuns ao nível individual. Procedimentos contraditórios altamente estruturados, utilizando advogados bem treinados e perícias dispendiosas, podem ser de importância vital nos litígios de direito público, mas colocam severas limitações na acessibilidade de nossos tribunais a pequenas causas intentadas por pessoas comuns. É evidente a necessidade de preservar os tribunais, mas também o é a de criar outros fóruns mais acessíveis.⁴²⁷

Em face dessas razões, pode-se afirmar que existe uma tendência mundial à criação de não só procedimentos, mas de órgãos jurisdicionais específicos para o tratamento das pequenas causas, cuja competência geralmente é fixada em razão da expressão monetária da

⁴²⁷ O professor do Instituto Universitário Europeu vê os juizados de pequenas causas como uma alternativa para os litígios "pequenos", mas de grande repercussão social em relação aos denominados tribunais regulares ligados

causa, o que não exclui a adoção concomitante de critério qualitativo. A observação do direito estrangeiro permite citar, na Itália, as Pretorias, onde os pretores exercem a jurisdição e o conciliadores aos quais cabia o julgamento de causa de menor expressão.⁴²⁸ Tal quadro foi objeto de significativa reforma com a Lei nº 374 de 21/01/1991, que criou 4.700 Juízes de Paz e 6.059 funcionários judiciais,⁴²⁹ esvaziando a função dos conciliadores. Élio Fazzalari descreve, em rápidas linhas, o procedimento e a competência desse novel órgão jurisdicional italiano,⁴³⁰ que foi criado com a especial missão de dasafogar os tribunais compostos pelos juízes togados.

Na Alemanha, além de haverem sido criados entre 1979 e 1991 mais de 4000 mil cargos de juízes de carreira, o que estabeleceria uma relação de 30 juízes para cada 100.000 habitantes, bem superior à realidade italiana, à francesa e à uruguaia de 15 para 100.000,⁴³¹ há a competência para as Cortes Locais *Amtsgericht* em causas de até 1.300 dólares aproximadamente, com a facultatividade da presença do advogado e a impossibilidade de recurso em causas de valor inferior a 215 dólares.⁴³²

Na Inglaterra, também se noticia a existência de juizados oficiais e não oficiais de pequenas causas, limitada a competência ao valor delas, inclusive para recorribilidade.⁴³³

Nos Estados Unidos da América, a maioria dos americanos dispõem de juizados de pequenas causas - *Small Claims Court* - limitado pelo valor da causa que pode ir de 2000 dólares em Nova Iorque até 10.000 dólares em outros Estados. O procedimento é simplificado, permitindo-se o comparecimento sem advogado, há estímulo à conciliação, vedando-se, em alguns Estados, o acesso à empresas. A execução é feita pelo *Sheriff*.⁴³⁴

Cappelletti e Garth indicam, ainda, a título de exemplo os Tribunais de Pequenas Causas da Austrália, Canadá, Suécia e os de Nova Iorque para concluir que possuem como características principais em comuns a acessibilidade geral, a tentativa de

aos esquemas tradicionais. Cf. CAPPELLETTI, Mauro et al. *Acesso à justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1988, p. 91.

⁴²⁸ LAGRASTA NETO, Caetano. *Juizado especial de pequenas causas no direito comparado*. São Paulo: Oliveira Mendes, 1998, p. 27.

⁴²⁹ VAZ, Alexandre Mário Pessoa. *Direito processual civil: do antigo ao novo código, novas tecnologias a serviço da justiça*. Coimbra: Almedina, 2002, p. 201.

⁴³⁰ FAZZALARI, Elio. *Instituzioni di diritto processuale*. Padova: CEDAM, 1996, p. 150-151.

⁴³¹ VAZ, Alexandre Mário Pessoa. *Direito processual civil: do antigo ao novo código, novas tecnologias a serviço da justiça*. Coimbra: Almedina, 2002, p. 201.

⁴³² LAGRASTA NETO, Caetano. *Juizado especial de pequenas causas no direito comparado*. São Paulo: Oliveira Mendes, 1998, p. 31.

⁴³³ LAGRASTA NETO, Caetano. *Juizado especial de pequenas causas no direito comparado*. São Paulo: Oliveira Mendes, 1998, p. 34.

⁴³⁴ LAGRASTA NETO, Caetano. *Juizado especial de pequenas causas no direito comparado*. São Paulo: Oliveira Mendes, 1998, p. 35-37.

equalizar as partes, alteração do estilo de tomada de decisão e a simplificação do direito aplicado.⁴³⁵

A atual lei dos Juizados Especiais Cíveis teve origem na Lei das Pequenas causas (Lei nº 7.244/1984), a qual foi a instituidora no plano normativo de uma proposta revolucionária de se apresentar o modo de ser do processo. Não se tratava, portanto, da criação de novos órgãos no Poder Judiciário, como se dá com a criação de novas varas, mas, segundo Cândido Dinamarco, de marco legislativo inicial de um movimento ambicioso no sentido de rever integralmente velhos conceitos do Direito Processual.⁴³⁶

Analisando-se as características da atual Lei nº 9.099/1995, percebe-se, entre as suas principais, a oralidade, a concentração dos atos processuais, a maior participação do juiz em função de um contato efetivo com as partes, a simplificação procedimental e a celeridade. Tais características é que indicam, entre outras orientações, o cuidado que se deve ter para não se ampliar demais o rol de demandas da competência dos juizados, para não se burocratizar o seu funcionamento, impedindo-se a celeridade que foi o seu objetivo principal. Por essa razão é que a competência fixada na lei de 1984 foi "acanhada" e mesmo na lei de 1995, as pessoas jurídicas, por exemplo, não poderiam ser autoras nos Juizados Especiais.⁴³⁷

A Emenda Constitucional nº 22, de 1999⁴³⁸ acrescentou parágrafo único ao art. 98 da Magna Carta com o propósito de que Lei Federal dispusesse sobre a criação dos Juizados Especiais no âmbito da Justiça Federal, de modo que as lides de menor complexidade possam ser resolvidas rapidamente com maior agilidade e com baixo custo, fazendo com que a Primeira Instância Federal siga o exemplo da bem sucedida experiência dos Juizados Especiais Estaduais, criados pela Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995.

O STJ preparou anteprojeto que levou o nome do então Presidente, o Ministro Costa Leite.⁴³⁹ A Associação dos Juizes Federais, AJUFE, também preparou um anteprojeto.

⁴³⁵ CAPPELLETTI, Mauro et al. *Acesso à justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1988, p. 98-99.

⁴³⁶ Segundo o Professor paulista, no Brasil, os juizados especiais de pequenas causas tiveram origem e inspiração nos conselhos de conciliação e arbitragem, surgidos no Rio Grande do Sul e seguidos pelos juizados informais de conciliação paulistas. Cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Manual dos Juizados Cíveis*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 19.

⁴³⁷ Vide o art.8º, §1º da Lei nº 9.099/1995.

⁴³⁸ Tão importante quanto à Emenda Constitucional nº 22 foi a Emenda Constitucional nº 20, que, no parágrafo 3º, do art.100, da Constituição Federal permitiu o pagamento fora do regime do precatório de obrigações definidas em lei como de pequeno valor. A primeira lei a tratar do assunto foi a 10.099/2000, a qual modificando a redação do art.128 da Lei 8.213/91 permitiu o pagamento sem precatório de obrigações previdenciárias até o valor de R\$ 5.180,00.

⁴³⁹ O Presidente do Superior Tribunal de Justiça STJ, Ministro Paulo Costa Leite, visando a implementar a previsão constitucional, instituiu comissão integrada pelos Senhores Ministros Fontes de Alencar, Ruy Rosado

A esses dois anteprojetos foram adicionadas as contribuições de uma Comissão de Trabalho instituída pelo Poder Executivo por meio da Portaria Interministerial nº 05 de 27/09/2000.⁴⁴⁰

Após as discussões e a formação de um consenso entre o Conselho da Justiça Federal e o Poder Executivo, foi remetido pelo Presidente da República um projeto de lei ao Congresso Nacional, sendo o relator na Câmara o Deputado Moroni Torgan. O projeto não passou ileso no Congresso Nacional, mas foi aprovado, vindo ao ordenamento jurídico brasileiro a Lei nº 10.259/2001.

Pretende-se com a instituição dos Juizados Especiais Federais agilizar e facilitar o acesso à justiça para as pessoas simples que litigam contra a União Federal, autarquias federais, fundações públicas federais e empresas públicas federais. Tal intento encontra respaldo na lamentável situação atual que já descrevemos no capítulo III, na qual os processos se arrastam durante anos, criando um déficit de legitimidade da atuação estatal através do Poder Judiciário. A celeridade dos juizados não só agilizaria a solução dos processos como desafogaria as Varas Cíveis Federais. Encaminhado o projeto, este foi reapreciado pelo Poder Executivo e, em seguida, enviado ao Congresso Nacional, aprovado e promulgado, transformando-se na Lei nº 10.259 de 12 de julho de 2001.

4.2. A Fazenda Pública no JEF (LEI Nº 10.259/2001)

Em razão da competência fixada pelo art. 109 da Constituição da República para a Justiça Federal, toda a Fazenda Pública Federal poderá ser parte ré nos JEF, dentro do limite de 60 (sessenta) salários mínimos e exceptuadas as hipóteses previstas no parágrafo primeiro do art. 3º da Lei nº 10.259/2001. O parágrafo único do art. 19 traz expressa autorização para que sejam criados Juizados com competência exclusiva em matéria previdenciária. Em razão dessa circunstância processual, houve especial atenção da Lei dos JEF em disciplinar o tratamento processual dos Entes Públicos no novo órgão jurisdicional que se criava. O art. 1º da lei determinou a aplicação subsidiária da Lei nº 9.099/95 dos Juizados Especiais Estaduais.

de Aguiar, José Arnaldo da Fonseca, Sálvio de Figueiredo, Ari Pargendler e Fátima Nancy, que elaborou o texto ao final aprovado pelo Conselho da Justiça Federal e pelo Plenário daquela Corte.

⁴⁴⁰ SILVA, Bruno Mattos e. *Juizados especiais federais*. Curitiba: Juruá, 2002, p. 35.

A citação e a intimação da União continuam sendo feitas nos termos dos arts. 35 a 38 da Lei Complementar nº 73/93. As citações das autarquias, fundações e empresas públicas devem ser realizadas na pessoa do representante máximo da entidade, no local onde houver escritório ou sucursal e, se não houver, na sede. O art. 8º prevê que as intimações da sentença serão feitas em audiência quando presente o representante da entidade, ou, quando não proferida em audiência a sentença, as partes serão intimadas pelo correio por Aviso de Recebimento em Mão Própria (ARMP). As demais intimações serão feitas nas pessoas dos advogados ou procuradores que atuam nos autos, pessoalmente ou por via postal (art. 8º, §1º).

Sem ressalvas, foram eliminados os prazos diferenciados para a prática de qualquer ato para as pessoas de direito público (art. 9º da lei), sendo assegurado, apenas, que a citação deve ser realizada com antecedência de trinta dias da audiência. O §2º do art. 8º previu que os tribunais poderão organizar serviço de intimação das partes e de recepção de petições por meio eletrônico.

Para evitar qualquer tipo de problema para realização de perícias, o § 1º do art. 12 previu que o Tribunal anteciparia o valor dos honorários periciais, devendo a Fazenda Pública, caso vencida, incluir o valor na ordem de pagamento a ser feita em favor do Tribunal.

Foi facultado ao juiz conceder medidas cautelares de ofício ou a requerimento da parte no âmbito dos juizados nos termos do art. 4º.

Foi estabelecida como regra geral a irrecorribilidade das interlocutórias, permitindo-se a interposição de recurso apenas nas decisões proferidas de acordo com o art.4º, além do recurso contra as sentença. No âmbito dos JEF, são cabíveis, ainda, os embargos de declaração, o recurso extraordinário, o pedido de uniformização de interpretação de lei federal quando houver divergência entre as Turmas Recursais e o pedido de manifestação do Superior Tribunal de Justiça (STJ) quando o decidido pela Turma de Uniformização contrariar súmula ou jurisprudência dominante no STJ.

O art. 13 afastou qualquer possibilidade de se aplicar a remessa necessária aos JEF.

Foi eliminado o processo de execução contra os Entes Públicos nos JEF, prevendo os arts. 16 e 17 que, após o trânsito em julgado, o juiz enviará ofício à autoridade citada para a causa, com cópia da sentença ou do acordo para cumprimento das obrigações de fazer ou de não fazer. Em relação à obrigação de pagar, foi afastada a sistemática do precatório em razão de o § 1º do referido art. 17 haver considerado o valor de 60 salários mínimos como pequeno valor para efeito do §3º do art. 100 da Constituição da República. Foi prevista, no § 2º do art.

17, a possibilidade de seqüestro de valores quando a requisição judicial de pagamento não for atendida.

Às partes, que podem ser pessoas físicas, as microempresas e empresas de pequeno porte, é conferida capacidade postulatória sem o limite de 20 salários mínimos existente nos Juizados Especiais Estaduais. As partes podem se fazer representar por outras pessoas, advogados ou não, consoante art. 10 da Lei. O parágrafo único desse artigo autoriza expressamente os representantes da União, das autarquias, das fundações e das empresas públicas federais a prática dos seguintes atos processuais de disposição: conciliação, transação e desistência. Dessa forma a conciliação se tornou, em tese, bem mais factível nos litígios envolvendo a Fazenda Pública.

4.3. O novo processo em face da Fazenda Pública no JEF: a busca da efetividade

Os Juizados Especiais Federais não podem ser confundidos com um procedimento que visa, simplesmente, a sumarizar os processos no âmbito da Justiça Federal de 1ª Instância. A missão desse novel órgão jurisdicional, que encerra ao mesmo tempo órgão e procedimento diversos das Varas Federais Comuns, é de ser instrumento de um novo modo de ser, de uma nova concepção, de uma nova ideologia a informar os processos em face da Fazenda Pública Federal. É evidente que essa nova concepção exige um procedimento que reflita, enquanto instrumento que é, as finalidades que o inspiram.⁴⁴¹ Como ensina Tourinho Neto:

É de bem alvitre lembrar também que a Lei nº 10.259/2001, ao encontrar aplicação subsidiária imediata na Lei nº 9.099/95, não estará apenas versando a respeito de um novo procedimento; transcenderá esta barreira ancorando-se no art. 98, inc. I e seu parágrafo único, da Constituição Federal, dispondo sobre um novo *processo* e um novo *rito diferenciado*.

Em outros termos, não versa o novo microssistema tão-somente a respeito de um procedimento sumaríssimo; muito mais, estamos diante de um processo especialíssimo de origem e fundamento constitucional.⁴⁴² (Grifo nosso)

Esse procedimento exigido veio com a Lei nº 10.259/2001, trazendo inovações de grande relevo para parcela considerável dos confrontos judiciais entre o cidadão e

⁴⁴¹ Mauro Cappelletti ensina que um sistema processual será tanto mais perfeito e eficaz quanto mais se adaptar aos fins que o inspiram. Cf. CAPPELLETTI, Mauro. *Processo e ideologie*. Bologna: Il Mulino, 1969, p. 5.

⁴⁴² TOURINHO NETO, Fernando da Costa et al. *Juizados especiais federais cíveis e criminais: comentários à Lei nº 10.259, de 10.07.2001*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 49-50.

administração pública federal, tendentes, principalmente, a garantir a efetividade da tutela jurisdicional em tempo razoável. Ressalte-se que as garantias constitucionais restam frustradas se a tutela não for tempestiva e efetiva.⁴⁴³ Embora seja difícil imaginar uma tutela jurisdicional intempestiva e efetiva, restou demonstrado que o sistema brasileiro permite que o processo em face dos Entes Públicos seja a um só tempo intempestivo e inefetivo, pois não entregará nem ao autor, nem aos seus sucessores habilitados a totalidade do que lhes é devido.

Embora a teleologia que informa os Juizados seja, talvez, mais importante que as novidades procedimentais que ele traz, é inegável que essas alterações em nível da teoria do procedimento se constituem, parafraseando o que disse Josserand⁴⁴⁴ sobre o recrudescimento da responsabilidade objetiva, não em evolução, mas em verdadeira revolução. É de se observar que boa parte das modificações introduzidas pela Lei nº 10.259/2001 de há muito vêm sendo reclamadas por setores da doutrina e da jurisprudência, no entanto pareciam distantes em face do comportamento do Executivo, pródigo em Medidas Provisórias antes da Emenda Constitucional nº 32/2001, privilegiando a situação processual da Fazenda Pública,⁴⁴⁵ da omissão do Legislativo e da insensibilidade de parte da doutrina e da jurisprudência que insistiam em defender privilégios processuais da Fazenda Pública em face do cidadão. Carreira Alvim chega a afirmar que o fim dos privilégios é tão relevante que ainda que os Juizados Especiais Federais falhem enquanto órgão, subsistindo apenas como rito especial, o mérito da Lei nº 10.259/2001 é indiscutível.⁴⁴⁶

Os JEF vieram com intuito claro de desafogar as Varas Federais Comuns, extremamente congestionadas de processos com tramitação lenta e um sistema recursal a permitir que qualquer requerimento de benefício previdenciário, por exemplo, pudesse chegar ao Superior Tribunal de Justiça e/ou ao Supremo Tribunal Federal, ainda que fosse para se inadmitir definitivamente o recurso. Em março de 2002, o Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Ruy Rosado de Aguiar, em seminário sobre os Juizados Especiais Federais, noticiou que os Tribunais Regionais Federais tinham já distribuídos um milhão, cento cinquenta mil feitos para julgar, o que levaria dois anos pelo menos se nenhum outro fosse distribuído e que, na Justiça Federal de 1º Grau, havia um resíduo em setembro de 2001 de três milhões de processos, o que demandaria três anos de julgamento na primeira instância se não houvesse

⁴⁴³ COMOGLIO, Luigi Paolo. *Giurisdizione e processo nel quadro delle garanzie costituzionali*. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**. Milano: Giuffrè, anno XLVIII, nº 4, 1994, p. 1.107 e 1.108.

⁴⁴⁴ JOSSERAND, Louis. *A evolução da responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: **Arquivos do Ministério da Justiça e negócios interiores**, 1946, p. 35.

⁴⁴⁵ A exemplo da de nº 1984 e da 2.180-35, de tantas versões e edições anteriores com números diversos.

⁴⁴⁶ ALVIM, J.E. Carreira. *Juizados especiais federais*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 4.

mais distribuição.⁴⁴⁷ Considerando-se que parcela razoável desses três milhões de processos será submetida a um sistema recursal e/ou remessa necessária e, depois, será transmudada em “novo” processo de execução, pode-se avaliar a gravidade da situação. Os JEF, estimulando a conciliação e informados pelos princípios da informalidade, celeridade, oralidade e economia economia processual é a resposta que o Poder Público apresenta para enfrentar essa situação.

Nos JEF, foi autorizada expressamente a conciliação, que deve ser bem conduzida e estimulada ao máximo para que a pacificação social ocorra. Mas, se não for possível, a Fazenda Pública não disporá de prazos privilegiados, contados em dobro, em quádruplo, como nas Varas Comuns. Sem dúvida, esse tratamento desigual processual não é justificável, no mundo *on line*, quando a Fazenda Pública Federal possui um quadro significativo de procuradores, situação bastante diferenciada da existente antes da Constituição Federal de 1988, em que a defesa da União Federal era confiada em parcela significativa dos casos à Procuradoria da República. O princípio da igualdade, depois de muito tempo, foi, sem dúvida, respeitado, pois de há muito os prazos da Fazenda Pública nas Varas Comuns representam uma transferência para o processo e para o Poder Judiciário de problemas internos e administrativos. A eliminação desse privilégio relativo aos prazos representa para Carreira Alvim a democratização do processo que trata paritariamente as partes.⁴⁴⁸⁴⁴⁹

Atentos aos princípios norteadores dos juizados, os Juízes Federais pernambucanos, em exercício nos Juizados Especiais Federais, não vêm marcando audiência, quando a matéria constante do pedido do autor é reconhecidamente de direito e se sabe de antemão que a entidade ré não está disposta a conciliar. Aplica-se, em essência, como nos informou em entrevista a Juíza Federal Substituta Ara Cárita Muniz da Silva,⁴⁵⁰ a disciplina do Julgamento Conforme o Estado do Processo prevista no CPC e aplicável subsidiariamente ao Estatuto dos Juizados Federais no Brasil.⁴⁵¹ Nessas hipóteses, a audiência seria um ato processual desnecessário a comprometer tempo e recursos do Poder Público. Semelhante

⁴⁴⁷ AGUIAR, Ruy Rosado. *O sistema recursal nos juizados especiais federais*. In: Anais do seminário Juizados especiais federais: inovações e aspectos polêmicos. AJUFE e Conselho da Justiça Federal, Brasília, 2002, p. 183.

⁴⁴⁸ ALVIM, J.E. Carreira. *Juizados especiais federais*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 2.

⁴⁴⁹ Se há partes não devidamente assistidas, com certeza, no âmbito do JEF, não é a Fazenda Pública, mas, em alguns casos, o cidadão, em razão da inexistência de uma defensoria pública federal com número razoável de defensores no Brasil. Em Pernambuco, para toda a Justiça do Trabalho, Justiça Militar e Justiça Federal, há, apenas, quatro defensores.

⁴⁵⁰ ANEXO – C. Entrevista realizada no dia 17 de maio de 2004 com a Juíza Federal Substituta da 2ª Vara da Seção Judiciária de Pernambuco, em exercício também nos Juizados Especiais Federais Cíveis.

⁴⁵¹ Segundo Alexandre Freitas Câmara, na esfera cível, a Lei nº 10.259/2001 juntamente com a Lei nº 9.099/95 formam um verdadeiro Estatuto dos Juizados Federais, pois uma lei não poderá ser interpretada sem a outra. Cf.

informação é transmitida pela Juíza Federal Presidente dos Juizados Especiais Federais de São Paulo ao informar a dispensa da audiência de conciliação:

A audiência de conciliação é una. Mas notamos, com a experiência, que o INSS não faz acordos nos casos de revisão de benefícios, tanto da RMI como de reajustes. Então essas ações não passam por tentativas de conciliação. Marcamos de imediato a audiência de instrução e julgamento. O acordo é proposto pelo juiz, e não pelo conciliador – não se faz acordo nesse tipo de ação. Com isso temos economizado esse desdobramento. Marcamos tentativa de conciliação apenas em hipóteses de concessão de benefícios.⁴⁵²

Os JEF representam, outrossim, a tendência de valorizar o juiz de primeiro grau, tendência esta observada, também, em reformas recentes na Alemanha e na Itália que ao longo do tempo passaram a valorizar o julgamento monocrático e de 1º grau. Na Itália, o julgamento perante a Justiça Ordinária é realizado perante um Tribunal de 1ª Instância, regra esta que vem sendo atenuada por sucessivas reformas que afastam para determinadas causas o princípio do julgamento colegiado.⁴⁵³

Embora no Brasil, à exceção das antigas Juntas Trabalhistas e da Justiça Militar, não houvesse a tradição de julgamento colegiado, é defensável que contra a Fazenda Pública, no caso Federal, o Juiz desempenhava, por vezes, a função de mero instrutor, pois colhia as provas, ouvia as partes, se houvesse audiência, e, depois, fazia a sua sentença (*rectius* parecer) que não teria qualquer valor até ser reapreciada em todos os pontos de fato e de direito pela 2ª Instância em colegiado e, o que é mais grave, apenas para melhorar a situação da Fazenda Pública, consoante o já citado Enunciado nº 45 da Súmula do STJ. No âmbito do JEF, não há remessa necessária. E, se houver recurso julgado improcedente, o recorrente arcará com os honorários nos termos do art. 55 da Lei nº 9.099/95, aplicável subsidiariamente aos JEF em razão do art. 1º da Lei nº 10.259/2001. Essa previsão de honorários serve como mais um elemento de desestímulo a recursos manifestamente infundados, que nada mais representam que um abuso de direito processual de recorrer.⁴⁵⁴

As decisões interlocutórias são irrecorríveis. Toda irresignação da parte será apreciada de uma vez no recurso final inominado contra a sentença. A única exceção é a

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Tutela jurisdicional de urgência nos juizados especiais federais*. **Revista Dialética de Direito Processual**, nº 2. São Paulo: Dialética, 2003, p. 7

⁴⁵² SANTOS, Marisa Ferreira dos. *Os meios eletrônicos nos juizados especiais*. In: Anais do seminário Juizados especiais federais: inovações e aspectos polêmicos. AJUFE e Conselho da Justiça Federal, Brasília, 2002, p. 209-210.

⁴⁵³ CAPONI, Remo. *Le riforme della giustizia civile italiana degli anni novanta sullo sfondo della giustizia civile tedesca*. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**. Milano: Giuffrè, anno LII, 1998, p. 566.

hipótese da concessão da tutela de urgência em que será cabível recurso. Tal medida, já adotada nos Juizados Especiais Estaduais e no procedimento aplicado nas Varas do Trabalho, representa uma tendência, observada nas últimas reformas, de tornar o agravo de instrumento exceção e regra o agravo retido. A nova redação do *caput* e do inciso II, do art. 527 do Código de Processo Civil, conferiu competência ao relator para converter o agravo de instrumento em agravo retido, salvo nas hipóteses de provisão jurisdicional de urgência, ou se houver perigo de grave lesão de difícil e incerta reparação.⁴⁵⁵

A disposição dos JEF é ainda mais clara e salutar, pois, para evitar que o feito tramite, a cada ato do juiz, em duas instâncias simultaneamente, prevê que a única decisão interlocutória passível de recurso é a referente à tutela de urgência, seja cautelar ou antecipatória. Uma eventual discordância, por exemplo, quanto à produção de provas será resolvida quando da apreciação do recurso final.

Em relação à tutela de urgência, a interpretação que se defende aqui como razoável é que elas não devem ser muito utilizadas nos JEF, uma vez que o seu procedimento sumaríssimo é um mecanismo de aceleração processual que visa à solução definitiva da lide de forma o mais célere possível. A tutela antecipada, por sua vez, visa a distribuir o tempo no processo, tempo este que não restará sempre do lado do réu, mas se poderá inverter esta situação em benefício do autor que tem razão, como defendeu, de maneira pioneira no Brasil, Luiz Guilherme Marinoni.⁴⁵⁶ Não se está afirmando que a tutela antecipada e a cautelar não são aplicáveis nos JEF, mas realçando que o objetivo dos juizados é de, nas causas de menor complexidade, respeitado o contraditório, atingir uma solução final que resolva a lide definitivamente. Os JEF não vieram, portanto, para distribuir o ônus do tempo no processo, mas para acelerar o processo, visando a reduzir ao máximo esse ônus.

Por sinal, é preciso destacar que tanto a tutela antecipada como a cautelar são cabíveis no Juizados Especiais Federais. O art. 4º da Lei nº 10.259/2001 autoriza a concessão de cautelar de ofício para evitar dano de difícil reparação, restando expresso que o juiz também tem nos JEF o poder geral de cautela. Este dispositivo levou Bruno Mattos e Silva, que integrara a comissão do Executivo encarregada de apreciar o anteprojeto do Conselho da

⁴⁵⁴ MARTINS, Sandro Gilbert. *A defesa do executado por meio das ações autônomas: defesa heterotópica*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 246.

⁴⁵⁵ “Art. 527. Recebido o agravo de instrumento no tribunal, e distribuído incontinenti, o relator: inciso I – *omissis*, II – poderá converter o agravo de instrumento de instrumento em agravo retido, sal quando se tratar de provisão jurisdicional de urgência ou houver perigo de lesão grave e de difícil ou incerta reparação, remetendo os respectivos autos ao juízo da causa, onde serão apensados aos principais, cabendo agravo dessa decisão ao órgão colegiado competente.”

⁴⁵⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. *A antecipação da tutela*. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 27.

Justiça Federal (CJF), na qualidade de Procurador Chefe do INSS, a defender não ser cabível nos JEF a concessão de tutela antecipada.⁴⁵⁷

Em verdade, a redação do art. 4º no anteprojeto do CJF era no sentido de que o Juiz poderia deferir medidas urgentes no curso do processo, redação esta que foi alterada para fazer referência expressa à medida cautelar, bem como os arts. 16 e 17 da Lei dos JEF só prevêm o cumprimento da sentença após o trânsito em julgado. Todavia, a redação do art. 4º não exclui a aplicação dos arts. 273 e 461 do CPC, normal geral que é. Já é pacífica a aplicação do instituto da antecipação da tutela a procedimentos não previstos no CPC. Por outro lado, o sistema brasileiro, conviveu, durante anos (1994 a março de 2001), com a contradição de decisões sendo executadas e efetivadas, sem que a sentença nos mesmo autos possuísse força executória em face da sistemática de atribuição de efeito suspensivo à apelação, corrigida em parte pela Lei nº 10.352/2001. A redação do art. 4º, portanto, só reforça ao juiz o seu dever de velar pela utilidade do processo, deferindo de ofício ou a requerimento da parte medidas cautelares. Ademais, em face da fungibilidade hoje existente entre medida cautelar e tutela antecipada (art. 273, §7º), não há fundamento para raciocinar pelo cabimento de uma espécie de tutela de urgência e não de outra. Pelo cabimento se pronunciam Carreira Alvim,⁴⁵⁸ Joel Dias Figueira Júnior e⁴⁵⁹ Alexandre Freitas Câmara.⁴⁶⁰

No que se refere à execução, é que ocorreram as modificações mais expressivas do ponto de vista da **efetividade** do processo. Se é verdade que a igualdade no tratamento, a possibilidade de conciliação, a dispensa do uso de advogado tornam o processo nos JEF bem mais democrático e participativo, por outro lado é na execução que vai se apurar o prestígio ou desprestígio que esse novel órgão jurisdicional vai conseguir. Instituir um processo participativo e democrático, porém inefetivo seria vender ilusões ao cidadão, o que exige uma especial atenção ao processo de execução.

A Lei nº 10.259/2001 foi atenta a essa constatação, sendo defensável a tese de que, no âmbito dos Juizados Especiais Federais, não há execução em face da Fazenda Pública, pois o art. 16 da citada lei prevê a expedição de ofício à autoridade citada para a causa para que cumpra a obrigação de fazer ou de entrega de coisa certa, e o art. 17 determina que o Juiz Presidente do Juizado requisite o pagamento do valor objeto da condenação pecuniária à

⁴⁵⁷ SILVA, Bruno Mattos e. *Juizados especiais federais*. Curitiba: Juruá, 2002, p. 134.

⁴⁵⁸ ALVIM, J.E. Carreira. *Juizados especiais federais*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 61.

⁴⁵⁹ TOURINHO NETO, Fernando da Costa; FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. *Juizados especiais federais cíveis e criminais: comentários à Lei nº 10.259, de 10.07.2001*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 270-271.

⁴⁶⁰ CÂMARA, Alexandre Freitas. *Tutela jurisdicional de urgência nos juizados especiais federais*. **Revista Dialética de Direito Processual**. nº 2. São Paulo: Dialética, 2003, p. 10.

autoridade citada para a causa, a qual deverá proceder ao pagamento no prazo de 60 (sessenta) dias em agências da Caixa Econômica Federal ou do Banco do Brasil, independente do pagamento do precatório. Ao processo de conhecimento, nos JEF, não é conferida a limitada função de formar um título executivo para posterior execução.⁴⁶¹ Conhecimento, execução ou efetivação, ou cumprimento são todas questões resolvidas em único processo, o que já ocorre nas Varas Comuns quando se trata de obrigação de fazer. Nos JEF, não há instauração de um processo de execução autônomo, nem, por sinal, de um processo cautelar. Adotou-se o denominado sincretismo processual,⁴⁶² permitindo-se que, no processo de conhecimento, seja prestada a mais completa e efetiva tutela jurisdicional, mesmo que institutos bem acabados como o da autonomia do processo de execução tenham que ser revisitados como defende Nilcéa Maggi:

Portanto, é urgente a necessidade de se criarem mecanismos para agilizar a justiça, eliminando-se medidas procrastinatórias, alterando-se institutos. **E uma das alterações que precisa ser procedida com determinação e urgência é a referente à execução de títulos judiciais, a exigir um processo independente e autônomo, em que se dá ensejo à instauração de um incidente de natureza cognitiva – os embargos do devedor – encerrado com sentença, sujeita à apelação, cujo desenvolver, na maioria dos casos, dura muito mais do que o processo de conhecimento principal. Trata-se de uma formalidade demorada e protelatória, que, sem dúvida, dificulta o acesso à ordem jurídica justa, sendo, em consequência, de nenhuma valia para nosso sistema.**⁴⁶³ (Grifo nosso)

Nesse ponto, a Lei dos Juizados Especiais Federais apresenta-se mais adequada que a dos Juizados Estaduais,⁴⁶⁴ à medida que se apresenta em sintonia com os princípios da celeridade, da simplicidade e da efetividade do processo quando da necessidade de se fazer cumprir o direito reconhecido na sentença transitada em julgado.

No que se refere à efetivação das obrigações de fazer e de não fazer, é aplicável todo o arsenal normativo presente no art. 461 do Código de Processo Civil, cabendo ao Juiz Federal Presidente do Juizado a tomada de consciência de quem sem efetividade o órgão perde a razão de ser. A Lei nº 10.259/2001, atenta a essa realidade, previu que as citações

⁴⁶¹ TOURINHO NETO, Fernando da Costa; FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. *Juizados especiais federais cíveis e criminais: comentários à Lei nº 10.259, de 10.07.2001*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 416.

⁴⁶² ALVIM, J.E. Carreira. *Juizados especiais federais*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, *passim*.

⁴⁶³ MAGGI, Nilcéa Maria Barbosa. *Da execução da sentença como etapa do processo de conhecimento e da supressão dos embargos do devedor em execução de título judicial: forma de garantir o acesso à justiça*. (tese de doutorado). Recife, 2001, p. 69.

⁴⁶⁴ TOURINHO NETO, Fernando da Costa; FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. *Juizados especiais federais cíveis e criminais: comentários à Lei nº 10.259, de 10.07.2001*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 411-412.

seriam feitas na pessoa do representante máximo da entidade ré no local onde for proposta a causa, salvo se ré a União Federal, hipótese em que será observada a Lei complementar nº 73/93, sendo a mesma autoridade em quem fora efetuada a citação a que serão dirigidos os ofícios mandamentais. A Lei nº 10.259/2001 objetivou, desde já, fixar responsabilidades, facilitando sobremaneira a atividade do Juiz Federal.

No que tange à obrigação de pagar, a sistemática introduzida pela Lei nº 10.259/2001 é inovadora. Fora dispensado o precatório para requisição de valores de até 60 salários mínimos. Tal dispensa encontra fundamento no parágrafo terceiro do art. 100 da Constituição Federal, acrescentado pela Emenda Constitucional nº 20 de 16 de dezembro de 1998. Esse dispositivo constitucional permitiu que pagamentos de obrigações definidas em lei como de pequeno valor fosse excluído da sistemática do precatório. Em 2000, surgiu a Lei nº 10.099, dando nova redação ao art. 128 da Lei nº 8.213/91, (Plano de Benefícios da Previdência Social), prevendo para as causas previdenciárias o valor de até R\$ 5.180,25, sem previsão de reajustes. Posteriormente, o art. 17 fixou para toda a Fazenda Federal⁴⁶⁵ o valor de 60 (sessenta) salários mínimos como pequeno valor para exclusão da ordem dos precatórios.⁴⁶⁶

Em 2000, antes, portanto, da Lei dos JEF, as Varas Federais Comuns, em causas previdenciárias, aplicavam a sistemática de pagamento sem precatório. Consoante o art. 128 da Lei nº 8213/91, após a definição dos valores, pois, infelizmente, as sentenças geralmente não são líquidas nas Varas comuns, acertando apenas o *an debeatur* e não o *quantum debeatur*, o INSS era intimado e depositava no prazo de sessenta dias o valor devido. Na Seção Judiciária de Pernambuco, o levantamento, inicialmente feito por alvará, foi modificado, adotando-se a sistemática de abrir um conta junto à Caixa econômica Federal em nome do beneficiário que seria intimado do depósito.

Ocorre que em 2001, a Lei nº 10.266/2001 (Lei de Diretrizes Orçamentárias para o orçamento executado em 2002) previu que as requisições de pequeno valor também deveriam ser dirigidas ao Tribunal em nome de quem seria aberta uma dotação específica para pagamento desses valores, somente intimando-se a entidade devedora na hipótese de insuficiência desses recursos.

⁴⁶⁵ A Emenda Constitucional nº 37/2002 fixou valores diferenciados e provisórios para a Fazenda Estadual, Distrital e Municipal no art. 87 que ela acrescentou ao Ato das Disposições Constitucionais Provisórias. São 40 salários mínimos para a Fazenda Estadual e trinta salários mínimos para a Municipal.

⁴⁶⁶ As Varas Federais comuns nas causas vedadas aos Juizados Especiais Federais e nas existentes antes da instalação aplicam também a sistemática de requisição sem precatório no valor de até 60 (sessenta salários mínimos).

Quando os Juizados Especiais Federais foram instalados em janeiro de 2002, essa sistemática já estava em vigor, devendo as requisições serem dirigidas ao Tribunal Regional Federal nos termos da Resolução nº 263 do CJF e o Tribunal, ao liquidar, procede à abertura de contas bancárias em nome dos beneficiários.

Foi, sem dúvida, a Lei nº 10.259/2001, como já se disse, inovadora, pois não só elevou o conceito legal de pequeno valor como, ao fixá-lo em número de salários mínimos, criou uma fórmula bastante visível para o seu reajuste. Todavia, a grande alteração veio com a norma contida no § 2º do art. 17 da Lei nº 10.259/2001. Ante a importância desse dispositivo, procede-se a sua transcrição:

Art. 17. Tratando-se de obrigação de pagar quantia certa, após o trânsito em julgado da decisão, o pagamento será efetuado no prazo de sessenta dias, contados da entrega da requisição, por ordem do juiz, à autoridade citada para a causa, na agência mais próxima da Caixa econômica Federal ou do banco do Brasil, independentemente do precatório.

§ 1º - *omissis*

§ 2º Desatendida a requisição judicial, o juiz determinará o seqüestro do numerário suficiente ao cumprimento da decisão.

A tese defendida pela doutrina e por setores da jurisprudência⁴⁶⁷ no sentido de que o seqüestro previsto no parágrafo segundo do art. 100 se aplica a qualquer hipótese de não pagamento e não apenas na hipótese de preterição encontrou abrigo expresso em nosso ordenamento. A sua inadmissão pelo STF se configurava em situação assaz contraditória. Dispunha-se de um remédio constitucional efetivo para a hipótese de preterição, mas não se dispunha de qualquer remédio efetivo se o Ente Público simplesmente não pagasse nenhum precatório! O art. 5º, inciso XXXV, o princípio do amplo acesso à justiça efetiva e tempestiva não possuía nenhuma influência na interpretação desse dispositivo.

Com a Lei dos JEF, a velha discussão sobre a natureza jurídica do seqüestro, que para Nélson Nery Júnior,⁴⁶⁸ por exemplo, era cautelar ou satisfativo a depender de quem o requeresse, não tem mais sentido. A natureza é satisfativa. O Estado Juiz está autorizado a proceder a seqüestro da quantia necessária para a satisfação do débito. Ruiu, como afirma Carreira Alvim,⁴⁶⁹ o mito da impenhorabilidade dos bens públicos quando não façam parte do patrimônio indisponível do Estado necessário ao desempenho de suas finalidades básicas. Tal

⁴⁶⁷ No Julgamento da ADIN nº 1.662- SP, os Ministros Sepúlveda Pertence e Marco Aurélio de Mello, defenderam que o seqüestro constitucional seria cabível na hipótese de não pagamento ou não inclusão no orçamento e não apenas na hipótese de preterição.

⁴⁶⁸ NERY JÚNIOR, Nelson et al. *Código de processo civil comentado e legislação extravagante*. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 1045.

medida, como já explicitado no terceiro capítulo, era restrita, segundo interpretação vencedora no âmbito do Supremo Tribunal Federal, às hipóteses de não pagamento dos precatórios parcelados, consoante o art. 78 do ADCT. Pode-se afirmar, sem sombra dúvida, que existe, no âmbito dos Juizados Especiais Federais, um instrumento efetivo para que a Fazenda Pública cumpra a obrigação de pagar fixada na sentença.

Frise-se, por fim, que o art. 52, inciso I, da Lei nº 9.099/95, determina que todas as sentenças sejam líquidas, o que facilita sobremaneira o cumprimento da sentença. Nos Juizados Especiais Federais de Pernambuco, observamos, em visita realizada, que há um setor de contadoria dentro do próprio Juizado, que calcula os valores devidos em tese, muitas vezes, antes da sentença, atendendo-se ao estatuído na Lei nº 9.099/95.

Do ponto de vista da organização do serviço judiciário, do suporte necessário para a prestação da tutela jurisdicional, pode-se defender que, no âmbito dos JEF, de forma pioneira nos localizados em São Paulo e em Brasília, está ocorrendo uma verdadeira revolução no sistema brasileiro. Trata-se da utilização da Informática para racionalizar e tornar mais célere a prestação jurisdicional. A própria Lei nº 10.259/2001 previu a organização de serviços para realização de intimações e recepção de petições por meio eletrônico, mas os JEF estão indo além.

De uma forma ampla, existe a disciplina Informática Jurídica que consiste na aplicação das tecnologias de informação e de comunicação ao direito.⁴⁶⁹ Para este estudo, ganha importância a telemática, que pode ser de forma singela conceituada como a interação da tecnologia da informática com a das telecomunicações, sendo o aspecto dinâmico da informação, enquanto a informática seria a ciência do uso da informação.⁴⁷¹ Não é novidade, no Brasil, e, principalmente, no âmbito da Justiça Federal, a utilização de sistemas informatizados, os quais, todavia, se limitam a servir de banco de dados para algumas informações acerca das fases do procedimento e para localização física dos processos. Todavia, a prática de atos de comunicação processual, atos da parte desde a petição inicial, contestação, recurso e atos do juiz em meio eletrônico como regra é algo novo no Judiciário brasileiro.

⁴⁶⁹ ALVIM, J.E. Carreira. *Juizados especiais federais*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 115.

⁴⁷⁰ A disciplina Informática Jurídica pode ser dividida em três áreas: a informática jurídica documental, informática jurídica de gestão e informática jurídica e decisão, e se distingue do direito da informática, que engloba a aplicação do direito ao campo da informática e da telemática, a exemplo dos crimes cibernéticos, da regulamentação do comércio eletrônico, da responsabilidade civil entre outros aspectos. Cf. CARDOSO, Sérgio Eduardo. *Os meios eletrônicos nos juizados especiais*. In: Anais do seminário Juizados especiais federais: inovações e aspectos polêmicos. AJUFE e Conselho da Justiça Federal, Brasília, 2002, p. 221-224.

⁴⁷¹ MACIEL, Gabriela Tavares Miranda et al. *Navegando na internet: "sem lenço nem documento"*. Estudantes-Caderno-Acadêmico. a: 4, nº 7. Recife: Bagaço, 2000, p. 74.

A primeira experiência começou nos Juizados Especiais Federais de São Paulo, onde foram sendo desenvolvidas respostas para os problemas que surgiam. Foram construídas soluções tecnológicas para que o processo fosse inteiramente digital, através de senhas de cadastro para servidores, juízes, membros do Ministério Público, Procuradores do INSS e advogados que desejem se cadastrar, além do “escaneamento” de documentos em papel trazidos pelas partes e da assinatura das partes que não possuem assinatura digital por meio de mecanismo que transforma a assinatura feita em moldes tradicionais em documento eletrônico. Cada processo corresponde a um arquivo, que pode ser consultado em todas as suas fases e conteúdo pela Internet, só podendo ser alterado pelo juiz e servidores em relação aos atos que lhe competem de acordo com a lei processual.⁴⁷² A tramitação dos atos processuais nos JEF de São Paulo é totalmente virtual.

Observe-se que embora inexista, no Brasil, uma disciplina legal e específica sobre o processo civil telemático, não há nenhuma nulidade nesse procedimento, pois, afora o arquivo que é visualizado, outro não suscetível de alteração é gravado e resta imutável, não havendo prejuízo às partes. Por outro lado, o próprio Código de Processo Civil, talvez no seu artigo mais belo: o art. 154, traz o princípio da instrumentalidade das formas, permitindo-se que sejam considerados válidos atos que, não obstante realizados em forma diversa da prevista pela Lei, atinjam a finalidade essencial. A AJUFE apresentou um anteprojeto de Lei de informatização do processo judicial encaminhado à Câmara Federal,⁴⁷³ e, certamente, a iniciativa nascida nos JEF confirma a idéia de que eles “nasceram com a proposta não só de desafogar a justiça federal mas também de inaugurar um nova era, uma nova justiça, mais desburocratizada, mais ágil, mas próxima do cidadão.”⁴⁷⁴

O processo digital ou virtual, como vem sendo chamado, vai muito além das inovações introduzidas pela Lei Ordinária nº 9.800 de 26 de maio de 1999, conhecida, no mundo do foro, como “Lei do fax,” pois os atos transmitidos mediante fac-símile ou outro similar tem que ser renovados com o original em cinco dias e, para esta lei, o original significa papel. Nos JEF que adotam o processo virtual, o original é o documento eletrônico. O Supremo Tribunal Federal, ao disciplinar a aplicação da referida Lei nº 9.800, através da

⁴⁷² SANTOS, Marisa Ferreira dos. *Os meios eletrônicos nos juizados especiais*. In: Anais do seminário Juizados especiais federais: inovações e aspectos polêmicos. AJUFE e Conselho da Justiça Federal, Brasília, 2002, p. 210-214.

⁴⁷³ CARDOSO, Sérgio Eduardo. *Os meios eletrônicos nos juizados especiais*. In: Anais do seminário Juizados especiais federais: inovações e aspectos polêmicos. AJUFE e Conselho da Justiça Federal, Brasília, 2002, p. 237.

⁴⁷⁴ CARDOSO, Sérgio Eduardo. *Os meios eletrônicos nos juizados especiais*. In: Anais do seminário Juizados especiais federais: inovações e aspectos polêmicos. AJUFE e Conselho da Justiça Federal, Brasília, 2002, p. 231-232.

Resolução nº 287 de 14 de abril de 2004,⁴⁷⁵ permitiu o envio de petições pelo correio eletrônico, mas, no art. 5º da referida resolução, exige que posteriormente sejam protocolados os originais, sob pena de ineficácia do ato processual praticado.

No Plano normativo brasileiro, a validade do documento eletrônico não é novidade em face da Medida Provisória nº 2.200-2 de 24 agosto de 2001, que instituiu o sistema de chaves públicas brasileiro, gerenciado por uma autarquia pública federal, o Instituto Nacional de Tecnologia da Informação – ITI.⁴⁷⁶ Essa Medida Provisória prevê no art. 10, §1º, que as declarações constantes nos documentos eletrônicos certificados presumem-se verdadeiras em relação aos signatários na forma do art. 131 do Código Civil de 1916 do art. 219 do Código Civil de 2002, não sendo nenhuma novidade, em nosso sistema, a duplicata virtual, por exemplo. Do ponto de vista tecnológico e normativo, portanto, não é impensável a elaboração de uma lei, disciplinando o processo desmaterializado em todos os órgãos jurisdicionais. O §2º do art. 1º do anteprojeto sobre informatização do processo judicial apresentado pela Associação dos Juizes Federais do Brasil prevê que a utilização do meio eletrônico dispensará a apresentação de originais em papel.

No direito estrangeiro, há o exemplo italiano em que se fala do processo civil telemático, tendo sido expedido uma importante regulamentação do tema pelo Ministro da Justiça em 13 de fevereiro de 2001 (Decreto nº 123), afirmando-se a validade dos atos processuais em forma de documento *informatico* que seja subscrito por uma firma digital.⁴⁷⁷

Na Itália, afora a legislação específica (Lei nº 59 de 15 de março de 1997), também se invoca o princípio da instrumentalidade das formas contido no art. 121 do Código de Processo Civil italiano,⁴⁷⁸ tendo a doutrina destacado, outrossim, que, diferentemente do instrumento transmitido por meio de fax, que é considerado cópia (Lei nº 183 de 7 de junho de 1993), o documento *informatico* se tornou original,⁴⁷⁹ ressaltando que, de acordo com o art. 4º do Decreto nº 123/2001, “todos os atos processuais e os provimentos do processo

⁴⁷⁵ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Resolução nº 287 de 14 de abril de 2004. Disponível em <<http://www.stf.gov.br/NORMASBIB/RESOLUCAO287.PDF>>. Acesso em [24/05/2004].

⁴⁷⁶ Mais informações na página <<http://www.icpbrasil.gov.br/>> Acesso em [24/05/2004].

⁴⁷⁷ CENICCOLA, Aldo. *Il processo civile telematico (d.p.r. 13 febbraio 2001 n.123)*. Disponível em <http://www.giuffre.it/servlet/page?_pageid=54&_dad=portal130&_schema=Portal3> Acesso em [28/10/2003], p.1.

⁴⁷⁸ Esse artigo corresponde ao art. 154 do Código de Processo Civil brasileiro. Art. 121 *Libertà di forme. Gli atti del processo, per i quali la legge non richiede forme determinate* [125, 126, 131, 135, 46 att], possono essere compiuti nella forma più idonea al raggiungimento del loro scopo [156]. Cf. ABATE, Mario. *Codice di Procedura Civile e leggi complementari*. 3ª ed. Padova: CEDAM, 1996.

⁴⁷⁹ CENICCOLA, Aldo. *Il processo civile telematico (d.p.r. 13 febbraio 2001 n.123)*. Disponível em <http://www.giuffre.it/servlet/page?_pageid=54&_dad=portal130&_schema=Portal3>. Acesso em [28/10/2003], p. 4.

podem ser exercidos como documentos informáticos, subscritos com firma digital.” (tradução nossa)⁴⁸⁰

Nos JEF que utilizam o processo digital, o registro dos atos processuais em papel é exceção. Nos JEF de Pernambuco, a Juíza Federal Substituta Ara Cárita Muniz da Silva⁴⁸¹ nos informou que o depoimento das partes e a inquirição das testemunhas são gravados em fita para se evitar dispêndio de tempo com a digitação. Havendo qualquer dúvida, o magistrado e os advogados ou a Turma Recursal podem requerer a degravação do conteúdo das gravações. Em São Paulo, pretende-se utilizar gravação áudio e vídeo para proporcionar às partes e à Turma Recursal, que é a última instância que aprecia matéria de fato, rever a audiência em som e imagem com integralidade.⁴⁸²

Os JEF, portanto, estão sendo responsáveis pela utilização inteligente de instrumentos informáticos e telemáticos, substituindo-se o denominado sistema “oral-protocolar” de registro de atos processuais, que data da Idade Média.⁴⁸³

4.4. O cidadão e o JEF

Os Juizados Especiais de uma forma geral são potencializadores da cidadania. Na medida em que o cidadão pode se fazer ouvir, ainda que sem advogado, pelo Estado-Juiz, com certeza, a legitimidade democrática ganha força. Não é por outro motivo, que os Juizados Especiais Estaduais se revelaram em um enorme sucesso na Justiça Comum Estadual. O procedimento simplificado, atento à realidade de cada caso, é elemento de aproximação entre o Poder Judiciário e os cidadãos. No entanto, afora questões estruturais observáveis em cada Estado da Federação, há, na Lei nº 9.099/95, a imposição da impossibilidade de ser a Fazenda Pública demandada. Ou seja, os novos direitos, em causas de pequeno valor, somente seriam exercidos de forma simplificada, adequada e efetiva se o réu fosse uma pessoa privada. Quando os réus fossem os Entes Públicos, só restava ao cidadão o procedimento comum: ordinário e sumário, das Varas Comuns.

⁴⁸⁰ VELLANO, Carlo. *Le ultime modifiche relative ao processo civile*. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**. Anno LVI, nº 4, Milano: Giuffrè, 2002, p. 1457.

⁴⁸¹ ANEXO C. - Entrevista realizada no dia 17 de maio de 2004 com a Juíza Federal Substituta da 2ª Vara da Seção Judiciária de Pernambuco, em exercício também nos Juizados Especiais Federais Cíveis.

⁴⁸² SANTOS, Marisa Ferreira dos. *Os meios eletrônicos nos juizados especiais*. In: Anais do seminário Juizados especiais federais: inovações e aspectos polêmicos. AJUFE e Conselho da Justiça Federal, Brasília, 2002, p. 214.

⁴⁸³ VAZ, Alexandre Mário Pessoa. *Direito processual civil: do antigo ao novo código, novas tecnologias a serviço da justiça*. Coimbra: Almedina, 2002, p. 399.

No caso da Fazenda Federal, questões de grande importância social, como Previdência e Assistência,⁴⁸⁴ eram remetidas, independente do valor e da complexidade, ao procedimento comum, nos mais das vezes ordinário, com todas as fases delineadas, portanto formalista, cheio de garantias probatórias, remessa necessária, farto leque recursal, posterior processo de execução com a todas as vicissitudes descritas nesta dissertação.

Atualmente, para os aposentados e pensionistas, que não dispunham de nenhum tratamento especial até a Lei nº 10.099/2000, limitada ao momento de pagamento, há um órgão jurisdicional adequado as suas demandas e, ao mesmo tempo, ciente de que para eles, muitas vezes, o tempo deve ser tomado em termos relativos, pois são sujeitos do processo premidos pela idade avançada e necessidade em face do caráter alimentar das verbas pleiteadas. Não se pode nunca olvidar, como nos ensina Remo Danovi, que desde o ano passado é líder dos advogados Italianos, que o custo efetivo e imediato das disfunções da Justiça em relação ao tempo recaem sobre os sujeito que participam do processo, principalmente os mais fragilizados.⁴⁸⁵

Por outro lado, o número de causas na Justiça Federal aumentou sensivelmente após a instalação dos Juizados Especiais Federais, o que demonstra que havia litigiosidade contida. O sistema desencorajava as pessoas a buscarem os seus direitos, muitas vezes de natureza alimentar, contra a Fazenda Pública Federal. Quanta contradição! O modo de ser do processo nas Varas Comuns, ao invés de indicar um meio de resolução de conflitos, servia a interesses tendentes a afastar o cidadão do Poder Judiciário. Observando-se a Seção Judiciária de Pernambuco, no período imediatamente anterior à instalação dos JEF e os primeiros dois anos após a implantação, pode-se concluir o quanto essa assertiva encontra respaldo na realidade.

Analisando-se as tabelas 3 e 4 abaixo, que trazem dados acerca do número de processos distribuídos nos anos de 1999, 2000, 2001, 2002 e 2003, podem ser extraídas várias constatações relevantes.

A primeira é que o número de processos distribuídos antes da implantação dos Juizados, em janeiro de 2002, vinha crescendo, mas em ritmo bem menor do que seria verificado após a implantação dos dois Juizados Especiais Federais Cíveis, pois, em 1999,

⁴⁸⁴ A maioria dos benefícios previdenciários no Brasil é administrada pelo INSS, que tem a gestão do Regime Geral de Previdência Social (RGPS), previsto no art. 201 da Constituição da República. O RGPS se aplica a todos os segurados ligado à iniciativa privada e aos entes da federação que não disponham de um Regime Próprio de Previdência Social.

⁴⁸⁵ DANOVI, Remo. *I tempi della giustizia e i costi umani*. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**. Milano: Giuffrè, marzo, anno L, nº 1, 1996, p.289-290.

seriam 20.151 feitos distribuídos; em 2000, 24.138 feitos e, em 2001, 25.523 feitos. Em termos percentuais, houve um aumento de 19,7856% entre os exercícios de 1999 e 2000 e de 5,7378% entre 2000 e 2001.

Já no ano de 2002, quando os Juizados Especiais Federais se encontravam em pleno funcionamento, o número de processos distribuídos foi de 40.732, o que representa um acréscimo de 59,5893%. Desse total de feitos, 14.232 foram ações especiais cíveis, denominação atribuída, no âmbito da Seção Judiciária de Pernambuco, às ações que tramitam perante o Juiz Federal Presidente dos Juizados Especiais Federais, e 4.873 nas Turmas Recursais, que representa 46,9041% dos processos distribuídos. Em 2003, de um total de 69.052 processos distribuídos, aumento de 69,5276%, 30.832 foram para os dois Juizados Especiais e 10.482 para as Turmas Recursais, o que expressa 67,0181%. Ressalte-se que, mesmo em 2003, quando o número de processos distribuídos, em números absolutos, para as Varas Cíveis Comuns cresceu, e a Vara Privativa de Execuções Fiscais recebeu 9.309 processos entre Execuções Fiscais e feitos dependentes (Embargos do Devedor, Ação Cautelar, Mandado de Segurança, Ação Anulatória de Rito Ordinário, Ação Consignatória), em termos relativos e absolutos, houve um aumento considerável do número de processos distribuídos para os Juizados Especiais Federais, para os quais é distribuída a maioria dos feitos na atualidade.

TABELA 3 PROCESSOS DISTRIBUÍDOS NOS EXERCÍCIOS DE 1999, 2000, 2001, 2002 e 2003⁴⁸⁶

VARA	1999	2000	2001	2002	2003
1ª Vara	1.051	1.393	2.055	1.037	1.778
2ª Vara	1.094	1.977	2.060	1.015	1.399
3ª Vara	911	1.347	2.116	1.086	1.021
4ª Vara	1.023	1.475	2.775	827	1.194
5ª Vara	1.006	1.366	2.228	1.071	1.648
6ª Vara	1.074	1.375	2.164	1.056	1.688
7ª Vara	1.156	1.457	2.102	1.087	1.003
8ª Vara	1.820	1.710	1.499	1.874	2.509

⁴⁸⁶ BRASIL. Poder Judiciário. Justiça Federal de 1ª Instância. Seção Judiciária de Pernambuco. *Relatório de atividades do exercício de 2003*. Recife, 2003, p. 8. No exercício de 2003, percebe-se que mesmo com a criação dos Juizados Especiais em 2002, a quantidade de processos distribuídos nas Varas voltou a crescer.

* Deve ser salientado que no ano de 1999 foram criadas 3 Varas Federais, uma com competência para feitos fiscais e duas com competência comum, tendo ocorrido redistribuição de 27.004 processos. Assim, em 1999 foram distribuídos 20.151 processos.

** No exercício de 2001 as 4ª e 13ª Varas foram especializadas em Varas Criminas, o que resultou na redistribuição de 12.493 (doze mil quatrocentos e noventa e três) processos, desta forma foram distribuídos 25.523 (vinte e cinco mil, quinhentos e vinte e três) processos.

9.^a Vara	893	1.260	1.965	1.010	1.650
10.^a Vara	1.118	1.589	2.147	1.004	1.655
11.^a Vara	22.416	6.168	12.196	8.777	9.309
12.^a Vara	6.680	1.551	1.904	944	1.203
13.^a Vara	6.913	1.650	2.805	809	1.651
1.^o Juizado	-	-	-	7.130	15.430
2.^o Juizado	-	-	-	7.132	15.432
Turmas	-	-	-	4.873	10.482
Recursois					
TOTAL	47.155*	24.318	38.016**	40.732	69.052

Fonte: BRASIL. Poder Judiciário. Justiça Federal de 1^a Instância. Seção Judiciária de Pernambuco. *Relatório de atividades do exercício de 2003*. Recife, 2003, p. 8.

TABELA 4 RELAÇÃO ENTRE O TOTAL DE DISTRIBUÍDOS POR ANO E OS JEF

Ano	Nº de processos distribuídos	Percentual de aumento em relação ano anterior %	Percentual de distribuídos aos JEF %
1999	20.151	-	-
2000	24.138	19,7856	-
2001	25.523	5,7378	-
2002	40.732	59,5893	46,9041
2003	69.052	69,5276	67,0181

A utilização de sistemas de informática, permitindo-se o acesso a informações, ainda que resumidas, sobre a tramitação dos processos por meio da Internet é outro elemento que vem caracterizando os Juizados Especiais Federais, podendo-se até, de localidades distantes da sede do JEF, ter acesso à integralidade dos autos se a tramitação for virtual. Tal acesso dota os procedimentos judiciais de maior transparência e facilita o acesso a informações ao cidadão, seja ele parte ou não no processo.⁴⁸⁷

Por fim, em razão do que se observou em visitas aos Juizados Especiais Federais em Pernambuco, pode-se afirmar que eles se constituem no órgão jurisdicional que mais se aproxima do cidadão, do órgão o qual o cidadão realmente se sente parte no processo em que seu litígio será decidido.

4.5. O futuro dos Juizados Especiais Federais: perspectivas de avanço

⁴⁸⁷ A disponibilidade de leis e de jurisprudência no *Cyberspace* já é um elemento relevante no esforço para tornar a atividade do judiciário mais conhecida e, em certa medida, mais transparente.

Os órgãos responsáveis pela administração da justiça devem sempre promover reflexões e análises sobre as rotinas e a eficácia das rotinas de tramitação processual, visando ao constante aprimoramento, sob pena de o aparato judiciário restar, como afirma Renato Treves ao discutir as possibilidades de uma pesquisa sociológica para a ajudar a organização da justiça, incompetente para “satisfazer as demandas crescentes em uma sociedade em transformação.” (tradução nossa)⁴⁸⁸ Por essa razão é que, apesar dos grandes méritos dos JEF, constatou-se ser necessária a inclusão, nesta dissertação, de algumas observações que já se tem como relevantes para o aprimoramento deste mais novo órgão jurisdicional brasileiro.

A primeira observação é relativa aos meios materiais e aos recursos humanos necessários ao funcionamento dos JEF. A Lei nº 10.259/2001 não criou um único cargo de juiz ou de servidor. Os JEF, que foram instalados seis meses após a referida lei, foram formados por magistrados e servidores que ocupam cargos integrantes da lotação das Varas Comuns pré-existentes, lotação esta que se sabe já não era suficiente para atender às necessidades das Varas. Deve-se destacar o grande esforço administrativo da Justiça Federal de 1ª Instância que disponibilizou recursos materiais, e pôs à disposição dos JEF em tempo integral servidores e alguns magistrados.

É preciso observar que esse problema diminuiu consideravelmente com a Lei Ordinária nº 10.772 de 21 de novembro de 2003, a qual, ao criar 183 varas Federais no país, prevendo a instalação progressiva em razão de disponibilidade orçamentária, nos parágrafos segundo e terceiro do art. 1º determinou que as Varas localizadas nas capitais, em função da demanda, funcionarão como Juizados Especiais Federais e que as não localizadas pela lei em um determinado Município serão destinadas preferencialmente aos JEF, segundo os critérios populacionais e de demanda processual existente. A referida lei também criou cargos de magistrados e de servidores.⁴⁸⁹

Uma outra questão a ser enfrentada diz respeito ao sistema recursal adotado pelos JEF para se possibilitar a revisão da decisão final, ou seja, da sentença. No anteprojeto da

⁴⁸⁸ TREVES, Renato. *L'amministrazione della giustizia in italia: bilancio di una indagine*. Rivista di Diritto Processuale. Padova: CEDAM, anno III, gennaio-marzo, nº 1, 1972, p. 55.

⁴⁸⁹ Art. 1º *omissis*

§ 2º As Varas localizadas nas Capitais dos Estados e no Distrito Federal, nos termos do caput, funcionarão como Juizados Especiais Federais autônomos ou adjuntos, de acordo com a Lei nº 10.259, de 12 de julho de 2001, e a demanda processual, a critério de cada Tribunal Regional Federal, que inclusive poderá determinar a sua atuação de modo itinerante.

b§ 3º As Varas não localizadas serão destinadas preferencialmente aos Juizados Especiais Federais, segundo critérios populacionais e de demanda processual existente e projetada

Comissão formada por Ministros do Superior Tribunal de Justiça e no Projeto de Lei nº 3.999/2001, o art. 13 tinha a seguinte redação:

Art. 13 O Juiz não admitirá recurso contra sentença fundada em súmula do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça.
Parágrafo único. Nas causas de que trata esta Lei, não haverá reexame necessário.

Durante a tramitação no Congresso Nacional, o art. 13 foi alterado para se fazer constar no *caput* apenas a inexistência de reexame necessário, suprimindo-se a autorização para que o Juiz Federal em exercício nos JEF inadmita o recurso em confronto com súmula do STF ou STJ. Essa alteração foi lamentável, pois o único requisito para a interposição do recurso inominado para as Turmas Recursais será a sucumbência,⁴⁹⁰ como acontece com a apelação nas Varas comuns. Ora, apesar da condenação em honorários, a Fazenda Pública poderá se utilizar do recurso inominado com a intenção só de procrastinar o processo, pois, de acordo com os arts. 16 e 17 da Lei nº 10.259/2001, só será expedido o ofício para cumprimento da obrigação de fazer e de pagar após o trânsito em julgado.⁴⁹¹ Nesse aspecto, a Lei nº 9.099/05 é mais eficaz em relação aos Juizados Especiais, pois lá é possível, em tese, a execução provisória, pois o recurso inominado não terá efeito suspensivo.

Consoante o art. 43 da Lei nº 9.099/1995, o recurso terá somente efeito devolutivo, podendo o juiz atribuir-lhe efeito suspensivo para evitar dano irreparável para a parte. Tal característica foi rapidamente compreendida pela doutrina, admitindo-se desta forma a execução provisória, e corroborando-se a tese de que o modo de ser dos Juizados Especiais seria realmente revolucionário.⁴⁹² Marinoni, ao tecer comentários sobre os Juizados Especiais Cíveis, assim se pronuncia:

A celeridade é privilegiada, por exemplo, quando se estabelece que o recurso - que será julgado por uma turma composta por três juízes togados, em exercício no primeiro grau de jurisdição, reunidos na sede do juizado - será

⁴⁹⁰ Marinoni vai além e defende a dispensa do duplo juízo de fato e de direito sobre as causas decididas pelos juizados, defendendo que o duplo grau de jurisdição, no caso, deveria ser mitigado em função da própria oralidade, da concentração dos atos e do contato com a prova que o juiz teve. Cf.. MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil*. 4ª ed., São Paulo: Malheiros, 2000, p. 73.

⁴⁹¹ O primeiro efeito de todo e qualquer recurso é evitar o trânsito em julgado ou a preclusão.

⁴⁹² Como já anotado neste trabalho, a execução imediata da sentença como regra geral em nosso sistema processual, afigura-se como uma aspiração distante, sendo mais provável uma ampliação nos casos do art.520, do CPC, sem que, no entanto, se tenha a vontade política de admiti-la como regra como o fez corajosamente a Lei nº 9.099/1995.

recebido apenas excepcionalmente, para evitar dano irreparável, no efeito suspensivo.⁴⁹³

Cândido Dinamarco também defende posição semelhante:

O efeito suspensivo também é negado ao recurso interposto em causas do juizado especial cível. Nisso a lei especial afasta-se no sistema contido no art.520, do Código de Processo Civil, onde a suspensividade é a regra geral e a sua ausência a exceção. (...) É que, como o recurso admissível contra sentença é em princípio desprovido de eficácia suspensiva (art.43), na maioria dos casos estará presente o requisito específico para que a execução provisória tenha lugar - ou seja, a existência de sentença condenatória sujeita a recurso sem efeito suspensivo (CPC, art.587).⁴⁹⁴

Em face da celeridade que deve pautar a atuação dos JEF, é extremamente recomendável que sejam inadmitidos recursos meramente procrastinatórios, principalmente quando a matéria de que eles tratam esteja pacificada nos Tribunais Superiores. Em uma futura alteração legislativa, essa possibilidade de inadmissão deve ser restaurada, ampliando-se as possibilidades de inadmissão para hipótese de súmulas da Turma de Uniformização.

Em relação ao sistema recursal, faz necessária uma breve incursão sobre a uniformização de jurisprudência. Segundo o art. 14 da multireferida lei, caberá pedido de uniformização de interpretação de Lei Federal quando houver divergência entre decisões sobre questões de direito material proferidas por Turmas Recursais ainda que não sejam da mesma região.⁴⁹⁵ Se as Turmas forem da mesma região, estas reunidas julgaram o pedido sob a presidência do juiz coordenador; se as Turmas forem de regiões diferentes, o pedido será julgado por Turma de Uniformização, sob a presidência do Coordenador da Justiça Federal; se a decisão da Turma de Uniformização contrariar súmula ou jurisprudência dominante do STJ, a parte interessada poderá provocar a manifestação deste, que dirimirá a divergência. Tal previsão foi introduzida pela Comissão formada pelo Executivo para apreciar o anteprojeto Costa Leite.

O Fórum Permanente dos Coordenadores dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, quando da análise da proposta referente ao Projeto n. 3994/2000, refutou a idéia, utilizando,

⁴⁹³ MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil*. 4ª ed., São Paulo: Malheiros, 2000, p.73.

Marinoni vai além e defende a dispensa do duplo juízo de fato e de direito sobre as causas decididas pelos juizados, defendendo que o duplo grau de jurisdição, no caso, deveria ser mitigado em função da própria oralidade, da concentração dos atos, do contato com a prova que o juiz teve que envolvem o procedimento nos juizados.

⁴⁹⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Manual dos juizados cíveis*. São Paulo: Malheiros, 2001, p.171-213.

⁴⁹⁵ Vide o art.14 e parágrafo da Lei nº 10.259/2001.

dentre outros argumentos, o de que a medida fora vetada quando da sanção da Lei nº 9.099/95:

Da análise diversificada e na sequência das considerações apresentadas, apreciaram, em espécie, o projeto de lei nº. 3.994/00, realçando desde já que, a instituição **de um recurso de divergência no âmbito dos Juizados Especiais, nos moldes propostos, não guarda similitude com os princípios informadores destes órgãos jurisdicionais.**

Princípios estes, que destacaram, dentre outros, a celeridade, que o recurso de divergência para o Tribunal de Alçada ou de Justiça poderá arruinar, com a natural demora no seu julgamento por parte da instância superior, tão solicitada em termos de recursos.

Este terá sido o motivo pelo qual S. Exa. , o Presidente da República Fernando Henrique Cardoso, em 26 de setembro de 1995, por meio da mensagem nº. 1.005, vetou o art. 47, da Lei n. 9.099/95, que disciplinava o recurso de divergência.⁴⁹⁶(Grifo nosso)

Para justificar essa via especial, o Procurador-Chefe do INSS junto aos Tribunais Superiores, que fora membro de comissão interministerial formada pelo Executivo para analisar o anteprojeto "Costa Leite", defende que não se poderia permitir aos Juizados Especiais decidir diferentemente a mesma questão de direito federal.⁴⁹⁷ É preciso reconhecer a

⁴⁹⁶ FÓRUM PERMANENTE DE COORDENADORES DOS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS E CRIMINAIS DO BRASIL - COMISSÃO DE ASSUNTOS LEGISLATIVOS CÍVEIS E CRIMINAIS DOS JUIZADOS ESPECIAIS. 2ª Reunião Ordinária da Comissão Legislativa do Fórum. Brasília, 05 e 06 de março de 2001. Disponível em <Http://www.infojus.com.br.novidades/novidades_002html.> Acesso em [29 de setembro de 2001].

⁴⁹⁷ Segundo Bruno Mattos: "Desse modo, cada região teria uma jurisprudência própria, de acordo com a vontade de cada turma recursal!

Isso preocupou-me não apenas em razão do índice de vitórias do INSS no STJ ter sido, nos últimos tempos, próximo de 70% nas ações previdenciárias, mas sobretudo pela conseqüente criação – caso o anteprojeto fosse aprovado pelo Congresso na forma em que está - de vários "direitos federais" em cada região do país, uma vez que não haveria o STJ a unificá-los.

Sabemos que mesmo existindo a possibilidade de recurso especial, há juízes, até de tribunais, que insistem em julgar contra a orientação do STJ, em uma quixotesca atitude de confronto, sabendo que a decisão será ao final reformada. Caso inexistia a possibilidade de recurso especial, é evidente que a jurisprudência nacional do STJ não será respeitada, podendo cada Turma Recursal julgar como bem entender, podendo até mesmo julgar contra a lei (sim, podendo julgar contra a lei: direito é aquilo que o tribunal diz que é direito!).

Diante disso, restaria proclamar a inutilidade do STJ em matéria de benefícios previdenciários, assim como teríamos vários "direitos" em cada parte do país. Assim, por exemplo, os benefícios ficariam atrelados ao salário mínimo, em determinado Estado do país, enquanto que nos demais eles ficariam atrelados ao índice definido pela lei... Imagine a perplexidade de um aposentado, que recebeu o mesmo benefício que outro, mas que não ganhou a mesma ação, apenas porque reside e a ajuizou em outra região do país...

Levei essa preocupação à Comissão de Trabalho, e a um influente ministro do STJ, que concordou inteiramente com a necessidade de abrir, de algum modo, a via especial para o STJ.

A Comissão de Trabalho encontrou, como possível solução, a inclusão de uma medida para que o STJ se pronunciasse quanto a correta interpretação do preceito legal, de modo a vincular a interpretação dos juizados especiais a uma única interpretação, que teria caráter nacional, unificador do direito federal, como, aliás, é um princípio constitucional previsto no art. 105, III, "c".

Essa medida tem um duplo objetivo: além de unificar o direito federal, para que seja o mesmo em todas as regiões do país, contribui para a celeridade dos processos judiciais, na medida em que o STJ não ficará com milhares de processos idênticos a espera de julgamento." Cf. SILVA, Bruno Mattos. *Juizados Especiais*

relevância dessa argumentação em face do princípio da igualdade previsto como um dos principais no sistema constitucional brasileiro. Seria extremamente difícil explicar para qualquer cidadão brasileiro o porquê de um concidadão seu ter direito à revisão de um benefício previdenciário com a aplicação de um determinado índice de correção do salário-de-contribuição e outros cidadãos nas mesmas condições não terem direito à idêntica revisão, porque ajuizaram a ação em outra localidade. Esse problema se agrava, no âmbito da Justiça Federal, em que a experiência demonstra que boa parte das lides decididas são questões unicamente de direito ou predominantemente de direito.

Todavia, é preciso que se façam duas observações.

A **primeira** é reconhecer que para garantir a igualdade e a uniformização da jurisprudência sobre questões de direito material, no âmbito dos Juizados Especiais Federais, bastava como último recurso o pedido de uniformização perante a Turma Nacional de Uniformização. Não se deveria prever o pedido de manifestação do STJ, pois ele próprio tem jurisprudência sumulada (Enunciado nº 203) no sentido de não ser cabível recurso especial contra acórdão de Turma Recursal em face da redação do texto constitucional que grafou tribunal, bem como pelo fato de a competência do Superior Tribunal de Justiça ser de índole constitucional. A norma infraconstitucional não poderia dispor sobre a competência do STJ, pois o art. 105, inciso III, alínea “C” não alcança as decisões de primeira instância.⁴⁹⁸ Joel Dias Figueira Júnior também defende que esse pedido de manifestação para o STJ é inconstitucional, pois se configura em:

(...) criação sorrateira, através da Lei nº 10.259/2001, em seu art. 14, §§4º e 5º, de uma nova figura de *recurso especial* não previsto no art. 105, inc. III, da CF e, por conseguinte, insustentável, inadmissível, ou melhor dizendo, de cunho manifestamente inconstitucional. Destarte, a norma infraconstitucional jamais poderia ampliar o rol de matérias objeto da competência originária do Superior Tribunal de Justiça, fazendo-se mister, para tanto, a reforma da Lei Maior.⁴⁹⁹

A **segunda** observação consiste no receio de que a Fazenda Pública se utilize dos pedidos de uniformização e de manifestação para o STJ unicamente como meio de procrastinar o processo, o que, em parte, é evitado pelos §§ 6º e 9º do art. 14 da Lei nº 10.259/2001, que prevêm a figura do pedido de uniformização retido e a obrigatoriedade de

Federais: a necessidade de abertura da via especial para o STJ. Disponível em <<http://rantac.com.br/users/jurista/juhtm>> Acesso em [29/09/2001].

⁴⁹⁸ ALVIM, J.E. Carreira. *Juizados especiais federais*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 107.

⁴⁹⁹ FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias et al. *Juizados especiais federais cíveis e criminais: comentários à Lei nº 10.259, de 10.07.2001*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 270-271.

acolhimento do posicionamento do STJ pelas Turmas Recursais, julgando prejudicado o pedido ou exercendo o juízo de retratação.⁵⁰⁰

Da análise das Tabelas 5 e 6 abaixo, extrai-se que, apesar de a Turma de Uniformização já haver editado 13 enunciados de sua Súmula, o último datado de 05 de abril de 2004, ainda é grande o percentual de recursos interpostos. Se se considerar que parte das sentenças proferidas no final do ano de 2003 só desafiaram recurso em 2004, o percentual de recursos em relação ao número de julgados tende a crescer. Com a simples interposição do recurso inominado, o réu, no caso de Pernambuco o INSS em razão da limitação de competência prevista na Lei nº 10.259/2001 e que se encerra em junho deste ano, poderá retardar a prestação jurisdicional, pois o recurso deverá ser processado, entrar em pauta da Turma Recursal e ser julgado, o que demanda tempo. Uma vez que não há ainda mecanismos para obrigar a administração pública a seguir as questões pacificadas e sumuladas pela jurisprudência, resta evidente o desserviço prestado pelo Legislativo Federal ao retirar a possibilidade de o recurso inominado ser inadmitido na hipótese de a sentença estar fundada em enunciado de Súmula de jurisprudência. Essa disposição estava em plena harmonia com os princípios da celeridade, da tempestividade e da efetividade que devem marcar os Juizados Especiais Federais.

Ademais, se se pretende criar os Juizados Especiais Federais e assegurar a Fazenda Pública todas as possibilidades recursais - senão vejamos: recurso inominado, embargos de declaração, pedido de uniformização de interpretação de Lei Federal fundado em três hipóteses, recurso extraordinário - melhor seria ter-se afastado, apenas, a exigência de precatório e dotado as varas federais de mais condições materiais que o resultado seria visível. O legislador dos juizados especiais federais, maculando-os com esses dois defeitos, que não só impedem a execução imediata da sentença como retardam o trânsito em julgado e o cumprimento da sentença, parece esquecer advertência altamente pertinente de Marinoni ao afirmar:

É absurda a idéia de se pensar o juizado como um mero órgão destinado à aceleração da justiça. Estaríamos diante da transformação do juizado em vara cível peculiarizada pela adoção de um procedimento deformalizado e mais ágil. Ora não basta a

⁵⁰⁰ O procedimento adotado nos pedidos de uniformização dirigidos à Turma de Uniformização está disciplinado na Resolução nº 273 de 27 de agosto de 2003 do Conselho da Justiça Federal.

deformalização do procedimento se é esquecida a ideologia que inspirou a sua instituição.⁵⁰¹

Dessa forma, a exigência do trânsito em julgado e a criação desse confuso e de constitucionalidade duvidosa pedido de uniformização de interpretação de lei federal não só evitarão a execução imediata da sentença como podem, em certa medida, retardar, sem motivo de direito relevante, a prestação jurisdicional nos Juizados Especiais Federais.

TABELA 5 – PROCESSOS JULGADOS EM 1º GRAU NOS JEF

ÓRGÃO	JULGADOS EM 2002	JULGADOS EM 2003
1º JUIZADO	3.970	8.206
2º JUIZADO	3.973	8.638
TOTAL	7.943	16.844
TOTAL 2002 + 2003	24.787	

Fonte: BRASIL. Poder Judiciário. Justiça Federal de 1ª Instância. Seção Judiciária de Pernambuco. *Relatório de atividades do exercício de 2003*. Recife, 2003, p. 8.

TABELA 6 – JULGADOS X RECURSOS EM 2002 E 2003

ÓRGÃO	JULGADOS 1º GRAU	RECURSOS INTERPOSTOS TURMA RECURSAL	RECURSOS % EM RELAÇÃO AOS JULGADOS
JEF – PE	24.787	15.355	61,94%

Um dado que não pode ser desconsiderado é o relativo ao número de acordos celebrados nos JEF. Durante os meses de janeiro a maio de 2004, nos Juizados Especiais Federais em Pernambuco, foram prolatadas 13.508 sentenças e realizados, apenas, 139 acordos. Tal fato indica que a sistemática da conciliação deve ser aperfeiçoada, sendo imprescindível para tanto a colaboração dos representantes da Fazenda Pública.⁵⁰²

Um último aspecto a ser observado para concretização da máxima efetividade da prestação jurisdicional nos JEF é relativo aos mecanismos postos à disposição do Judiciário

⁵⁰¹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil*. 4ª ed., São Paulo: Malheiros, 2000, p.74. Analisando problemas semelhantes como os nossos, excesso de formalidades nos tribunais de pequenas causas, Mauro Cappelletti afirma: “muitos dos tribunais de pequenas causas tornarem-se quase tão complexos, dispendiosos e lentos quanto os juízos singulares.” Cf. CAPPELLETTI, Mauro. *Acesso à justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1988, p.96.

⁵⁰² Dados extraídos do Livro de Estatística da 14ª e 15ª Varas Federais.

para efetivação das obrigações de fazer e não fazer. O Jornal do Comércio do Recife, em matéria datada de 13 de maio de 2004, noticia o descumprimento pelo INSS da revisão da Renda Mensal Inicial (RMI) de benefícios de aposentadoria e pensões em 1.200 processo do 1º Juizado e em 1.350 do 2º juizado.⁵⁰³ Nesses mesmos processos, as requisições de pequeno valor já foram pagas, segundo informa a Juíza Federal Joana Carolina Lins Pereira, porque os recursos são repassados diretamente ao Poder Judiciário que os libera de acordo com as requisições, havendo sido liberados 83 milhões de reais em 2003, sendo previstos para esse ano 160 milhões em atrasados só em Pernambuco.⁵⁰⁴

Em razão dos problemas já mencionados no terceiro capítulo, além do arsenal normativo contido no art. 461, com a possibilidade de aplicação da multa ao agente administrativo responsável pelo descumprimento da ordem judicial, seria relevante a possibilidade de ser autorizado expressamente ao Juiz, e a autorização deve ser expressa, senão o próprio Poder Judiciário, na cúpula, não vai admitir, substituir, depois de esgotadas todas as possibilidades, o agente público responsável pelo descumprimento por outro servidor para que a ordem judicial seja cumprida.

Seria extremamente interessante, outrossim, que o tipo penal constante no art. 25 do anteprojeto Costa Leite, e que fora mantido pela Comissão criada pelo Executivo para apreciar o referido anteprojeto, tivesse se transformado em Lei. Para melhor compreensão, faz necessária transcrição integral:

Art. 25. Constitui crime contra a administração da justiça e ato de improbidade administrativa, nos termos do art. 37, §4º da Constituição Federal e da Lei nº 8.429 de 2 de junho de 1992, o servidor público retardar ou deixar de atender, injustificadamente, a ordem judicial. A pena será de u a quatro anos e multa, sem prejuízos das sanções pela improbidade.
Parágrafo único Incorre nas mesmas penas o ordenador de despesas da administração pública que não efetuar, no prazo estabelecido nesta Lei, o pagamento requisitado.

Bruno Mattos e Silva informa que o Executivo fez algumas alterações no texto, antes de enviar o projeto de lei ao Congresso e que retirou essa tipificação penal.⁵⁰⁵ Esse tipo a inibiria a ocorrência de vários casos em que o agente administrativo, muitas vezes ocupante de cargo em comissão por escolha política, simplesmente descumpra a ordem judicial fundada

⁵⁰³ INSS atrasa a correção de pensões. Jornal do Commercio. Caderno de Economia, Recife, 13 de maio de 2004, p.3.

⁵⁰⁴ INSS atrasa a correção de pensões. Jornal do Commercio. Caderno de Economia, Recife, 13 de maio de 200, p.3.

em sentença transitada em julgado. O tipo penal também evitaria todos os inconvenientes existentes para a incidência do tipo de desobediência e de prevaricação em razão do dolo específico exigido para este último e da timidez da pena que vai de três meses a um ano.

A busca pela efetividade, portanto, deve ser constante para que cada vez mais os JEF estejam aptos a cumprir a sua missão de aproximar o Poder Judiciário Federal do cidadão, promovendo uma grande acessibilidade, mas também garantindo que esse acesso seja material, com a existência de instrumentos que tornem o processo efetivo para a pacificação social e concretização da cidadania.

⁵⁰⁵ SILVA, Bruno Mattos e. *Juizados especiais federais*. Curitiba: Juruá, 2002, p. 176.

CONCLUSÕES

Neste tópico destinado às conclusões, pretende-se ratificar as propostas de investigação desta dissertação, presentes em cada capítulo

No primeiro capítulo, restou demonstrado que a cidadania se constitui em dos dos principais fundamentos do Estado Democrático de Direito contemporâneo, devendo o Estado ser o meio para concretização dos direitos que compõem o conteúdo da cidadania.⁵⁰⁶

Esse conteúdo, que, durante anos, no Brasil, se reduziu às regras de atribuição de nacionalidade como requisito para gozo dos direitos políticos, foi objeto de ampliação intimamente ligada às diversas dimensões dos direitos. Contudo, constatou-se de pouco adiantar o reconhecimento em nível constitucional da cidadania, se os cidadãos não dispõem de instrumentos que garantam um mínimo de eficácia.

Diante da necessidade de assegurar a cidadania à pessoa humana, os Estados democráticos, após, principalmente, a Segunda Guerra Mundial, verificaram ser necessária a existência de um verdadeiro poder que pudesse se contrapor aos próprios poderes Legislativo e Executivo do Estado e a outros poderes sociais privados.⁵⁰⁷

Esse poder teria que ser dotado de independência e imparcialidade, e deveria poder revisar os atos legislativos e administrativos que violassem as garantias constitucionais do cidadão, desde os direitos fundamentais, expressos em catálogos, ao princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, os quais expressam conquistas históricas da humanidade. Como bem destaca Paul Kirchhof:

Certamente, a atribuição de poder político e econômico requer uma decisão do legislador. Porém os direitos invioláveis e inalienáveis do homem como fundamento de toda comunidade humana (art. 1.2 Lei Fundamental) encerram uma pretensão de universalidade e querem ser pressuposto vinculante para todas as constituições da terra. Este *a priori* veda, por exemplo, ao constituinte atribuir a dignidade humana ao cidadão nacional e negá-la ao estrangeiro, substituir a igualdade entre homens e mulheres por uma relação de servidão, ou, em caso de guerra, as exigências humanitárias pela ordem de completa de destruição do inimigo. Nenhuma constituição pode deixar de reconhecer as necessidades do homem a alimento, vestido, habitação, matrimônio e família; deixar de acompanhar seu desenvolvimento na sucessão de nascimento, crescimento, idade adulta, envelhecimento e morte, e deixar de confirmar tais diferenças na capacidade jurídica, capacidade de trabalhar, titularidade dos direitos políticos e capacidade

⁵⁰⁶ DAHL, Robert A. *Sobre a democracia*. Trad. Beatriz Sidou. Brasília: Universidade de Brasília, 2001, p. 58.

⁵⁰⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2001, p. 109.

profissional, na procura dos direitos da personalidade, na assistência social e na sucessão jurídica.⁵⁰⁸ (tradução nossa)

A proteção dessas garantias cidadãos encontra guarida, na atualidade, outrossim, em instrumentos internacionais de proteção de que são exemplo a Convenção Européia e a Convenção Interamericana de Direitos Humanos, as quais criaram verdadeiras cortes regionais para apreciar a violação aos direitos protegidos.⁵⁰⁹

Restou destacado, assim, o papel do Poder Judiciário na sociedade contemporânea, enfrentando-se inclusive a sua missão frente aos direitos sociais prestacionais, concluindo-se, ao final, ser o processo o instrumento de que dispõe o Poder Judiciário para cumprir a sua função.

No segundo capítulo, foram analisadas as conexões entre o acesso à justiça, tema básico para qualquer pesquisa processual, e a efetivação da cidadania. Demonstrou-se que o direito a um acesso efetivo à justiça se constitui em si mesmo um direito substancial fundamental, razão por que garantido em todas as constituições modernas e assegurado nos tratados internacionais de direitos humanos. Provou-se que sem acesso à justiça, ou seja, sem o processo informado pelas garantias constitucionais, é impossível assegurar os direitos fundamentais e os demais direitos subjetivos dos cidadãos. Destacou-se a necessidade de efetividade e de tempestividade da tutela jurisdicional, o que justifica a dedicação de parte do capítulo à temática do tempo, pois é nele que se desenvolvem as ações humanas.

Sem um processo dimensionado e aplicado na prática, considerando o fator temporal, não poderá existir um justo no processo no Brasil.

Verificou-se, outrossim, que o processo em face dos Entes Públicos apresenta maiores dificuldades em relação aos processos entre particulares no que se refere à influência das modernas garantias processuais, à duração e à efetividade.

No terceiro capítulo, apesar da constatação de que fora confiada ao Poder Judiciário importantes atribuições, foi examinado o atual modo de ser do processo em face da Fazenda Pública, demonstrando-se o seu atual déficit de efetividade na tutela dos direitos do cidadão, bem como que o maior problema se encontra no processo de execução. A efetividade do processo de execução em face dos Entes Públicos pode ser considerada a principal medida da efetividade do próprio processo e da missão do Poder Judiciário de concretizar a cidadania.

⁵⁰⁸ KIRCHHOF, Paul. *Tareas del bundesverfassungsgericht en una época de cambios*. Trad. A. López Pina. Revista Española de Derecho Constitucional. Madrid: a. 17, n. 49, enero-abril, 1997, p. 11.

⁵⁰⁹ VITTA, Edoardo. *Processo civile e diritti dell'uomo*. Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile. Milano: Giuffrè, giugno, annoXXXI, n° 2, 1977, p. 571.

Em seguida, constatou-se que todos os Poderes da República têm responsabilidade pelo estado em que se encontra o processo em face da Fazenda Pública. O capítulo foi encerrado com a indicação de que os Juizados Especiais Federais podem significar um novo processo em face dos Entes Públicos, processo este que pode estar mais apto a cumprir a sua função constitucional.

No quarto capítulo, foi analisado o novo processo e o novo órgão jurisdicional consubstanciados nos Juizados Especiais Federais. Demonstrou-se que o Juiz, nesse âmbito, tem à sua disposição meios efetivos para assegurar o cumprimento pela Fazenda Pública das sentenças judiciais transitadas em julgado.

Neste capítulo, restou claro que é preciso revisitar o processo em face da Fazenda Pública, ainda em vigor no sistema do CPC, aplicado nas Varas Federais Comuns e em toda Justiça Estadual, podendo-se eliminar uma série de privilégios da Fazenda Pública, mas, acima de tudo, dotando-se de forma clara o processo de meios de efetivação das decisões judiciais. Caso contrário, o processo não cumprirá a sua função e poderá ser ele mesmo legitimador do respeito à cidadania e causa do desprestígio não só do Poder Judiciário, mas do próprio Estado que se denomina Democrático de Direito.

O quarto capítulo, com a temática dos Juizados Especiais Federais, se constitui na resposta que esta dissertação procurou, em parte, apresentar aos graves problemas tratados no capítulo terceiro. De logo, afirma-se que a Lei nº 9.099/1995 deve ser alterada para permitir a presença como parte ré da Fazenda Estadual e Municipal.

A idéia de serem extintos privilégios é medida legitimadora frente aos cidadãos do processo judicial e contribuirá para diminuir o tempo de duração dos processos. Com o fim da remessa necessária, a proposta de se atribuir eficácia imediata à sentença, como regra geral, deverá ser concretizada, tornando-se exceção a aplicação do efeito suspensivo.⁵¹⁰ Não se pode admitir que as conquistas contemporâneas do processo civil, em termos nacionais e internacionais, como no caso da tutela de urgência, não sejam aplicadas no processo civil em face dos Entes Públicos.

O dever de o juiz proferir sentença líquida, para tanto devendo ser auxiliado por um setor eficiente de contabilidade, é um ideal que deve ser perseguido e aplicado ao máximo em todos procedimentos e não só no sumaríssimo dos Juizados Especiais.

⁵¹⁰ Pesquisa altamente interessante, no âmbito da Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, verificou que, entre os anos de 1990 e 2000, o percentual máximo de agravos providos foi de 28,40% e o percentual médio dos dez anos foi de 23,23%, o que se constitui em forte indicativo de os atos do juiz de 1ª instância serem em sua maioria mantidos pelo 2º grau. Cf. GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Breve análise estatística de alguns*

A extinção da autonomia do processo de execução de obrigação de pagar fundado em título judicial, tendência observada nas últimas reformas e solução adotada nos Juizados Especiais Federais, é uma etapa das reformas do CPC que se aproxima, pois na hipótese da obrigação de fazer não se retirou a autonomia, mas o próprio processo de execução foi eliminado.

Somando-se sentenças líquidas a uma fase de efetivação da sentença, que permita a defesa do réu, mas sem as procrastinações que o processo incidente de embargos do devedor torna possível, sem dúvida, que o tempo necessário à efetivação dos julgados será sensivelmente reduzido. Tal redução já é observada na prática nas ações de segurança, nas possessórias, por exemplo, e no pagamento de valores em atraso nos JEF.

A eliminação da sistemática dos precatórios, presente nos JEF, para obrigações de pequeno valor já é uma realidade nas Varas Comuns, mas deve ser acompanhada por uma solução em nível de uma interpretação judicial a impedir que parcela dos valores devidos aos cidadãos restam suprimidos e não pagos como acontece na atualidade em razão do sentido atribuído pelo STF ao parágrafo quarto do art. 100 da Constituição da República e da aplicação desse entendimento sem adaptações e ponderações por parte dos tribunais de 2º grau e de juízes de 1ª Instância.

É um problema sério a ser enfrentado imediatamente. A nossa sistemática de precatórios não resiste a um teste de constitucionalidade frente ao princípio do acesso à justiça (art, 5º, inciso XXXV). O problema se agrava, pois, historicamente, o cidadão, em maior ou em menor medida, sempre foi lesado nas execuções em face da Fazenda Pública.

A adoção de elementos telemáticos deve ser paulatinamente estendida ao todos os órgãos jurisdicionais, pois se constitui em uma ferramenta necessária na atualidade para que a administração da justiça não perca a conexão com vida que passa fora do processo, mas à qual o processo existe para servir.

Por fim, registre-se a necessidade de colaboração entre o Executivo, o Legislativo e o Judiciário, os quais, na condição de poderes constituídos da República, devem se comprometer com ações voltadas a garantir a cidadania e a dignidade da pessoa humana, as quais se consubstanciam no fundamento último dos Estados democráticos, ou, como bem

aponta Eduardo Rabenhorst, no fundamento último da democracia, que não é um mero sistema político, mas o único compatível com a concepção de Estado de Direito.⁵¹¹

⁵¹¹ RABENHORST, Eduardo Ramalho. *Dignidade humana e moralidade democrática*. Brasília: Brasília Jurídica, 2001, p. 47-48.

REFERÊNCIAS

ABATE, Mario. *Codice di Procedura Civile e leggi complementari*. 3ª ed. Padova: CEDAM, 1996.

ADEODATO, João Maurício. *Filosofia do Direito: uma crítica à verdade na ética e na ciência (através de um exame da ontologia de Nicolai Hartmann)*. São Paulo: Saraiva, 1996.

AGOSTINHO. *Confissões*. Trad. J. Oliveira Santos e Ambrósio de Pina. São Paulo: Abril Cultural, 1973.

AGUIAR, Ruy Rosado. *O sistema recursal nos juizados especiais federais*. In: Anais do seminário Juizados especiais federais: inovações e aspectos polêmicos. AJUFE e Conselho da Justiça Federal, Brasília, 2002, p. 181-193.

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

ÁLVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto de. *Jurisdição e administração*. **Revista de Informação Legislativa**. a: 30, nº 119, jul/set, 1993, p. 217-233.

ALVES, Francisco Glauber Pessoa. *O princípio jurídico da igualdade e o processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro Forense, 2003.

ALVIM, J. E. Carreira. *Ação monitória e temas polêmicos da reforma processual*. 3ª ed. Belo Horizonte, Del Rey, 1999.

_____. *Juizados especiais federais*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

AMARAL, Diogo Freitas do. *Direito administrativo*. Lisboa: s/ed, Vol. IV, 1988.

ANDRADE E SILVA, Danielle Souza de. *A Feição Intervencionista e os Descaminhos do Neoliberalismo*. **Revista do TRT da 6ª Região**. Recife: TRT 6ª Região, 2001, p.36-47.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Cidadania: do direito aos direitos humanos*. São Paulo: Acadêmica, 1993.

ANTUNES, Tiago Aguiar. *Aspectos comparativos entre as organizações sociais e as organizações sociais da sociedade civil de interesse público*. **Estudantes-Caderno Acadêmico**. a:4, nº 6, Recife, Bagaço, 2000, p. 167-181.

ARAÚJO, Fernando. *Aspectos da história do direito no Brasil: opressão e bacharelismo: a gênese do positivismo no Brasil*. Recife: Editora Nossa Livraria, 2003.

ATALIBA, Geraldo. *Execução contra pessoas administrativas*. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília: Senado Federal, julho/setembro ano30, nº 119, 1993, p. 5-24.

BACHOFF, Otto. *Estado de direito e poder político*. Trad. J. M. Cardoso da Costa. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Vol LVI, 1980, p. 9-24.

BAGOLINI, Luigi. *Tempo obiettivato, tempo coscienziale e durata nell'esperienza giuridica*. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**. Milano: Giuffrè, settembre, annoXXXV, nº 3, 1981, p.765-799.

BATISTA, Francisco de Paula. *Compêndio de teoria e prática do processo civil*. Campinas: Russell Editores, 2002.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *O ambiente sistêmico da função judicial e o espaço político da magistratura*. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, a:25, nº 98, abril-junho, 2000, p. 43-60.

_____. *Processo e constituição: o devido processo legal*. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol.XVI, nº 68, 1983, p. 55-79.

_____. *Teoria geral da cidadania: a plenitude da cidadania e as garantias constitucionais e processuais*. São Paulo: Saraiva, 1995.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Enrique Vescovi: homenagem póstuma*. **Revista de Processo**. a:28, nº112, outubro-dezembro, 2003, p. 337-338.

_____. *Notas sobre alguns aspectos do processo (civil e penal) nos países anglo-saxônicos*. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, outubro/dezembro ano 23, nº 92, 1998, p. 87-104.

_____, José Carlos. *O futuro da justiça: alguns mitos*. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, a: 26, nº 102, abril-junho, 2001, p. 228-238.

BARBOSA, Ruy. *Oração aos moços*. 16ª ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 1999.

BARRETO, Tobias. *Sobre uma nova intuição do direito*. In: **Estudos de Direito**. Campinas: Bookseller, 2000, p. 74-114.

_____. *Prova escrita*. **Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife**. Recife, 1948, p. 133-138.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *O código modelo na américa latina e na europa – relatório brasileiro*. **Revista de Processo**. a:29, nº 113, jan-fev, 2004, p. 147-189.

BEVILÁQUA, Clóvis. *História da faculdade de direito do recife*. 2ª ed. Brasília: Conselho Federal de Cultura, 1977.

BIAVATI, Paolo. *I procedimenti civili semplificati e accelerati: il quadro europeo e i riflessi italiani*. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**. Milano: Giuffrè, anno LVI, nº 3, Settembre, 2002, p. 751-775.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BRASIL. Poder Judiciário. Justiça Federal de 1ª Instância. Seção Judiciária de Pernambuco. *Relatório de atividades do exercício de 2003*. Recife, 2003.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Resolução nº 287 de 14 de abril de 2004. Disponível em <<http://www.stf.gov.br/NORMASBIB/RESOLUCAO287.PDF>>. Acesso em [24/05/2004].

BUENO, Cassio Scarpinella. *O poder público em juízo*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

CALAMANDREI, Piero. *Il processo come giuoco*. **Rivista di Diritto Processuale**. Padova: Cedam, gennaio-marzo, anno V, nº 1, 1950, p. 23-51.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Tutela jurisdicional de urgência nos juizados especiais federais*. **Revista Dialética de Direito Processual**. nº 2. São Paulo: Dialética, 2003, p. 7-14.

CAPONI, Remo. *Le riforme della giustizia civile italiana degli anni novanta sullo sfondo della giustizia civile tedesca*. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**. Milano: Giuffrè, anno LII, 1998, p. 563-605.

CAPPELLETTI, Mauro. *Acesso à justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1988.

_____. *Acesso alla giustizia come programma di riforma e come metodo di pensiero*. **Rivista di Diritto Processuale**. Padova: Cedam, anno XXVII, 1982, p. 233-245.

_____. *Appunti per una fenomenologia della giustizia nel XX secolo*. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**. Milano: Giuffrè, annoXXXII, n° 4, 1978, p. 1381-1433.

_____. *Dictamen iconoclastico sobre la reforma del proceso civil italiano*. In *Proceso, Ideologías, Sociedad*. Trad. Santiago Sentis Melendo y Tomás A. Banzhaf. Buenos Aires:Ediciones Juridicas Europa America, 1974, p. 273-284.

_____. *O constitucionalismo moderno e papel do poder judiciário na sociedade contemporânea*. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, outubro-dezembro, ano 15, n° 60, 1990, p. 110-117.

_____. *Processo e ideologie*. Bologna: Il Mulino, 1969.

_____. *Renegar de Montesquieu? La expansion y la legitimidad de la justicia constitucional*. Trad. Paulo de Luis Durán. **Revista Española de Derecho Constitucional**. Año 6, n° 17, mayo-agosto, 1986, p. 9-45.

CARDOSO, Sérgio Eduardo. *Os meios eletrônicos nos juizados especiais*. In: **Anais do seminário Juizados especiais federais: inovações e aspectos polêmicos**. AJUFE e Conselho da Justiça Federal, Brasília, 2002, p. 219-238.

CARNELLI, Lorenzo. *Tiempo y Derecho*. Buenos Aires: Libreria Juridica, 1952.

CARPI, Federico. *È sempre tempo di riforma urgenti del processo civile*. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**. Milano: Giuffrè, annoXLIII, 1989, 471-491.

_____. *La tutela d'urgenza fra cautela, sentenza anticipata e giudizio di merito*. **Rivista di Diritto Processuale**. Padova: Cedam, ottobre-dicembre, anno XL, n° 4, 1985, p. 680-724.

_____. *Vittorio Denti e le riforme processuali dello statuto sociale*. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**. Anno LVI, nº 3, Settembre, 2002, p. 727-750.

CASSAGNE, Juna Carlos. *La intervencion administrativa*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.

CAVALCANTI, Francisco. *Agências reguladoras no direito administrativo brasileiro*. (tese de titularidade) Recife, 1999.

_____. *Breves considerações sobre as execuções contra a fazenda pública*. **Anuário dos Cursos de Pós-Graduação em Direito da UFPE**. Recife: Editora Universitária, nº 9, ano , p. 35-69.

_____. *Reflexões sobre o papel do estado frente à atividade econômica*. **Caderno de Direito - 3**. Recife: APPE, junho, 1997.

CENICCOLA, Aldo. *Il processo civile telematico (d.p.r. 13 febbraio 2001 n.123)*. Disponível em http://www.giuffre.it/servlet/page?_pageid=54&_dad=portal130&_schema=Portal3. Acesso em 28/10/2003.

CHACON, Vamireh. *Max Weber: a crise da ciência e da política*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1988.

CHASE, Oscar G. *Il problema della durata del processo civile in Italia e negli Stati Uniti*. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**, Milano: Giuffrè, settembre, annoXLII, nº 3, 1988 p. 913-968.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Vol. I. São Paulo: Saraiva, 1965.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Vol I. Trad. Paulo Capitanio. Campinas: Bookseller, 2002.

CINTRA, Antônio C. de Araújo, Ginover Ada Pellegrini e DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 12ª ed., São Paulo: Malheiros, 1996.

CLARICH, Marcello. *Il processo amministrativo a <rito ordinario>*. **Rivista di Diritto Processuale**. Padova: CEDAM, anno LVII, nº 4, ottobre-dicembre, 2002, p. 1058-1082.

COMOGLIO, Luigi Paolo. *Garanzie minime del giusto processo negli ordinamenti ispano-latinoamericani*. **Revista de Processo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, a:28, nº 112, outubro-dezembro, 2003, 159-176.

_____. *Giurisdizione e processo nel quadro delle garanzie costituzionali*. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**, Milano: Giuffrè, annoXLVIII, nº 4, 1994, p. 1063-1111.

_____. *Il <giusto processo> civile nella dimensione comparatistica*. **Rivista di Diritto Processuale**. Padova: CEDAM, anno LVII, nº 3, Luglio- settembre, 2002, p. 702-758.

COMOGLIO, Luigi Paolo, FERRI, Conrado e TARUFFO, Michele. *Lezioni sul processo civile*. Bologna: Mulino, 1995.

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. *Execução contra a fazenda pública – razões políticas para o descumprimento das ordens judiciais.*, Centro de Estudos Judiciários, Secretaria de Pesquisa e Documentação – Brasília: CJF, 2002.

COSTA, José Ricardo Caetano. *Previdência e Neoliberalismo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

COSTA, Regina Helena. *As prerrogativas e o interesse da Justiça*. **In**: SUNDFELD, Carlos Ari; BUENO, Cassio Scarpinella (org). *Direito processual público: a fazenda pública em juízo*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 79-88.

COULANGES, Fustel de. *A cidade antiga*. Trad. Pietro Nasseti. São Paulo: Martin Claret, 2002.

COUTURE, Eduardo J. *Introdução ao estudo do processo civil*. Trad. Mozart Victor Russomano. 3ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1998.

CRUZ e TUCCI, José Rogério e AZEVEDO, Luiz Carlos de. *Lições de história do processo civil romano*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

CUNHA, Leonardo Carneiro. *A fazenda pública em juízo*. São Paulo: Dialética, 2003

DAHL, Robert A. *Sobre a democracia*. Trad. Beatriz Sidou. Brasília: Universidade de Brasília, 2001.

DANOVI, Remo. *I tempi della giustizia e i costi umani*. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**. Milano: Giuffrè, marzo, annoL, nº 1, 1996, p. 287-294.

DANTAS, Francisco Cavalcanti Ivo. *Princípios Constitucionais e Interpretação Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1994.

DANTAS, Francisco Wildo Lacerda. *Execuções contra a Fazenda Pública*. Brasília: Brasília Jurídica, 1999.

DEMO, Pedro. *Cidadania tutelada e cidadania assistida*. Campinas: Autores Associados, 1995.

DENTI, Vittorio. *Acesso alla giustizia e welfare State (a proposito del Florence Access-to-Justice Project)*. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**. Milano: Giuffrè, giugno, annoXXXVI, nº 2, 1982, p. 618-625.

_____. *Crisi della giustizia e crisi della società*. **Rivista di Diritto Processuale**. Padova: Cedam, ottobre-dicembre, anno XXXVII, nº 4, 1983, p. 585-597.

DIAS, Maurício Leal. *O neoliberalismo é intervencionista?*. Disponível em <[Http://www.infojus.com.br/area3/mauricio leas.htm](http://www.infojus.com.br/area3/mauricio_leas.htm)> Acesso em 14 de fevereiro de 2002.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A execução na reforma do Código de processo civil*. **Revista da Esmape**. Recife: Bagaço, jan-mar, vol.2, nº 3, 1997.

_____. *A Instrumentalidade do Processo*. São Paulo: Malheiros, 1996.

_____. *A Reforma do Código de Processo Civil*, 2ª ed., São Paulo: Malheiros, 1995.

_____. *Execução Civil*, 3ª edição, São Paulo: Malheiros, 1993.

_____. *Manual dos juizados cíveis*. São Paulo: Malheiros, 2001.

DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*. Trad. Marta Guastavino. Barcelona: Planeta Agostini, 1993.

FAZZALARI, Elio. *Instituzioni di diritto processuale*. Padova: CEDAM, 1996.

ECO, Umberto. *Interpretação e superinterpretação*. Trad. MF. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

_____. *Os limites da interpretação*. Trad. Pérola de Carvalho. São Paulo: Perspectiva, 2000.

ELIAS, Norbert. *Sobre o tempo*. Trad. Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998.

FAZZALARI, Elio. *Instituzioni di diritto processuale*. Padova: CEDAM, 1996.

FEITOSA, Raymundo Juliano. *A constituição financeira como questão crucial do direito constitucional*. **Anuário dos Cursos de Pós-Graduação em Direito da UFPE**. Recife: Universitária, nº10, 2001, p. 243-260.

Ferreira, Ricardo. Diário de Pernambuco de 01/11/2003 – 1º Caderno – Página A3.

FIX ZAMUDIO, Héctor; CARPIZO, Jorge. *La necesidad e la legitimidad de la revisión judicial en américa latina. Desarrollo reciente*. Boletín Mexicano de Derecho Comparado. a:XVIII, nº 52, Enero-abril, 1985, p. 31-64.

FÓRUM PERMANENTE DE COORDENADORES DOS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS E CRIMINAIS DO BRASIL - COMISSÃO DE ASSUNTOS LEGISLATIVOS CÍVEIS E CRIMINAIS DOS JUIZADOS ESPECIAIS. 2ª Reunião Ordinária da Comissão Legislativa do Fórum. Brasília, 05 e 06 de março de 2001. Disponível em <http://www.infojus.com.br/novidades/novidades_002html>. Acesso em [29 de setembro de 2001].

FREITAS, Décio. *Os libertos. In A cidadania no brasil: o índio e o escravo negro*. Brasília: Senado Federal, Centro de Estudos Estratégicos, Ministério da Ciência e Tecnologia, 2002.

FURTADO, Celso. *Formação econômica do brasil*. 30ª ed. São Paulo: Companhia Editora Nacional 2001, p. 8.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Breve análise estatística de alguns pontos da 1ª fase das reformas processuais civis no âmbito da justiça estadual paulista*. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais. a: 29, nº 114, março-abril, 2004, p. 173-186.

GALINDO, George Rodrigo Bandeira. *Tratados Internacionais de Direitos Humanos e Constituição Brasileira*. Belo Horizonte: Del Rey.

GARGARELLA, Roberto. *La dificultad de defender el control judicial de las leyes*. Disponível em: <http://cervantesvirtual.com/portal/DOXA/isonomia06/isonomia06_03.pdf>. Acesso em: [13 de novembro de 2003].

GIANESINI, Rita. *A fazenda pública e o reexame necessário*. In NERY JÚNIOR, Nelson e WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. (org) **In: Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outras formas de impugnação às decisões judiciais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 917-935.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo constitucional e direitos fundamentais*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2001.

_____, Willis Santiago. *Princípios da isonomia e da proporcionalidade e privilégios processuais da fazenda pública*. **Revista de Processo**. São Paulo: a: 30, nº 82, abril-junho, 1996, 70-91.

GUINCHARD, Serge *et al.* *Droit processuel: droit coumun du procès*. Paris: Dalloz, 2001.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na constituição de 1988*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

GRECO FILHO, Vicente. *Da execução contra a Fazenda Pública*. São Paulo: Saraiva, 1986.

HABERMAS, Jurgen. *La unión europea necesita un marco constitucional?* Trad. Bernardo Bolañas. **Boletín Mexicano de derecho comparado**. a: xxxv, nº 105, septiembre-dicembre de 2002, p. 947-978.

HAWKING, Stephen William. *Uma breve história do tempo: do Big Bang aos buracos negros*. Trad. Maria helena Torres. Rio de janeiro: Rocco, 1988.

HEIDEGGER, Martin. *O Ser e o tempo*. Parte I. Trad. Márcia de Sá Cavalcante. Petrópolis: Vozes, 1997.

HOBSBAWM, Eric. *Era dos extremos - o breve século XX (1914-1991)*. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

INSS atrasa a correção de pensões. Jornal do Commercio. Caderno de Economia, Recife, 13 de maio de 2004, p.3.

JAUERNIG, Othmar. *Direito processual civil*. Trad. F. Silveira Ramos. Coimbra: Almedina, 2002.

JOSSERAND, Louis. *A evolução da responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: **Arquivos do Ministério da Justiça e Negócios Interiores**, 1946.

KANT, Immanuel. *Crítica da razão pura*. Trad. Alex Martins. São Paulo: Martin Claret, 2001.

KELSEN, Hans. *Quien debe ser el defensor de la constitución?* Trad. Roberto J. Brie. 2. ed. Madrid: Tecnos, 1999.

KIRCHHOF, Paul. *Tareas del bundesverfassungsgericht en una época de cambios*. Trad. A. López Pina. **Revista Española de Derecho Constitucional**. Madrid: a. 17, n. 49, enero-abril, 1997, p. 9-33.

KRELL, Andreas J.. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional comparado*. Porto Alegre: Sergio Fabris, 2002.

LAGRASTA NETO, Caetano. *Juizado especial de pequenas causas no direito comparado*. São Paulo: Oliveira Mendes, 1998.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Processo de Execução*. 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 1963.

LIMA, Francisco Gérson Marques de. *O supremo tribunal federal na crise institucional brasileira (Estudo de casos – abordagem interdisciplinar)*. Fortaleza: ABC Fortaleza, 2001.

LOUREIRO, Antônio Fernandes Trigo de. *Manual de Apelações e Aggravos ou dedução sistemática dos princípios mais sólidos e necessários relativos a sua matéria fundamentada nas leis do Império do Brasil*. Rio de Janeiro: Laemmert, 1872.

LOSANO, Mário. *O germanismo de Tobias Barreto*. In BARRETO, Luiz Antônio. **Tobias Barreto Obras Completas Edição Comemorativa. Estudos Alemães**. Aracaju, 1991, p. 277-284.

LUNA, Everardo da Cunha. *Atualidade do pensamento jurídico de Affonso Campos* in CAMPOS, Aluizio Affonso. (Coord.). **Affonso Campos: um contemporâneo do futuro**. Brasília: Centro Gráfico do Senado Federal, 1990, p. 93-114.

MACIEL, Gabriela Tavares Miranda et al. *Navegando na internet: “sem lenço nem documento”*. Estudantes-Caderno-Acadêmico. a: 4, nº 7. Recife: Bagaço, 2000, p.73-83.

MARINONI, Luiz Guilherme. *A Antecipação da Tutela*. 5ª ed., São Paulo: Malheiros, 1999.

_____. *Efetividade do processo e tutela de urgência*. São Paulo: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1994.

_____. *Novas linhas do Processo Civil*. 4ª ed., São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. *Tutela Antecipatória, Julgamento Antecipado e Execução Imediata da Sentença*. 4ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MAROTA RANGEL, Vicente. *Direito e relações internacionais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MARTINS, Sandro Gilbert. *A defesa do executado por meio das ações autônomas: defesa heterotópica*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

MARSHALL, T.H. *Cidadania, classe social e status*. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1967.

MAGGI, Nilcéa Maria Barbosa. *Da execução da sentença como etapa do processo de conhecimento e da supressão dos embargos do devedor em execução de título judicial: forma de garantir o acesso à justiça*. (tese de doutorado). Recife, 2001, p. 69.

MATTOS, Nelson Juliano Cardoso. *Teoria do estado: uma introdução crítica ao estado democrático liberal (notas à teoria hegemônica da democracia a partir do paradigma participacionista)*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2002.

MAUS, Ingeborg. *O judiciário como superego da sociedade – sobre o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”*. **Anuário dos Cursos de Pós-Graduação em Direito da UFPE**. Recife: Universitária, nº 11, 2000, p. 125/156.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discrecionariedade e controle jurisdicional*. 2.ª ed., São Paulo: Malheiros, 2000.

MORAES, Germana de Oliveira. *Controle jurisdicional da administração pública*. São Paulo: Dialética, 1999

_____. *O controle jurisdicional da constitucionalidade do processo legislativo*. São Paulo: Dialética, 1998

MORAES, José Roberto. *As prerrogativas e o interesse da fazenda pública*. In SUNDFELD, Carlos Ari; BUENO, Cassio Scarpinella (org). **Direito processual público: a fazenda pública em juízo**. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 66-78.

MICHELI, Gian Antonio. *La Carga de la Prueba*. Trad. Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Ediciones jurídicas Europa-América, 1961.

MIRANDA, Manuel da Costa et al. *A situação do índio perante a legislação antiga e moderna – 1912*. In **A cidadania no Brasil: o índio e o escravo negro**. Brasília: Senado Federal, Centro de Estudos Estratégicos, Ministério da Ciência e Tecnologia, 2002.

NABAIS, José Casalta. *A face oculta dos direitos fundamentais: os deveres e os custos dos direitos*. Disponível na internet: <<https://www.agu.gov.br/agu.htm>.> Acesso em [07/08/2003].

NERY JÚNIOR, Nelson et al. *Código de processo civil comentado e legislação extravagante*. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

NERY JÚNIOR, Nelson *Princípios do processo civil na constituição federal*. 4ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

_____. *Princípios Fundamentais: Teoria Geral dos Recursos*. 4ª. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

NEVES, Celso. *Comentários ao código de processo civil*. Vol VII: arts. 646 a 795, Rio de Janeiro: Forense, 2000.

NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: Acadêmica, 1994.

NUNES, José de Castro. *Do mandado de segurança e de outros meios de defesa contra atos do poder público*. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. *Direito Constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

PACHECO, José da Silva. *Evolução do processo civil brasileiro*. 2ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

PALENI, Erik. *Diritto e Tempo: Cenni Sistematici*. Disponível em <http://www.cosino.it/logos/capitolo/html.>> Acesso em 23/02/2002.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Avaliação crítica das últimas reformas no processo civil*. **Doutrina**, Nº 6. Instituto de Direito, 1998, p. 170/172.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. III, arts.270 a 331. 8ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2001.

PEREIRA, Kylce Anne de Araújo. *O princípio da eficiência administrativa e suas implicações na atual ordem constitucional brasileira*. Estudantes-Caderno Acadêmico. Recife: Bagaço, a:4, jan-jun, 2000, p. 155-165.

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. *Exposição no senado sobre a reforma da administração pública*. Brasília: Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado, 1997.

PEREIRA, Nilo. *A faculdade de direito do Recife: ensaio biográfico*. Vol. II. Recife: Editora Universitária, 2002.

PROTO PISANI, Andrea. *Sulla tutela giurisdizionale differenziata*. **Rivista di Diritto Processuale**, Padova: Cedam, ottobre-dicembre, anno XXXIV, nº 4, 1979, p. 536-591.

RABENHORST, Eduardo Ramalho. *Dignidade humana e moralidade democrática*. Brasília: Brasília Jurídica, 2001.

REALE, Miguel. *O direito como experiência: introdução à epistemologia jurídica*. 2ª Ed. São Paulo Saraiva, 1992.

ROCHA, José de Moura. *Sistemática do novo processo de execução*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.

_____. *A importância da súmula*. **Nomos**. Fortaleza: Imprensa Universitária da UFC, 1978, 154-171.

_____. *Considerações sobre o estudo do processo civil*. **Caderno nº 11 Edição da Faculdade de Direito de Caruaru**. Caruaru: s/ed, 1961, 3-20.

_____. *Processo Civil e direito comparado (Notas de estudo)*. **Nomos**. Fortaleza: Imprensa Universitária da UFC, 1981, 63-71.

_____. *Reflexões sobre processo e comunicação*. **Caderno nº 58 Edição da Faculdade de Direito de Caruaru**. Caruaru: s/ed, 1974, 3-22.

_____. *Sentido da sentença*. **Separata do Vol.II dos estudos jurídicos em honra de Soriano Neto**. Recife: Imprensa Oficial, 1962, 411-420.

ROMERO, Sílvio. *Doutrina contra doutrina: o evolucionismo e o positivismo no Brasil*. Rio de Janeiro: J. Nunes, 1894

_____. *Ensaio de sociologia e literatura*. Rio de Janeiro: Ed. Garnier, 1901.

SALDANHA, Nelson. *A escola do Recife*. São Paulo: Convívio- Fundação Nacional Pró-Memória, 1985.

_____. *Ethos político, direitos e cidadania*. **Anuário dos Cursos de Pós-Graduação em Direito da UFPE**. Nº 9. Recife: Editora Universitária, 1998.

_____. *Formação da teoria constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

_____. *O jardim e a praça: o privado e o público na vida social e histórica*. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1993.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela mão de alicé: o social e o político na pós-modernidade*. 8ª ed. São Paulo: Cortez, 2001.

SANTOS, Marisa Ferreira dos. *Os meios eletrônicos nos juizados especiais*. In: Anais do seminário Juizados especiais federais: inovações e aspectos polêmicos. AJUFE e Conselho da Justiça Federal, Brasília, 2002, p. 207-219.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

_____. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2001.

SCHIMITT, Carl. *La defensa de la constitución (estudio acerca de las diversas especies y posibilidades de salvaguardia de la constitución)*. Madrid: Tecnos, 1983.

SHIMURA, Sérgio. *Problemas relativos à fazenda pública, tutela antecipada e execução provisória*. In: SUNDFELD, Carlos Ari; BUENO, Cassio Scarpinella (org). *Direito processual público: a fazenda pública em juízo*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 181-195.

SILVA, Américo Luís Martins. *Do precatório-requisitório na execução contra a fazenda pública*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

SILVA, Bruno Mattos e. *Juizados especiais federais*. Curitiba: Juruá, 2002.

SILVA, Carlos Báez. *La omisión legislativa y su inconstitucionalidad en México*. Boletín Mexicano de Derecho Comparado. a: XXXV, nº 105, Septiembre-diciembre, 2002, 741-796.

SOARES, Rogério Aguiar Munhoz. *Tutela jurisdicional diferenciada; tutelas de urgência e medidas liminares em geral*. São Paulo: Malheiros, 2000.

SOUTO, Cláudio. *Ciência e ética no direito: uma alternativa de modernidade*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1992.

SUNDFELD, Carlos Ari; BUENO, Cassio Scarpinella (org). *Direito processual público: a fazenda pública em juízo*. São Paulo: Malheiros, 2003.

TORRES, Ricardo Lobo. *Curso de direito financeiro e tributário*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

TOURAINÉ, Alain. *As possibilidades da democracia na América Latina*. Trad. André Villalobos. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**. ANPOCS, julho, 1986, p. 5-15.

TOURINHO NETO, Fernando da Costa; FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. *Juizados especiais federais cíveis e criminais: comentários à Lei nº 10.259, de 10.07.2001*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

TREVES, Renato. *Alla ricerca di una definizione della sociologia del diritto*. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**, Milano: Giuffrè, Settembre, ano XLI, nº 3, 1987, p. 773-781.

_____. *L'amministrazione della giustizia in Italia: bilancio di una indagine*. Rivista di Diritto Processuale. Padova: CEDAM, anno IIL, gennaio-marzo, nº 1, 1972, p. 81-96.

TRIGUEIRO, Oswaldo. *O regime dos estados na união americana*. Rio de Janeiro: Companhia Editora Americana, 1942.

TROCKER, Nicolò. *La carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea ed il processo civile*. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**. Milano: Giuffrè, a: LVI, nº 4, dicembre, 2002, p.1171-1241.

TUCCI, José Rogério Cruz. *Tempo e processo: uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual (civil e penal)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997

TUSHNET, Mark. *Taking the constitution away from the courts*. New Jersey: Princeton University, 1999.

VAZ, Alexandre Mário Pessoa. *Direito processual civil: do antigo ao novo código, novas tecnologias a serviço da justiça*. Coimbra: Almedina, 2002.

VEIGA, José Gláucio. *Direito econômico: fundamentos, globalização, desglobalização, disfunção do direito*. Mimeografado. Recife, 2001.

_____. *História das idéias da faculdade de direito do recife*. Vol. VI. Recife: Artegraf, 1989.

_____. *Integração econômica: Problemática histórica e atual*. Recife: Mousinho, 1961.

_____. *Revolução keyneseana e marxismo*. Recife, edição do autor, 1954.

_____. *Abuso do poder econômico*. **Revista da Faculdade de Ciências Econômicas da Universidade do Recife** nº1, junho, Recife, 1962, p. 5-40.

VELLANO, Carlo. *Le ultime modifiche relative ao processo civile*. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**. Anno LVI, nº 4, Milano: Giuffrè, 2002, p. 1455-1469.

VIANA, Juvêncio Vasconcelos. *Efetividade do processo em face da fazenda pública*. São Paulo: Dialética, 2003.

_____. *Execução contra a fazenda pública*. São Paulo: Dialética, 1998.

VILLEY, Michel. *Direito romano*. Trad. Fernando Couto. Porto: Res Editora, 1991.

VITTA, Edoardo. *Processo civile e diritti dell'uomo*. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**, Milano: Giuffrè, giugno, annoXXXI, nº 2, 1977, p. 568-614.

WHITROW, G.J. *O tempo na história (concepções sobre o tempo da pré-história aos nossos dias)*. Trad. Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1993.

YARSHELL, Flávio Luiz. *A execução e a efetividade do processo em relação à fazenda pública*. In SUNDFELD, Carlos Ari; BUENO, Cassio Scarpinella (org). *Direito processual público: a fazenda pública em juízo*. São Paulo: Malheiros, 2003, 212-222.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Poder judiciário: crise, acertos e desacertos*. Trad. Juarez Tavares. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

JURISPRUDÊNCIA

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso Especial nº 164.217/DF, Primeira Turma, DJ 17/08/1998, Rel. Min. José Delgado, unanimidade

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Agravo Regimental no Recurso Especial nº 410311/DF, Primeira Turma, DJ 17/10/2002, Rel. Min. Luiz Fux, unanimidade.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, RESP 296614 / MT ; RECURSO ESPECIAL, Relator Min. FRANCISCO PEÇANHA MARTINS, SEGUNDA TURMA, unanimidade, Data da Decisão 09/12/2003, Fonte DJ DATA:09/02/2004 PG:00147.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Acórdão AGA 518573 / SC ; AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO 2003/0045811-3, Relator Min. JOSÉ DELGADO, Órgão Julgador - PRIMEIRA TURMA. Unanimidade. Fonte DJ DATA:01/12/2003 PG:00272 Data da Decisão 21/10/2003

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Acórdão AGRESP 438043 / DF ; AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL 2002/0067105-6 Relator Min. HUMBERTO GOMES DE BARROS, PRIMEIRA TURMA, Fonte DJ DATA:10/11/2003 PG:00160 Data da Decisão 14/10/2003.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, RE 305186-5, Rel. Min. Ilmar Galvão, Primeira Turma, Unanimidade, DJ 18/10/2002.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADIN nº 223-6-DF. Relator Ministro Paulo Brossard. Pleno. Por maioria indeferida a liminar. Publicado no DJU de 29/06/1990, p. 6.218.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL ADCMC Nº 4 – DF, Relator Ministro Sydney Sanches. Decisão de 11/12/1998, Publicado no DJ de 21/05/1999.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE 114434 / SP - São Paulo, segunda turma, Relator(a): Min. Aldir Passarinho. julgamento: 29/09/1987. Publicação: DJ data-06-11-87 pg-24445 ementa vol-01481-03 pg-00515.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE 114183 / SP - SÃO PAULO Relator(a): Min. MOREIRA ALVES Julgamento: 04/09/1987. Disponível em <<http://www.stf.gov.br/Jurisprudencia/Jurisp>> Acesso em 13 de maio de 2004.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, RE 305186-5, Rel. Min. Ilmar Galvão, Primeira Turma, Unanimidade, DJ 18/10/2002, trecho do voto do relator.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL STF - AGRRE nº 351.806-PE, Rel. Min. Carlos Veloso, Segunda Turma, DJ 07/02/2003.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE nº 298.616-SP. Relator Ministro Gilmar Mendes. Segunda Turma. DJ de 03/10/2003.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, RE 305186-5, Rel. Min. Ilmar Galvão, Primeira Turma, Unanimidade, DJ 18/10/2002, trecho do voto do relator.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE 298.616-9 SP, Rel. Ministro Gilmar Mendes. Tribunal Pleno. Por maioria, DJ 03/10/2003, trecho do voto do Ministro Marco Aurélio.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI 1662 / SP - SÃO PAULO AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE, Relator: Min. MAURÍCIO CORRÊA, Tribunal Pleno. Por maioria. Julgamento:30/08/2001 Publicação: DJ DATA-19-09-2003 PP-00014 EMENT VOL-02124-02 PP-00300

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. IF 164 / SP - SÃO PAULO. INTERVENÇÃO FEDERAL. Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO Rel. Acórdão Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno. Julgamento: 13/12/2003 Publicação: DJ DATA-14-11-2003 PP-00014 EMENT VOL-02132-01 PP-00010

BRASIL. TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 1ª REGIÃO. Classe: AG - Agravo de Instrumento – 01000309920 Processo: 200201000309920, UF: MG, Relator Desembargador Federal Tourinho Neto. Órgão Julgador: Segunda Turma. Decisão unânime. Fonte DJ DATA: 11/06/2003 PAGINA: 35.

BRASIL. TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO – AGTR nº 45774-PE – Rel. Des. Fed. Petrócio Ferreira, Segunda Turma.

BRASIL. TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO. Relator Desembargador Federal Paulo Roberto de Oliveira Lima, julgamento em 04/07/2003, publicado no DJ de 20/10/2003, p. 823.

ANEXOS

ANEXO A - Decisão e Acórdão em Agravo -ação ordinária nº 00.2799-5



PODER JUDICIARIO

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIAO

Ofício nº 605/2001 - Segunda Turma

Recife, 09 de agosto de 2001

Da Divisao da 2ª Turma

Assunto: Comunica despacho exarado as fls. no

AGTR 37350 PE (REGISTRO 200105000323786) Processo originario:0000027995

AGTE : UNIAO

AGRO : AROLDO AFONSO RIBEIRO

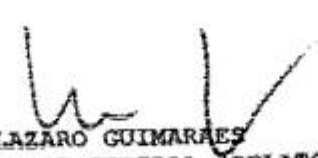
ADV : CARLOS ALBERTO DE OLIVEIRA

RELATOR : DESEMBARGADOR FEDERAL LAZARO GUIMARAES

SENHOR JUIZ

Comunico a V.Exa., para imediato cumprimento, que exarei despacho nos autos do processo em epigrafe, cuja copia segue em anexo.

Na oportunidade, apresento a V.Exa. protestos de estima e consideracao


LAZARO GUIMARAES

DESEMBARGADOR FEDERAL (RELATOR)

EXMO.SR.

JUIZ FEDERAL DA 5ª VARA

MM. JUIZ FEDERAL

DA SECAO JUDICIARIA DE PERNAMBUCO

RECIFE - PE



REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO

AGTR 37359 PE

É relevante a motivação do
 agravo, quanto à inobservância do
 contraditório para a fusão do
 recurso que teria origem no
 recurso complementar. Assim,
 atribuiu efeito nos termos do
 recurso.

Comuniquemos ao Rel. Juiz
 de origem.

Aos apurados, para registro.

±
 Rec. 6.8.01

lucio ✓

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 37.350 - PE

AGRTE : UNIÃO
AGRO : AROLDÓ AFONSO RIBEIRO E OUTROS
ADV. : CARLOS ALBERTO DE OLIVEIRA E OUTROS
RELATOR : DESEMBARGADOR FEDERAL LAZARO GUIMARÃES

RELATÓRIO

Trata-se de Agravo de instrumento, com pedido de efeito suspensivo contra decisão que ao indeferir o pedido da União Federal, determinou que a contadora do Foro elaborasse os cálculos dos honorários advocatícios em percentual de 20% incidente sobre o valor de execução de acordo com a sentença de condenação.

Argúi, preliminarmente, a nulidade no processamento do precatório complementar, haja vista a ausência do contraditório e do devido processo legal. Sustenta que a falta de intimação da União para se pronunciar sobre os novos cálculos oferecidos pela contadora do Juízo e sobre as decisões atacadas, acarretará evidente prejuízo para a Fazenda Pública Federal, na medida que esta fica impossibilitada de refutar os novos valores apontados nos referidos cálculos, sem falar que repercutirá na violação da dicção do art. 730 e seguintes do CPC.

No mérito, a União ressalta o excesso de execução, principalmente quanto aos honorários advocatícios contratuais, à base de 10%, em favor do advogado Carlos Xavier Brasileira, por serem indevidos e mesmo porque a parcela concernente aos honorários sucumbenciais devidos, em partes iguais, aos advogados Carlos Alberto de Oliveira e Taumaturgo Bonfim, já foi paga por força do Precatório nº 17535.

Efeito Suspensivo concedido, fl. 357.

Em resposta, o advogado Carlos Alberto de Oliveira, aduz a ocorrência de erro material na liquidação de cálculo ao contador, o qual pode ser revisto a qualquer tempo.

Esclarece que o cálculo da União fare o manual do CJF porque não incide os juros moratórios determinados na sentença. Acrescenta que o pagamento do precatório nº 17535, a título de honorários advocatícios no



percentual de 10% dividido entre os patronos Taumaturgo e Carlos Alberto, encontra-se equivocado, vez que o percentual correto é de 20% sobre o valor da execução.

É o relatório. Peço dia para julgamento.



h L

AGTR37360-PE



Voto



Ementa: Processual Civil. Precatório complementar. Nulidade da expedição sem que a executada tenha sido intimada para se manifestar sobre o cálculo de intimação. Agravo provido.

Desnecessário o aprofundamento das questões suscitadas pela agravante, até porque o advogado interveniente reconhece a existência de erro material. De todo modo, inviabiliza-se a expedição de precatório complementar sem que a executada tenha sido intimada a manifestar-se sobre o cálculo de atualização.

Por tais razões, dou provimento ao agravo, para anular a decisão impugnada.

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL
MINUTA DE JULGAMENTO ORDINARIA

*** Segunda Turma ***

Fls. 410/411

3212
/4

2001.05.00.032378-6 PAUTA: 13/11/01
AGRAVO DE INSTRUMENTO 37350-PH

JULGADO: 20/11/2001

RELATOR: Excmo(a).Sr(a).Des. FEDERAL LAZARO GUIMARAES
REVISOR: Excmo(a).Sr(a).Des.
PRESIDENTE DA SESSAO: Excmo(a).Sr(a).Des.FEDERAL PETRUCIO FERREIRA
PROCURADOR DA REPUBLICA: Excmo.Sr.Exma. Sra. ELIANE RECHNA

AUTUACAO

AGTE : UNIAO
AGDO : AROLDO AFRONSO RIBEIRO e outros

ADVOGADOS

ADV : CARLOS ALBERTO DE OLIVEIRA e outros

SUSTENTACAO ORAL

CERTIDAO

Certifico que a Egregia Segunda Turma ao apreciar o processo em epigrafa, em sessao realizada nesta data, proferiu a seguinte decisao:

A Turma, a unanimidade, deu provimento ao agravo de instrumento, nos termos do voto do relator. Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Federais Paulo Machado Cordeiro (convocado) e Petrucio Ferreira.


Heitor de A. Wanderley
Secretario(a)



12h40min - Flávia N.



2ª Turma - 20.11.01



REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO



AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 37.350-PE
RELATÓRIO E VOTO (NO GABINETE)

O EXMO. SR. DESEMBARGADOR FEDERAL LÁZARO GUIMARÃES
(RELATOR): Dou provimento ao agravo para anular a decisão.

OS EXMOS. SRS. DESEMBARGADORES FEDERAIS PETRÚCIO FERREIRA E
PAULO MACHADO CORDEIRO: De acordo (sem explicitação).

DECISÃO: A Turma, por unanimidade, deu provimento ao agravo para anular a decisão, nos termos do voto do Relator.

ANEXO B - Cópia de atos processuais da ação ordinária nº 97.0004169-7

RE/368141-9

096036012

SERVIDOR PÚBLICO

PENSÃO ESPECIAL

CUMULAÇÃO - BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO

Supremo Tribunal Federal**Maior de 65 anos**

Nº RE 368141 - 9/210



A.O. 97. 4169-7

RECURSO EXTRAORDINÁRIO**RECURSO EXTRAORDINÁRIO 368141**

PROCED. : PERNAMBUCO

ORIGEM : AC-200105000282954-TRF

RELATOR : MIN. GILMAR MENDES

RECTE.(S)

UNIÃO

ADV.(A/S)

ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

RECDO.(A/S)

ALICE CAVALCANTI RIBEIRO

ADV.(A/S)

ALICE CAVALCANTI RIBEIRO

Distribuição em: 03/12/2002



PODER JUDICIÁRIO

Vol. 1

PAUTA DE
JULGADO
PED. DE VISTA

PELO MINISTRO
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL
Coordenação de Registros
e Informações Processuais

28/11/2002 16:41

242149



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL

RESP 445661

MAIOR DE 65 ANOS

Relator, o Senhor Ministro

RESP 445661/PE (2002/0085871-0)
Volume : 1/1 Autuado em 07/08/2002
Assunto : Administrativo - Servidor Público Civil - Pensão
RECORRENTE : UNIÃO
RECORRIDO : ALICE CAVALCANTI RIBEIRO
ADVOGADO : ALICE CAVALCANTI RIBEIRO (EM CAUSA PRÓPRIA)
Distribuição automática em 08/08/2002
RELATOR : MINISTRO PAULO GALLOTTI - SEXTA TURMA
Recurso Extraordinário admitido na origem às fls. 129

Maior de 65 anos

3625



PODER JUDICIÁRIO

PAUTA DE 30/08/2001

JULGADO EM ____/____/____

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO

APELAÇÃO CÍVEL

RELATOR, O SENHOR JUIZ

MAIOR DE 65 ANOS

PROCESSO : 2001.05.00.028295-4 ORIG: 5a VARA 260077 AC PE
 VOLUME : 1 AUTUADO EM 21/06/01
 APTD : UNIAO
 APDO : ALICE CAVALCANTI RIBEIRO
 ADV : ALICE CAVALCANTI RIBEIRO
 RENTE : JUIZO FEDERAL DA 5a VARA - RECIFE/PE
 DISTRIBUICAO AUTOMATICA EM 21/06/01
 RELATOR : DESEMBARGADOR FEDERAL MANOEL ERHARDT (CONV) - Terceira Turma
 Recurso Especial, fls. 104/113

Recurso extraordinário, fls. 114/120

85871-0

MT
71

06.25

JUSTIÇA FEDERAL - PE

Pis. _____

TERMO DE AUTUACAO

No Recife, 23 de Abril de 1997, nesta Secretaria
da 004.A Vara, autuo os documentos adiante, em _____ folhas, com
_____ apensos, na seguinte conformidade:

PROCESSO 97.0004169-7
CLASSE 01000 ACAO ORDINARIA
DISTRIBUICAO AUTOMATICA EM 23/04/97

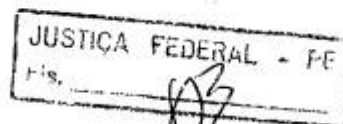
PARTES:

AUTOR ALICE CAVALCANTI RIBEIRO

REU DELEGACIA DE ADMINISTRACAO EM PERNAMBUCO

Para constar, lavro e assino o presente.

Diretor da Secretaria



Exmo. Sr. Dr. Juiz Federal da

Vara- Secção Judiciária de Pernambuco

97.0004169-7

RE 368141-9

JUSTIÇA FEDERAL

Recbi em 23.01.57 h.

2401.00.00.000000-4

ALICE CAVALCANTI RIBEIRO, brasileira, viúva, advogada, inscrita na OAB sob o n. 14.985-PE, residente e domiciliada à Av. Liberdade, n. 250, no bairro de Jardim-São Paulo, nesta capital, CIC n. 045.982.534-87, advogando em causa própria, indicando como endereço profissional, a Rua do Riachuelo, n. 105, sala 313, Boa Vista, Recife-PE, onde deverá receber intimações, notificações etc..., vem, propor Ação Ordinária de revisão de Pensão, contra a DELEGACIA DE ADMINISTRAÇÃO EM PERNAMBUCO, órgão do Ministério da Fazenda, com endereço à Av. Alfredo Lisboa, n. 1168, bairro do Recife, pelos fatos e fundamentos que passa a expor:

DOS FATOS

1. A AUTORA é beneficiária da pensão deixada pelo ex-funcionário do Instituto do Açúcar e do Alcool, Ruy de Souza, falecido em 26 de novembro de 1982 (certidão de óbito anexa);
2. O "de cujus" ao falecer era portador de doença especificada em lei (alienação mental), tendo deixado pensão especial para os seus dependentes, conforme comprovante anexo, sem contudo a AUTORA ter se beneficiada, visto que na época do seu falecimento era desquitada;
3. Por força de decisão judicial transitada em julgado(cópia anexa), foi reconhecido à AUTORA o direito de perceber a pensão previdenciária por morte, não abrangendo todavia, o equivalente à complementação da pensão especial, continuando esta restrita aos filhos menores do "de cujus";
4. O direito da AUTORA a perceber a pensão especial, de forma integral, foi reconhecido, após todos os filhos do "de cujus" terem atingido a maioridade, e por conseguinte, terem deixado de ser beneficiários da pensão, conforme comprovam os documentos de pagamento anexos, bem como cópia de parte do despacho do Diretor de Divisão, aprovado pelo Secretário de Controle Externo do Tribunal de Contas da União;
5. O valor da pensão percebida pela AUTORA corresponde a cinquenta por cento da remuneração a que teria direito o seu ex-marido se vivo estivesse, na medida em que a outra metade da pensão vem sendo percebida pela sua ex-companheira, Maria José da Silva.

DO DIREITO

1. O falecimento do "de cujus" assegurou aos seus dependentes o direito à percepção de pensão especial, com fundamento na Lei 1711/52, Art. 242 c/c o Art. 1 da Lei 6782, de 19 de maio de 1980;
2. A pensão especial, recebida pelos beneficiários do "de cujus" não se confunde com a pensão previdenciária, esta decorrente de dois fatores: filiação do servidor à previdência social e o falecimento do mesmo. A distinção da natureza destas duas pensões levaram ao extinto



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA FEDERAL DE PRIMEIRA INSTÂNCIA
Seção Judiciária de Pernambuco- 4ª Vara.



AÇÃO ORDINÁRIA Nº 97.0004169-7
AUTORA: ALICE CAVALCANTI RIBEIRO
RÉ: UNIÃO FEDERAL EOUTRO
SENTENÇA Nº 1-424/773-00

VISTOS, ETC.

- I -

RELATÓRIO :

01.01 - ALICE CAVALCANTI RIBEIRO, devidamente qualificada nestes autos, advogando em causa própria, propôs a presente AÇÃO ORDINÁRIA DE REVISÃO DE PENSÃO contra a UNIÃO FEDERAL, alegando que esta última vem deduzindo, da pensão especial que recebe a parte-Autora por falecimento de ex-servidor, a pensão que recebe da Previdência Social. Requereu fosse a União-Ré, na sentença, condenada a pagar as prestações vincendas sem qualquer dedução dos benefícios previdenciários que vier a receber, bem como as diferenças nas prestações vencidas, estas acrescidas de juros moratórios e com seus valores corrigidos monetariamente. Requereu a citação da União e da litisconsorte passiva necessária Maria José da Silva. Anexou documentos.

01.02 - A litisconsorte passiva ofereceu contestação, dizendo perceber 50% (cinquenta por cento) da pensão especial e previdenciária deixada pelo *de cujus*. No mérito, ratificou as alegações da Autora.

01.03 - A União contestou, alegando falta de amparo legal para a pretensão da parte-Autora, requereu fosse a ação julgada improcedente e condenada aquela parte no ônus da sucumbência.

01.04 - A Autora replicou. Versando o litígio exclusivamente sobre matéria de direito, dispensável qualquer outra prova além das já anexadas aos autos, aplicável, assim, a regra do art. 330, I, do Código de Processo Civil, vieram-me os autos conclusos para decisão. Dou por relatado. Passa a decidir.

- II -

DO MÉRITO :

02.01 - Trata-se de matéria já amplamente discutida no âmbito da Justiça Federal, que é a sobre a possibilidade, ou não, de ser deduzida da pensão especial instituída pelo art. 242 da Lei nº 1.711/52 (Estatuto dos Funcionários Públicos Civis da União) a pensão paga pela Previdência Social. A este respeito, o extinto Tribunal Federal de Recursos já sumulou no verbete 63:

"A pensão de que trata o art. 242 da Lei n. 1.711/52, não se confunde com a que decorre da filiação do falecido funcionário ao regime da Previdência Social (Lei Orgânica da Previdência Social - LOPS). É cabível sua cumulação, preenchidos os requisitos legais."

02.02 - A pensão especial, prevista no art. 242 da Lei nº 1.711/52, constitui um prêmio instituído em favor da família do servidor estatutário que viesse a falecer em decorrência de acidente no desempenho de suas funções, e que foi estendida em favor dos dependentes de servidor atacado de uma das doenças profissionais ou especificadas na Lei nº 3.738/60, a ser paga com base no vencimento mensal do filiado; destinava-se, ainda, segundo a citada lei, a compensar a invalidez de beneficiária, verificada mediante exame médico.

02.03 - Por outro lado, a pensão previdenciária tem natureza securitária, vinculada ao pagamento de contribuições por parte do servidor, segundo estabelecido na Lei nº 3.373/58.

02.04 - É de uma clareza solar que os dois benefícios não se confundem, sendo, desta forma, perfeitamente admissível a sua cumulação, eis que a expressão "outros proventos recebidos dos cofres públicos", constante do art. 1º, parágrafo 2º, "in fine", da Lei nº 3.738/60, não abrange a pensão previdenciária, que é devida aos dependentes do "de cujus" como contraprestação pelo recolhimento de sua contribuições.

02.05 - É de ressaltar que a Lei nº 6.782/80 equiparou a doença profissional e as especificadas em lei ao acidente de serviço, para o efeito da concessão dessa pensão especial prevista no art. 242 da Lei nº 1.711/52.

MM



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA FEDERAL DE PRIMEIRA INSTÂNCIA
Seção Judiciária de Pernambuco- 4ª Vara.



02.06 - Por outro lado, embora o Decreto nº 76.954/75, tenha dito no seu art. 2º que "o valor da pensão será igual ao do vencimento do cargo ocupado pelo funcionário no dia do evento deduzida a pensão previdenciária", tendo o mesmo decreto regulamentado o pagamento da pensão especial prevista no art. 242 da Lei nº 1.711/52, não poderia ter extrapolado de sua limitação de decreto regulamentar e modificado lei, e, assim, malgrado o respeito que merecem os que pensam em contrário, entendo que o dispositivo do mencionado decreto não pode ser aplicado no mundo do Direito.

02.07 - Entendendo, destarte, que a Súmula nº 63, do TFR, continua com plena vigência, julgo ilegal a dedução do "quantum" pago em pensão previdenciária do que deve ser pago a título de pensão especial, e, conseqüentemente, que razão assiste à parte-Autora.

02.08 - Por outro lado, cabe, aqui, analisar se o direito à pensão especial foi, ou não, recepcionado pela nova ordem constitucional. Entendo que sim, pois nenhum de seus dispositivos impede que aqueles que já haviam sido beneficiados, anteriormente, com essa pensão continuem a percebê-lo, independentemente da pensão previdenciária, que é devida de um modo geral a todos os que contribuem para a seguridade social, nos termos já referidos.

02.09 - A Constituição Federal anterior não continha nenhum dispositivo semelhante ao art. 40, par. 5º, da atual Carta Magna, que, no entanto, deixa o limite da pensão por morte a critério da lei. Ora, vigente que estava a Lei nº 1.711/52, entendo que era esta a lei que estabelecia tais limites e, assim, aplicável continuava sendo o seu art. 242.

02.10 - A Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, não prevê a pensão especial de que tratava o art. 242 da Lei nº 1.711/52 (Estatuto dos Funcionários Públicos Cíveis da União). Contudo, reconhecida que era ao tempo em que concedida à Autora, tem ela direito adquirido a continuar percebendo dita pensão, pois o novo regime jurídico que rege as relações entre a Administração Pública e seus servidores não pode retroagir para atingir o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.

- III -

ISTO POSTO :

JULGO PROCEDENTE a presente ação para reconhecer, como reconheço, à parte-Autora o direito à percepção da pensão especial sem qualquer dedução dos benefícios previdenciários que venha percebendo, isto desde quando surgiu o fato gerador de tal direito e para o futuro, de forma cumulativa, respeitada a prescrição quinquenal em relação aos valores encontrados como devidos e vencidos até cinco(5) anos antes da propositura do presente feito. Condeno a União-Ré a pagar, à mesma parte-Autora, as diferenças pagas a menos, acrescidas de juros moratórios de 0,5% ao mês, a contar da citação da União-Ré, e com os valores corrigidos monetariamente.

CONDENO, ainda, a União-Ré a ressarcir a parte-Autora de todas as despesas que tenha adiantado a título de custas judiciais e ao pagamento de honorários advocatícios, que arbitro em 10% (dez por cento) sobre o valor apurado quando da liquidação da sentença.

Sendo hipótese de duplo grau de jurisdição, determino que, após o prazo para os recursos voluntários, com ou sem estes, subam os autos à apreciação do egrégio Tribunal Regional Federal da 5ª Região.

Publique-se. Registre-se. Intime-se.
Recife, 04 de outubro de 2000

Antônio Bruno de Azevedo Moreira.
Juiz Federal da 4ª Vara da
Seção Judiciária de Pernambuco.

PÓDER JUDICIÁRIO SEÇÃO JUDICIÁRIA DO ESTADO DE PERNAMBUCO
4a VARA FEDERAL

JFPE - Fls. 80
EP

CERTIDÃO

CERTIFICO que a sentença retro foi
Registrada no livro numero 1-424/773-00 fls 26
O referido e verdade e dou fe.
Recife, 04 de 10 de 2000

pl Ass
Diretor(a) de Secretaria

CERTIDÃO

CERTIFICO que enviei, nesta data noticia
despacho/vista supra para o D. OFICIAL ESTADO
O referido e verdade e dou fe.
Recife, 04 de 10 de 2000

pl Ass
Diretor(a) de Secretaria

CERTIDÃO

CERTIFICO que despacho/vista supra foi
publicado no D. OFICIAL ESTADO do dia 05 / 10 / 2000
(pag 44). O referido e verdade e dou fe.
Recife, 05 de 10 de 2000

pl Ass
Diretor(a) de Secretaria

PÓDER JUDICIÁRIO SEÇÃO JUDICIÁRIA DO ESTADO DE PERNAMBUCO
4a VARA FEDERAL

JFPE - Fls. 80
EP

CERTIDÃO

CERTIFICO que a sentença retro foi
Registrada no livro numero 1-424/773-00 fls 26
O referido e verdade e dou fe.
Recife, 04 de 10 de 2000

pl *Ass*
Diretor(a) de Secretaria

CERTIDÃO

CERTIFICO que enviei, nesta data noticia
despacho/vista supra para o D.OFICIAL ESTADO
O referido e verdade e dou fe.
Recife, 04 de 10 de 2000

pl *Ass*
Diretor(a) de Secretaria

CERTIDÃO

CERTIFICO que despacho/vista supra foi
publicado no D.OFICIAL ESTADO do dia 05 / 10 / 2000
(pag 44). O referido e verdade e dou fe.
Recife, 05 de 10 de 2000

pl *Ass*
Diretor(a) de Secretaria



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO
 GABINETE DO DESEMBARGADOR FEDERAL MANOEL ERHARDT

103
[assinatura]

APELAÇÃO CÍVEL Nº 260.077 - PE

(2001.05.00.028295-4)

APELANTE : UNIÃO FEDERAL
 ADVOGADO(S) : JOSÉ EDMUNDO BARROS DE LACERDA
 APELADO : ALICE CAVALCANTI RIBEIRO
 ADVOGADO(S) : ALICE CAVALCANTI RIBEIRO
 ORIGEM : 5ª VARA FEDERAL/PE
 RELATOR : DESEMBARGADOR FEDERAL MANOEL ERHARDT
 (CONVOCADO)

E M E N T A

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO.
 PREVIDENCIÁRIO. PROCESSO CIVIL.
 INCONGRUÊNCIA ENTRE FATOS NARRADOS E
 PEDIDO. INEXISTÊNCIA. SERVIDOR PÚBLICO.
 CUMULAÇÃO DE PENSÃO ESPECIAL (ART. 242, DA LEI
 Nº 1.711/52, C/C O ART. 1º DA LEI Nº 6.782/80) E
 PENSÃO PREVIDENCIÁRIA. SÚMULA 63/TFR.
 POSSIBILIDADE. DEDUÇÃO DA PENSÃO
 PREVIDENCIÁRIA (ART. 2º, DO DECRETO 76.954/75).
 DESCABIMENTO. PAGAMENTO IGUAL AOS DOS
 SERVIDORES DA ATIVA, NA FORMA DO ART. 40, §§ 7º
 E 8º, DA CF/88.

1 - Sendo possível observar a relação entre os fatos narrados e os pedidos, descabe inadmitir Inicial sob a razão de incongruência entre fato e pedido, apesar da redação da exordial não se apresentar de forma muito clara;

2 - É possível a cumulação de pensão especial com o benefício previdenciário, desde que o servidor se enquadrava no conceito do art. 1º, da Lei nº 6.782/80 e, ao mesmo tempo, contribuía para a Previdência Social, conforme a Súmula 63, do extinto Tribunal Federal de Recursos;

3 - O pagamento, neste caso, da pensão previdenciária, deverá ser realizado integralmente, descabendo realizar a dedução prevista no art. 2º, do Decreto 76.954/75;

4 - Os §§ 7º e 8º, do art. 40, da Constituição Federal, determinam que os valores pagos à título de pensão previdenciária devem corresponder à totalidade dos vencimentos do servidor falecido, como se estivesse em

[assinatura]



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO
GABINETE DO DESEMBARGADOR FEDERAL MANOEL ERHARDT

APELAÇÃO CÍVEL Nº 260.077 - PE

(2001.05.00.028295-4)

atividade;
5 - Apelação e Remessa Oficial improvidas.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, em que são partes as acima indicadas, decide a Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, negar provimento à apelação e à remessa oficial, nos termos do voto do Relator e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Recife, 06 de setembro de 2001 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL **Manoel Erhardt**
Relator (Convocado).



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA REGIONAL DA UNIÃO - 5ª REGIÃO
 Rua do Riachuelo, 105 Térreo e 7º andar - Boa Vista - 50050-400 Recife-PE -
 Fone (081) 222.0022/222.0623
 e-mail: pru.5@agu.com.br

EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR DESEMBARGADOR FEDERAL,
PRESIDENTE DO EGRÉGIO TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO

ED NA APELAÇÃO CÍVEL nº 260077- PE (2001.05.00.028295-4)
APELANTE: UNIÃO
APELADO: ALICE CAVALCANTI RIBEIRO

A **UNIÃO**, pessoa jurídica de direito público interno, já suficientemente qualificada nos autos do processo em referência, com endereço para comunicações processuais na Rua do Riachuelo, n. 105, térreo e 7º andar, bairro da Boa Vista, Recife (PE), vem, mui respeitosamente, por intermédio do Advogado da União adiante assinado, nos termos da Lei Complementar 73/93, à presença de Vossa Excelência para, com fulcro no art. 105, III, "a" e "c" da Constituição Federal, interpor o presente

15-18 28-11/2001 100542 TR-QUINTA REGIÃO

RECURSO ESPECIAL

contra o v. acórdão de fls. dessa Egrégia Corte, pelas razões que passa a expor em laudas anexas.

Assim, uma vez ultimadas as providências e formalidades de lei, bem como procedido o exame de admissibilidade à luz das razões em anexo, pede a remessa dos presentes autos ao Egrégio Superior Tribunal de Justiça, para apreciação do recurso ora interposto.

Pede Deferimento.
 Recife, 27 de novembro de 2001.

Edísio de Lima Barros
 Advogado da União
 OAB/PE 657-B



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO
PRESIDÊNCIA - SRETO

129
CH

Recursos Especial e Extraordinário na AC 260077-PE (2001.05.00.028295-4).
Recorrente : União
Recorrido : Alice Cavalcanti Ribeiro
Advogado : Alice Cavalcanti Ribeiro
Origem : 5ª Vara Federal - PE.

Decisão

Agitam-se Recursos Especial e Extraordinário, interpostos com fulcro nos artigos 105, III, alíneas "a" e "c" e 102, III, "a", respectivamente, da Constituição Federal, contra acórdão deste Colendo Tribunal disposto às fls. 104.

Aduz a recorrente, no recurso especial, que a decisão regional viola o disposto nos arts. 242 da Lei nº 1.711/52, 215 da Lei nº 8.112/90, art. 1º da Lei nº 6.782/80, bem como do art. 535 do CPC, assim como divergiu jurisprudencialmente de outros tribunais. Quanto ao recurso extraordinário alega que o acórdão violou o disposto nos arts. 93-IX e § 5º do art. 40, da Constituição Federal.

Passo à análise da admissibilidade dos recursos.

Entendo que os recursos em apreço merecem seguimento. Estão presentes os pressupostos genéricos, tais como tempestividade, legitimidade e interesse para recorrer, cabimento, e regularidade formal. Constatado, ainda, a ocorrência do prequestionamento da matéria em que se amparam os presentes recursos, posto que os temas versados nos dispositivos ditos contrariados pela recorrente constituem o *thema decidendum* do aresto recorrido. Atendidas se encontram, então, as exigências previstas nos artigos 105, III e 102, III, da CF e 541, do CPC.

No que concerne à divergência jurisprudencial argüida, no especial, o recorrente cumpre todos os requisitos legais para demonstrá-la, conforme o artigo 255, do RISTJ e artigo 541, § único, do CPC.

Com tais considerações, ADMITO os presentes Recursos.

Publique-se. Intimem-se.

Recife, 25 de abril de 2002.

Geraldo Apoliano,
Presidente - TRF - 5ª Região

/rhe

Superior Tribunal de Justiça

FLS. 135

Termo de Recebimento e Autuação

Recebidos os presentes autos, foram registrados e autuados no dia 07/08/2002 na forma abaixo:

RECURSO ESPECIAL Nº 445661 (2002/0085871-0)
 Origem : TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª. REGIÃO
 Localidade : RECIFE / PE
 Nº. na Origem : 260077 200105000282954
 Nºs. Conexos :
 Nº de Folhas : 134 Nº de Volumes: 1 Nº de Apensos: 0
 RECORRENTE UNIÃO
 RECORRIDO ALICE CAVALCANTI RIBEIRO
 ADVOGADO ALICE CAVALCANTI RIBEIRO (EM CAUSA PRÓPRIA)

CERTIDÃO

Certifico que, no Cadastro de Feitos deste Tribunal, foi verificada a existência de processos relacionados ao RECURSO ESPECIAL Nº 445661 (2002/0085871-0)

Processos com UF, Partes e Números de Origem comuns: *Nada Consta*

Quantidade de Outros Processos com a Parte:

UNIÃO	238408
ALICE CAVALCANTI RIBEIRO	2

Quantidade de Outros Processos com o Número de Origem:

260077	0
200105000282954	0

Brasília-DF, 07 de Agosto de 2002.

Divisão de Autuação

Superior Tribunal de Justiça

Fls. 136

RECURSO ESPECIAL 445661 / PE (2002/0085871-0)

TERMO DE DISTRIBUIÇÃO E ENCAMINHAMENTO

Distribuição

Em 08/08/2002 o presente feito foi classificado no assunto Administrativo - Servidor Público Civil - Pensão e distribuído ao Exmo. Sr. Ministro PAULO GALLOTTI, SEXTA TURMA.

Encaminhamento

Aos 08 de agosto de 2002, vão estes autos com conclusão ao Ministro Relator.

Subsecretaria de Autuação, Classificação
e Distribuição de Feitos

Superior Tribunal de Justiça

clf

RECURSO ESPECIAL Nº 445.661 - PE (2002/0085871-0)



RELATOR : MINISTRO PAULO GALLOTTI
 RECORRENTE : UNIÃO
 RECORRIDO : ALICE CAVALCANTI RIBEIRO
 ADVOGADO : ALICE CAVALCANTI RIBEIRO (EM CAUSA PRÓPRIA)

DECISÃO

PROCESSO CIVIL. ADMINISTRATIVO. PREVIDENCIÁRIO. DISSÍDIO NÃO COMPROVADO. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. SÚMULA Nº 284/STF. PENSÃO ESPECIAL E PENSÃO PREVIDENCIÁRIA. POSSIBILIDADE DE ACUMULAÇÃO.

- 1 - No exame de recurso especial, não se conhece de matéria que não foi objeto de apreciação pelo Tribunal de origem, ausente assim o necessário prequestionamento.
- 2 - "É inadmissível o recurso extraordinário, quando a deficiência na sua fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia." (Súmula nº 284/STF).
- 3 - Apresentando fatos geradores distintos, é possível a acumulação de pensão previdenciária com a especial.
- 4 - Recurso a que se nega seguimento.

A União interpõe recurso especial, calcado nas alíneas "a" e "c", do permissivo constitucional, contra acórdão do Tribunal Federal da 5ª Região assim ementado:

"CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. PREVIDENCIÁRIO. PROCESSO CIVIL. INCONGRUÊNCIA ENTRE FATOS NARRADOS E PEDIDO. INEXISTÊNCIA. SERVIDOR PÚBLICO. CUMULAÇÃO DE PENSÃO ESPECIAL (ART. 242 DA LEI Nº 1.711/52, C/C O ART. 1º DA LEI Nº 6.782/80) E PENSÃO PREVIDENCIÁRIA. SÚMULA Nº 63/TFR. POSSIBILIDADE. DEDUÇÃO DA PENSÃO PREVIDENCIÁRIA (ART. 2º DO DECRETO Nº 76.954/75). DESCABIMENTO. PAGAMENTO IGUAL AOS DOS SERVIDORES DA ATIVA, NA FORMA DO ART. 40, §§ 7º E 8º DA CF/88.

- 1 - Sendo possível observar a relação entre os fatos narrados e os pedidos, descabe inadmitir inicial sob razão de incongruência entre fato e pedido, apesar da redação da exordial não se apresentar de forma muito clara;
- 2 - É possível a cumulação de pensão especial com o

Superior Tribunal de Justiça



benefício previdenciário, desde que o servidor se enquadrava no conceito do art. 1º da Lei nº 6.782/80 e, ao mesmo tempo, contribuía para a Previdência Social, conforme a Súmula nº 63, do extinto Tribunal Federal de Recursos.

3 - O pagamento, neste caso, da pensão previdenciária, deverá ser realizado integralmente, descabendo realizar a dedução prevista no art. 2º do Decreto nº 76.954/75;

4 - Os §§ 7º e 8º do art. 40 da Constituição Federal, determinam que os valores pagos à título de pensão previdenciária devem corresponder à totalidade dos vencimentos do servidor falecido, como se estivesse em atividade.

5 - *Apelação e remessa oficial improvidas.* (fls. 103/104).

A recorrente aponta, além da divergência jurisprudencial, violação dos artigos 242 da Lei nº 1.711/52; 215 da Lei nº 8.112/90; 1º da Lei nº 6.782/80; 535 I e II do Código de Processo Civil e ainda dos artigos 5º e 40 da Constituição Federal, sustentando, em síntese, a impossibilidade de cumular pensão especial com previdenciária.

O inconformismo não merece abrigo.

Registre-se, inicialmente, que a recorrente não logrou comprovar o dissídio jurisprudencial nos termos exigidos pelos dispositivos legais e regimentais que disciplinam a matéria.

Anote-se, ainda, a impossibilidade de apreciar a violação de dispositivos constitucionais em sede de recurso especial.

No que diz com a alínea "a", o recorrente não demonstrou objetivamente como os fundamentos do acórdão recorrido teriam violado os dispositivos legais indicados, tornando patente a ausência de fundamentação do apelo especial (Súmula nº 284 do Supremo Tribunal Federal)

A propósito, veja-se:

"RECURSO ESPECIAL. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. DESCONTO INDEVIDO DE IMPOSTO DE RENDA SOBRE ADICIONAL DE TRANSPORTE OU VERBA INDENIZATÓRIA. AGENTES FISCAIS DE RENDAS DO ESTADO DE SÃO PAULO. FUNDAMENTAÇÃO DEFICIENTE. RECURSO NÃO

Superior Tribunal de Justiça



el

CONHECIDO.

- Embora a recorrente cite os dispositivos legais que entende violados e contrariados, a verdade é que não apresenta os argumentos que demonstram sua tese, limitando-se a anunciar a ofensa a esses artigos, furtando-se de apontar em que pontos do v. aresto teria ocorrido a violação ou contrariedade.
 - Para que o tribunal ao qual é dirigido o recurso possa entender a controvérsia, cabe ao recorrente não só expor as razões pelas quais pretende seja o julgado modificado ou anulado, mas, também, apresentá-las de modo não deficiente; em caso contrário, a inadmissibilidade do recurso será patente.
 - No tocante aos recursos, vige o princípio da dialeticidade, segundo o qual "o recurso deverá ser dialético, isto é, discursivo. O recorrente deverá declinar o porquê do pedido de reexame da decisão" assim como "os fundamentos de fato e de direito que embasariam o inconformismo do recorrente, e, finalmente, o pedido de nova decisão" (Nelson Nery Júnior, 'Princípios Fundamentais – Teoria Geral dos Recursos', 5ª ed. Revista dos Tribunais, 2000, p. 149).
 - Súmula n. 284 do Supremo Tribunal Federal.
 - Recurso especial não conhecido.
 - Decisão por unanimidade."
- (REsp. nº 255.169/SP, Relator o Ministro **FRANCIULLI NETTO**, DJU de 15/10/01)

Ainda que ultrapassados os óbices apontados ao conhecimento do apelo, impõe-se ressaltar que o Tribunal de origem decidiu a controvérsia em sintonia com o entendimento pacífico desta Corte no sentido de ser possível a cumulação da pensão previdenciária com a especial em virtude de apresentarem fatos geradores distintos.

Confira-se:

A - "ADMINISTRATIVO. PENSÃO ESPECIAL. ART. 242 - LEI Nº 1.711. CUMULAÇÃO. PENSÃO PREVIDENCIÁRIA.

1. Em se tratando de benefícios, pensão previdenciária e especial, que possuem fatos geradores diversos - recolhimento de contribuições e falecimento de funcionário público em serviço, respectivamente - cabível a cumulação pretendida, aplicando-se o verbete da Súmula nº 63 do extinto TFR. Precedentes.

2. Recurso especial não conhecido."

(REsp. nº 175.400/RN, Relator o Ministro **FERNANDO GONÇALVES**, DJU de 07/12/98).

B - "ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. PENSÃO

Superior Tribunal de Justiça



ESPECIAL. CUMULAÇÃO COM PENSÃO PREVIDENCIÁRIA.
ADMISSIBILIDADE. SÚMULA Nº 63 DO EXTINTO TFR.

1. A pensão especial prevista na Lei nº 1.711, art. 242, deve ser paga aos beneficiários sem a dedução da pensão previdenciária, porquanto possuem fatos geradores distintos.
2. Enunciado da Súmula 63 do extinto TFR.
3. Recurso não conhecido."

(Resp. nº 182.046/PE, Relator o Ministro **EDSON VIDIGAL**, DJU de 26/04/99).

Ante o exposto, nego seguimento ao recurso especial.

Publique-se.

Brasília (DF), 14 de agosto de 2002.

MINISTRO PAULO GALLOTTI, Relator



RESP 445661/16

RECEBIMENTO

Recebi os presentes autos do Exmo. Sr. Ministro Relator.

Brasília, 21 de agosto de 2002.

STJ - Coordenadoria da Sexta Turma

ENCAMINHAMENTO À PUBLICAÇÃO

Encaminho, nesta data, à publicação o r. despacho retro.

Brasília, 21 de agosto de 2002.

STJ - Coordenadoria da Sexta Turma

PUBLICAÇÃO

Certifico que foi publicado no Diário de Justiça do dia 12/09/02 o r. despacho retro.

Certifico, ainda, que na presente data o Ministério Público Federal e a União foram devidamente intimados nas pessoas de seus representantes legais.

Brasília, 12 de setembro de 2002.

Carlos Antônio de Figueiredo
Supervisor Assistente
STJ - Coordenadoria da Sexta Turma



**ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL DA UNIÃO**

SAS QUADRA 02 BL. E 9º ANDAR - FONE: (061) 226-2215 FAX: (061) 226-2205
CEP. 70070-000 - BRASÍLIA - DF



**EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO DO SUPERIOR
TRIBUNAL DE JUSTIÇA, RELATOR DO RECURSO ESPECIAL
Nº 445.661/PE**

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA
P. 0085871-0
RECURSO ESPECIAL
073560

A **UNIÃO**, representada por seu Procurador-Geral, nos autos do RESP nº 445.661/PE, Registro nº 2002/0085871-0, em que é recorrente, sendo recorrida ALICE CAVALCANTI RIBEIRO, vem, respeitosamente, à presença de Vossa Excelência, requerer a remessa dos autos ao Eg. Supremo Tribunal Federal, para que a Augusta Corte aprecie o apelo extraordinário de fls. 114/119, tempestivamente interposto e devidamente admitido pela autoridade competente à fl. 129.

P. Deferimento.

Brasília-DF, 19 de setembro de 2002.

WALTER DO CARMO BARLETTA
Procurador-Geral da União

ROBSON NEVES FIEL DOS SANTOS
OAB-DF 8019

Supremo Tribunal Federal



**TERMO DE RECEBIMENTO, REVISÃO,
AUTUAÇÃO E REGISTRO DE PROCESSO**

ESTES AUTOS FORAM RECEBIDOS, REVISTOS, AUTUADOS E
REGISTRADOS EM MEIO MAGNÉTICO NAS DATAS E COM AS
OBSERVAÇÕES ABAIXO:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 368141 - 9

PROCED. : PERNAMBUCO

QTD. FOLHAS : 156 QTD. VOLUMES: 1

RELATOR : MIN. GILMAR MENDES

DISTRIBUIÇÃO EM 03/12/2002

QTD. APENSOS: 0 JUNTADAS: 0

DATA DA ENTRADA: 28-11-2002

COORDENADORIA DE AUTUAÇÃO DE PROCESSOS,


ANALISTA JUDICIÁRIO

Supremo Tribunal Federal

165

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 368.141-9**PERNAMBUCO****RELATOR : MIN. GILMAR MENDES****RECORRENTE(S) : UNIÃO****ADVOGADO(A/S) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO****RECORRIDO(A/S) : ALICE CAVALCANTI RIBEIRO****ADVOGADO(A/S) : ALICE CAVALCANTI RIBEIRO**

DECISÃO : Trata-se de recurso extraordinário interposto com fundamento no art. 102, III, "a", da Constituição Federal, contra acórdão proferido por Tribunal Regional Federal, que manteve a sentença e julgou procedente a cumulação de pensão previdenciária e especial recebida pela autora.

A recorrente sustenta ofensa aos arts. 40, § 5º e 93, IX, da Carta Magna.

A matéria discutida não foi apreciada pelo órgão jurisdicional de origem, conforme se verifica da leitura do acórdão de fls. 96/104. Tampouco foi interposto o recurso de embargos de declaração com o objetivo de provocar a manifestação da Corte sobre a questão constitucional.

Diante da falta de prequestionamento, e com base na jurisprudência desta Corte, consubstanciada nas Súmulas n.º 282 e 356, nego seguimento ao recurso (art. 557, do CPC).

Publique-se.

Brasília, 24 de março de 2003.


Ministro **GILMAR MENDES**
Relator

Supremo Tribunal Federal

Fl. 170

CERTIDÃO DE TRÂNSITO

Certifico que a decisão/despacho de fls. 165 transitou
em julgado em 05 de maio de 2003. Brasília,
08 de maio de 2003. Eu, [assinatura],
Analista/Técnico Judiciário, lavrei a presente.

TERMO DE REMESSA

Em 08 de maio de 2003 faço remessa destes autos à
Seção de Baixa de Processos. Eu, [assinatura], Chefe da Seção
de Anotações e Controle de Despachos, lavrei este termo.

Seção de Baixa de Processos

TERMO DE BAIXA

Em 08 de MAIO de 2003 faço baixar estes autos ao
(à) TRF - 5ª Região
_____. Eu, [assinatura], Analista/Técnico Judiciário, lavrei
o presente.

PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA FEDERAL DE PRIMEIRA INSTÂNCIA
Seção Judiciária de Pernambuco
5.ª VARA



ACAO ORDINARIA N.º 97.0004169-7
Autor: ALICE CAVALCANTI RIBEIRO
Réu: MARIA JOSE DA SILVA

CONCLUSÃO

Nesta data, faço conclusos estes autos a(o) MM.(a)
Juiz(a) Federal da 5ª Vara, Dr(a). TARCISIO
BARROS BORGES.
Recife, 29/05/2003

pl ANDRE MELO GOMES PEREIRA
Encarregado(a) do Setor

DESPACHO

VISTOS EM INSPEÇÃO. 1. Intime(m)-se o(s) autor(es) para, em 15 (quinze) dias, promover(em) a execução do julgado instruindo o pedido com a memória discriminada e atualizada do cálculo (art. 604, CPC). 2. Decorrido o prazo sem manifestação, archive-se com baixa na distribuição. 3. Publique-se.

Recife, 29/05/2003

TARCISIO BARROS BORGES
Juiz(a) Federal da 5ª Vara

RECEBIMENTO	
Nesta data recebi estes autos do(a)	
Cabinete	
para constar lavrei este termo	
Recife, 03 de 06 de 2003	
Eu	assinou

EXMO. SR. DR. JUIZ FEDERAL DA 5ª VARA - SECCÃO JUDICIÁRIA DE
PERNAMBUCO

Proc. Nº 970004169-7

ALICE CAVALCANTI RIBEIRO (POSTULANDO EM CAUSA PRÓPRIA), e a LITZ CONSORTE MARIA JOSÉ DA SILVA, representada por seu advogado, in fine, assinado, instrumento de mandado às fls. 76, qualificados nos autos acima em epigrafe, que movem contra a **UNIÃO FEDERAL (MINISTÉRIO DA FAZENDA)**, intimados do V. respeitável despacho de fls. 172, publicado no D.O. de 12 do corrente tendo em vista o trânsito em julgado da V. respeitável sentença, às fls. 78 e 79, do venerando acórdão exarado pelo **TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO**, às fls. 104 e da **DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**, às fls. 165 e 170, vêm mui respeitosamente perante V.Exª, na forma do art. 632 do CPC, requerer a **CITAÇÃO DA UNIÃO FEDERAL**, para que se inicie a **EXECUÇÃO** com o cumprimento da **OBRIGAÇÃO DE FAZER**, promovendo a implantação na folha de pagamento do **MINISTÉRIO DA FAZENDA**, de 100% correspondentes a 50% da pensão especial + 50% da pensão previdenciária que devem ser implantadas em favor das beneficiárias, sem prejuízo do que atualmente percebem, ou seja, 25% da pensão especial + 25% da pensão previdenciária, em favor da **AUTORA** e o restante 25% da pensão especial + 25% da pensão previdenciária, em favor da **LITZ CONSORTE** conforme determina a veneranda sentença às fls. 78 e 79; outrossim, requerem ainda a V.Exª que se digne em assinar prazo para o cumprimento da **OBRIGAÇÃO DE FAZER** na forma do art. 644 do CPC, fixar multa diária por atraso caso venha a ocorrer.



FEDERAL DE PERNAMBUCO
Fls. 174
VARA 5ª

17JUN03 14:57 0052.024815-5 SV 9700041697

EDERAL DE PERNAMBUCO
Fls. 135

DATÍSSIMA VÊNIA, informam a esse MM. JUIZ

que o cumprimento do preceito previsto no art. 604 do CPC depende da remessa das fichas financeiras do Instituidor **RUY DE SOUZA**, pelo que requer a intimação da **EXECUTADA** no sentido de acostá-las aos autos desde 23 / 04 / 92 até a data da efetiva implantação, afim de que sejam elaborados e atualizados os cálculos inerentes aos atrasados, tudo em consonância com a veneranda sentença.

Nestes termos

Pedem deferimento,

Recife, 17 de junho de 2003


Alice Cavalcanti Ribeiro
OAB/PE - 14985


Dr. Laert Carlos de Sá
OAB/PE - 11719

PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA FEDERAL DE PRIMEIRA INSTÂNCIA
Seção Judiciária de Pernambuco
5ª VARA



ACAO ORDINARIA N.º 97.0004169-7
Autor: ALICE CAVALCANTI RIBEIRO
Réu: UNIAO FEDERAL

CONCLUSÃO

Nesta data, faço conclusos estes autos a(o) MM.(a)
Juiz(a) Federal da 5ª Vara, Dr(a). TARCISIO BARROS
BORGES.
Recife, 27/06/2003

HELENA ANA C CARVALHO
Encarregado(a) do Setor

DESPACHO

Cite-se a União Federal para, no prazo de 60 dias, cumprir a obrigação de fazer
nos termos do artigo 632 do CPC.

Recife, 27/06/2003

TARCISIO BARROS BORGES
Juiz(a) Federal da 5ª Vara

DATA

Nesta data recebi os presentes autos do(a) MM.(a)
Juiz(iza) Federal da 5ª Vara, Dr(a). TARCISIO
BARROS BORGES.
Recife, 27 de 06 de 03

HELENA ANA C CARVALHO
Encarregado(a) do Setor



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA FEDERAL DE PRIMEIRA INSTÂNCIA
Seção Judiciária de Pernambuco
5ª VARA
Fórum Ministro Arthur Marinho
Avenida Recife, 6250 - 8º andar - Jiquiá - Recife

PROC. EXECUÇÃO

177
C

AÇÃO ORDINÁRIA Nº 97.4169-7

AUTOR : ALICE CAVALCANTI RIBEIRO

RÉU : DELEGACIA DE ADMINISTRAÇÃO EM PERNAMBUCO E
OUTRA

MANDADO DE CITAÇÃO Nº AOM.0005.000489-7/2003

O(A) DOUTOR(A), Juiz(A) FEDERAL DA 5ª VARA, SEÇÃO JUDICIÁRIA DE PERNAMBUCO, MANDA a qualquer Oficial de Justiça Avaliador desta Seção Judiciária que, em cumprimento ao presente mandado, CITE o(a) UNIÃO FEDERAL (AGU), na pessoa de seu representante legal, com endereço nesta cidade, PARA FINS DO ARTIGO 632 DO CPC, conforme despacho a seguir transcrito:

fls. 176

Despacho:

"Cite-se a União Federal para, no prazo de 60 dias, cumprir a obrigação de fazer nos termos do artigo 632 do CPC."

Desta forma, fica V. Sª. CITADO(A) do despacho acima descrito, para, querendo, opor embargos, no prazo da lei, e sede deste Juízo tem expediente externo das 13 às 18 horas.

CUMPRA-SE NA FORMA E SOB AS PENAS DA LEI.

DADO e PASSADO pela Secretaria da 5ª Vara Federal, em 27 de junho de 2003. Eu, Helena Ann Cavalcanti de Carvalho Fonseca, digitei e o Diretor da Secretaria fez digitar e assina de ordem do(a) MM Juiz(a) Federal.

André Melo Gomes Pereira
Diretor da Secretaria da 5ª Vara

25 JUL. 2003

Recebido em
Norma Cyreno Rolim
Procuradora Regional da União - 5ª Região



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
 PROCURADORIA REGIONAL DA UNIÃO - 5ª REGIÃO
 Rua da Aurora, n.º 295, Sobreloja - Boa Vista- CEP 50050-000 Recife-PE - Fone (081) 32316508



**EXMO. SR. DR. JUIZ FEDERAL DA 5ª VARA FEDERAL DA SEÇÃO
 JUDICIÁRIA DE PERNAMBUCO.**

Ref. : Ação Ordinária n.º 97.4169-7
Autora: ALICE CAVANCANTI RIBEIRO
Réu : UNIÃO FEDERAL

A **UNIÃO**, por meio da sua Advogada infra-assinada, vem perante Vossa Excelência, em atenção ao mandado de Citação n.º AOM 0005.000459-7/2003, solicitar a juntada de cópia dos Ofícios anexos, através do qual, sensível à necessidade de cumprimento imediato da obrigação de fazer, enviou Ofícios à Consultoria Jurídica do Ministério da Fazenda solicitando o cumprimento da obrigação de fazer, inclusive reiterando-o. Entretanto, devido ao trâmite administrativo do qual não se pode afastar a Administração Pública, tal decisão ainda não foi cumprida, mas consoante se infere da documentação acostada, está Administração Pública ultimando tal determinação, razão pela qual **requer dilação do prazo para apresentar a prova do cumprimento da obrigação de fazer**, tendo em vista que depende de informações daquele órgão.

Pede deferimento.

Recife, 29 de setembro de 2003.

Renata de Queiroga e Melo Farias
RENATA DE QUEIROGA E MELO FARIAS
 Advogada da União - OAB/PE 20153

JOSÉTON 16:07 0052.056403-9 SV 9700041697



ADVOCACIA GERAL DA UNIÃO

PROCURADORIA REGIONAL DA UNIÃO - 5ª REGIÃO

Rua da Aurora, 295 - Sobreloja - Boa Vista - 50050-000 - Recife-PE - Fone (81)3222.0022/3231.2882

FAX: (81)3231.6854 - E-MAIL: pru5@agu.gov.br

**EXCELENTÍSSIMO SENHOR JUIZ FEDERAL DA 5ª VARA DA SEÇÃO
JUDICIÁRIA DE PERNAMBUCO**

REF.: AO 97.0004169-7
AUTOR: ALICE CAVALCANTI RIBEIRO
RÉU: UNIÃO

A **União**, pessoa jurídica de direito público interno, representada por sua Advogada infra-assinada, na forma da Lei Complementar 73/93 c/c a Lei 9.028/95, e em conformidade com o art. 40 do CPC, vem, perante Vossa Excelência, nos autos da Ação Ordinária em epígrafe, expor e requerer o que segue:

Tendo em vista a necessidade de cumprimento da obrigação de fazer, a Gerência Regional de Administração em Pernambuco - Ministério da Fazenda, solicitou-nos alguns esclarecimentos adicionais, razão pela qual requer-se vistas dos autos pelo prazo que Vossa Excelência fixar, nos termos do artigo 40 do CPC.

Pede deferimento.

Recife, 13 de novembro de 2003.

Renata de Queiroga e Melo Farias
RENATA DE QUEIROGA E MELO FARIAS
ADVOGADA DA UNIÃO
OAB/PE 20.153

LARGURA 16:43 0052.070558-0 3V 9700041697

PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA FEDERAL DE PRIMEIRA INSTÂNCIA
Seção Judiciária de Pernambuco
5.ª VARA



ACAO ORDINARIA N.º 97.0004169-7
AUTOR: ALICE CAVALCANTI RIBEIRO
RÊU: UNIAO FEDERAL

CONCLUSÃO

Nesta data, faço conclusos estes autos a(o) MM.(a) Juiz(a)
Federal da 5ª Vara, Dr(a) TARCISIO BARROS BORGES.
Recife, 17/11/2003

LEONARDO M. PEREIRA
Encarregado(a) do Setor

DESPACHO

Defiro o pedido de vista requerido pela União, bem como determino
que, no prazo de 15 dias, comprove o efetivo cumprimento da obrigação de
fazer.

Publique-se. Intime-se.

Recife, 17/11/2003

TARCISIO BARROS BORGES
Juiz(a) Federal da 5ª Vara

DATA

Nesta data recebi os presentes autos

do MM Juiz Federal
Recife, 17 de Novembro de 2003

Eu,
assinou

1.4
IL

192

der Judiciário
 stiga Federal - 5a. Região
 ção Judiciária de Pernambuco
 ia de Remessa

Página: 001
 17/11/2003 17:03

ia Nro: 2003.000440.
 igem: 5 a. VARA FEDERAL
 stino: ADVOCACIA GERAL DA UNIAO
 de Numeração: União Federal (AGU)

umento Classe 19 Autor x 19 Réu
 4167-7 1000 AUTOR: ALICE CAVALCANTI RIBEIRO x REU:
 UNIAO FEDERAL

stal de Documentos da Guia: 1

nviado por:

EDISON VASCONCELOS

cebido por:

Antonio Julio Celso

em: 17/11/2003

Ciente em 18.11.03

Renata de Queiroga e Melo Farias
 Advogada da União
 OAB/PE 20153
 SIAPE nº 1332641

EXMO. SR. JUIZ DE DIREITO DA 5ª VARA FEDERAL – SEÇÃO JUDICIÁRIA
DE PERNAMBUCO

Proc. nº 970004169-7

ALICE CAVALCANTI RIBEIRO, já qualificada nos autos acima em epígrafe em que contende com a União Federal (Ministério da Fazenda), postulando em **CAUSA PRÓPRIA**, vem mui respeitosamente perante esse MM. Juízo para informar e requerer o que adiante se segue:

Que a Executada devidamente citada às fls. 174 de decisão já transitado em julgado e tendo se esgotado o prazo de 60 (sessenta) dias para o cumprimento da “**OBRIGAÇÃO DE FAZER**”, às fls. 176 obteve por mais de uma vez a dilatação do mesmo, contudo após longa espera, a Exeçúte foi surpreendida com a implantação em seus contra-cheques de outubro e novembro do ano próximo passado de apenas 25% referente as pensões previdenciária e especial, docs. 01, 02, 03, quando o percentual a ser implantado deveria ter sido 50% (cinquenta por cento), em favor da Exeçúte, já deduzidos os 50% (cinquenta por cento) da Litz Consorte, sem prejuízo dos 50% (cinquenta por cento) que cada uma das Litigantes já vem percebendo desde 1988, como explicitado na peça citatória às fls. 174 acatada por V. Exª.

Conforme se vislumbram na EMENTA às fls. 103 e ACÓRDÃO às fls. 104 e seguintes, exarados pelo Tribunal Regional Federal da 5ª Região, decidiram por unanimidade pela cumulação das pensões especial e previdenciária, devendo serem pagas integralmente às fls. 100 conforme os arts. 242 da Lei 1.1711/52, c/c o artigo 1º da Lei 6.782/80 e o art. 40 §§ 7º e 8º da Constituição Federal/88.

Ex positis, requer a intimação da Executada para implantar o restante correspondente a 25% (vinte e cinco por cento) dos aludidos benefícios no prazo de 5 (cinco) dias em favor da Autora/Exeçúte com repercussão sobre os atrasados, requerendo ainda que findo esse prazo seja aplicada a multa pecuniária na forma do art. 644 do CPC, e caso entenda V. Exª esteja configurada desobediência a ordem judicial, que seja aplicada a pena de prisão do funcionário responsável pela implantação, na forma da Lei.

Pede deferimento

Recife, 08 de janeiro de 2004

Alice Cavalcanti Ribeiro
Alice Cavalcanti Ribeiro

CPF: 045.982.534-87

OAB 14985/PE

2004/0004 15:30 0052.001206-1 34 9700041697

196



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA FEDERAL DE PRIMEIRA INSTÂNCIA
Seção Judiciária de Pernambuco
5.ª VARA

ACAO ORDINARIA Nº 97.0004169-7
AUTOR: ALICE CAVALCANTI RIBEIRO
RÉU: UNIAO FEDERAL

CONCLUSÃO

Nesta data, faço conclusos estes autos a(o) MM.(a) Juiz(a)
Federal da 5ª Vara, Dr(a). TARCISIO BARROS BORGES.
Recife, 08/01/2004

LEONARDO M. PEREIRA
Entregado(a) do Setor

DECISÃO

Trata-se de processo de execução fundado em título executivo judicial transitado em julgado.

A União foi citada a fim de adimplir a obrigação de fazer no prazo de 60 dias.

Decorrido o prazo, foi determinado que a União comprovasse o efetivo cumprimento da obrigação de fazer.

A União deixou transcorrer o prazo 'in albis' sem comprovar haver adimplido a obrigação de fazer, malgrado haver sido regularmente citada e intimada por este Juízo (fls. 176/178 e 191/192).

A autora, por outro lado, assevera que a obrigação de fazer ainda não foi satisfeita (fl. 193).

Vieram-me conclusos, decido.

Considerando haver transcorrido o prazo sem que a União satisfizesse a obrigação de fazer, bem como em face de sua recalcitrância em cumprir a referida obrigação (fls. 191 e 192), determino a sua intimação para, no prazo de 20 dias, adimplir a obrigação de fazer, fixando multa diária no valor de R\$100,00.

Publique-se. Intime-se.

Recife, 08/01/2004

TARCISIO BARROS BORGES
Juiz(a) Federal da 5ª Vara

284.4
8E.01

197

Poder Judiciário
Justiça Federal - 5a. Região
Seção Judiciária de Pernambuco
Guia de Remessa:

Assinatura: 001
13/01/2004 14:14

Guia Nro: 2004.000009
Origem: 5 a. VARA FEDERAL
Destino: ADVOCACIA GERAL DA UNIAO
Tipo de Numeração: União Federal (AGU)

Documento: 97.0004169-7
Classe: 10 Autor x 10 Réu
1000 AUTOR: ALICE CAVALCANTI RIBEIRO x REU:
UNIAO FEDERAL

01.01.04
01

Total de Documentos da Guia: 1

Enviado por:

pl ANDRÉ WELD GOMES PEREIRA

Recebido por:

Antonio Julio Coelho

em: 16.01.2004



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA DA UNIÃO NO ESTADO DE PERNAMBUCO
 Rua da Aurora, 295, Sobreloja, Boa Vista - Recife-PE - Fone (081) 423.4391

EXMO. SR. JUIZ FEDERAL DA 5ª. VARA DA SEÇÃO JUDICIÁRIA DE PERNAMBUCO

Ação Ordinária nº 97.0004169-7

Autora: ALICE CAVALCANTI RIBEIRO

Ré: UNIÃO

28/JAN/04 16:19 0052.005771-5 SV 9700041697

A **UNIÃO**, nos autos do processo em epígrafe, por intermédio de sua advogada infra-assinada, vem, em atendimento ao artigo 526 do Código de Processo Civil, informar a interposição, junto ao Eg. TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL da 5ª Região, de agravo de instrumento contra a decisão de f. 196.

Requer, destarte, a juntada da cópia da petição do agravo, bem como de cópia do ofício nº 152 PRU/CONT/AGU, de 21.01.2004; deixando de apresentar os demais documentos que o instruíram, uma vez que já se encontram acostados aos autos.

Outrossim, pede-se a esse MM Juízo a reconsideração da decisão em comento, nos termos dos referidos agravo e parecer do Ministério da Saúde.

E. deferimento.

Recife, 27 de janeiro de 2004.

Ângela Mesquita de B. Maranhão
ÂNGELA MESQUITA DE BORBA MARANHÃO
 Advogada da União



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
 PROCURADORIA REGIONAL DA UNIÃO - 5ª REGIÃO
 Rua da Aurora, 295, Sobreloja - Boa Vista - 50050-000 - Recife/PE
 Fone (81) 3231.6506 - Fax (81) 3231.6854 - e-mail: pru5@agu.gov.br

200
 110
 177 DA 5ª REGIÃO
 SECRETARIA JUDICIÁRIA
 Sugão de Instrução

27.01.04

3333

EXMO. SR. DR. DESEMBARGADOR PRESIDENTE DO TRIBUNAL REGIONAL
 FEDERAL DA 5ª REGIÃO.

Ação Ordinária nº 97.0004169-7

Autora: ALICE CAVALCANTI RIBEIRO

Ré: UNIÃO

A UNIÃO, por sua advogada infra-assinada (Lei Complementar nº 73/93), vem perante V. Exa., com fulcro no art. 522 e segs., c/c 188, do CPC, **interpor, tempestivamente, AGRAVO DE INSTRUMENTO, com pedido de efeito suspensivo**, da r. decisão de fls. 196, proferida nos autos do processo em epígrafe, pelo MM. Juízo da 5ª Vara Federal da Seção Judiciária de Pernambuco, a qual cominou a aplicação de multa diária de R\$ 100,00 (cem reais) a ser paga em favor da requerente caso a União não cumpra obrigação de fazer em prazo estipulado de 20 (vinte) dias, o que faz nos termos das razões em anexo.

E. deferimento.

Recife, 26 de janeiro de 2004.

Ângela Mesquita de B. Maranhão

ÂNGELA MESQUITA DE BORBA MARANHÃO

Advogada da União



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA DA UNIÃO NO ESTADO DE PERNAMBUCO

Rua da Aurora, 295, Sobreloja, Boa Vista - Recife-PE - Fone (081) 423.4391

EXMO. SR. JUIZ FEDERAL DA 5ª. VARA DA SEÇÃO JUDICIÁRIA DE PERNAMBUCO

Ação Ordinária nº 97.0004169-7

Autora: ALICE CAVALCANTI RIBEIRO

Ré: UNIÃO

03E004 15:59 0052.007185-8 5U 9700041697

A **UNIÃO**, nos autos do processo em epígrafe, por intermédio de sua advogada infra-assinada, vem à presença de V. Exa. informar que já foi implantado no pagamento das autoras ALICE CAVALCANTI RIBEIRO e MARIA JOSÉ DA SILVA, nos meses de outubro e dezembro de 2003, respectivamente, com efeitos financeiros a partir de janeiro de 2003, **o valor referente ao pagamento da pensão especial da lei 6.782/80 sem dedução da pensão estatutária da lei 3.373/58**, conforme se verifica do ofício GAB/GRA/MF/PE Nº 007/2004, de 02.02.2004, do MINISTÉRIO DA FAZENDA, bem como das fichas financeiras em anexo.

Recife, 03 de fevereiro de 2004.

Ângela Mesquita de B. Maranhão
ÂNGELA MESQUITA DE BORBA MARANHÃO

Advogada da União



212

Advocacia-Geral da União	
PRU/PE	
00418.000746/2004-53	
02/2/2004	18:20

SERVIÇO PÚBLICO FEDERAL
MINISTÉRIO DA FAZENDA
GERÊNCIA REGIONAL DE ADMINISTRAÇÃO EM PERNAMBUCO

OFÍCIO GAB/GRA/MF/PE N.º 007/2004.

Recife, 02 de fevereiro de 2004.

A Sua Senhoria a Senhora
NORMA CYRENO ROLIM
Procuradora Regional da União – 5ª Região
Recife-PE.

Assunto : **Envia informações**

Senhora Procuradora,

Em atenção ao Ofício n.º 152/PRU/AGU, enviado ao Coordenador-Geral de Recursos Humanos, deste Ministério em 21/01/2004 e remetido a esta Gerência, via FAX em 30/01/2004, que trata do cumprimento da obrigação de fazer nos autos do processo n.º 97.0004169-7, autor Alice Cavalcanti Ribeiro, em trâmite na 5ª Vara Federal – PE.

Sobre o assunto, informo a V.Sª, que esta Gerência, cumpriu a obrigação de fazer, implantando no pagamento das autoras, **Alice Cavalcanti Ribeiro e Maria José da Silva** nos meses de **outubro e dezembro de 2003, respectivamente**, com efeitos financeiros a partir de janeiro/2003, o valor referente ao pagamento da **pensão Especial da Lei 6782/80 sem dedução da pensão Estatutária da Lei n.º 3373/58**, conforme se verifica das fichas financeiras em anexo.

Atenciosamente,


JOSÉ EUDES DE ARAÚJO LIMA
GERENTE REGIONAL

**EXMO. SR. JUIZ DE DIREITO DA 5ª VARA FEDERAL – SEÇÃO JUDICIÁRIA
DE PERNAMBUCO**

Proc. nº 970004169-7

ALICE CAVALCANTI RIBEIRO, já qualificada nos autos acima em epígrafe, intimada do Ato Ordinatório nº 002/2000 Corregedoria Regional do TRF da 5ª Região, vem mui respeitosamente, informar, expor e ao final requerer:

Trata-se de Revisão de Pensão Especial fundada na Lei 1711/52 art. 242 c/c 6.782/80 e Pensão Previdenciária, art. 40 §7º e 8º da Constituição Federal/88. Às fls. 193, explicita em detalhes sobre o pagamento das aludidas pensões que até hoje não estão sendo pagas a Exeqüente como também a Litisconsorte MARIA JOSÉ DA SILVA, eis que foram implantados apenas 25% para cada beneficiária às fls. 213 e 214 conforme será demonstrado:

Para a Exeqüente signatária a Executada lançou em sua Ficha Financeira às fls 213 os seguintes valores:

JULHO/03

- 417,38 – 25% P. Especial – concedida pelo TCU em 1988 às fls. 17, 18, 19 e 20.
- 417,38 – 25% P. Previdenciária – concedida pelo TCU em 1988 às fls. 17, 18, 19 e 20.

AGOSTO/03

- 416,43 – 25% P. Especial – concedida pelo TCU em 1988 às fls. 17, 18, 19 e 20.
- 416,43 – 25% P. Previdenciária – concedida pelo TCU em 1988 às fls. 17, 18, 19 e 20.

SETEMBRO/03

- 416,43 – 25% P. Especial – concedida pelo TCU em 1988 às fls. 17, 18, 19 e 20.
- 416,43 – 25% P. Previdenciária – concedida pelo TCU em 1988 às fls. 17, 18, 19 e 20.

OUTUBRO/03 - Implantação "Obrigação de fazer" às fls. 176, 178, 193 e 198.

- 416,43 – 25% P. Especial – concedida pelo TCU em 1988 às fls. 17, 18, 19 e 20.
- 416,43 – 25% P. Previdenciária – concedida pelo TCU em 1988 às fls. 17, 18, 19 e 20.

- 1) 3.984,77 – Atrasados pagos administrativamente de janeiro a outubro/2003 – Calculados sobre o percentual de 25%.

L7FEW4 15:08 0052.010714-3 SU 9700041697

218
R

NOVEMBRO/03

- 416,43 – 25% P. Especial – concedida pelo TCU em 1988 às fls. 17, 18, 19 e 20.
 416,43 – 25% P. Previdenciária – concedida pelo TCU em 1988 às fls. 17, 18, 19 e 20.
 2) 416,43 – 25% “Obrigação de fazer” MS 9291435-0 IVF/PE às fls. 176, 178, 193 e 198.

DEZEMBRO/03

- 416,43 – 25% P. Especial – concedida pelo TCU em 1988 às fls. 17, 18, 19 e 20.
 416,43 – 25% P. Previdenciária – concedida pelo TCU em 1988 às fls. 17, 18, 19 e 20.
 3) 416,43 – 25% “Obrigação de fazer” MS 9291435-0 IVF/PE às fls. 176, 178, 193 e 198.

JANEIRO/04

- 416,43 – 25% P. Especial – concedida pelo TCU em 1988 às fls. 17, 18, 19 e 20.
 416,43 – 25% P. Previdenciária – concedida pelo TCU em 1988 às fls. 17, 18, 19 e 20.
 4) 416,43 – 25% “Obrigação de fazer” MS 9291435-0 IVF/PE às fls. 176, 178, 193 e 198.

Os itens 1, 2, 3, e 4 referentes aos meses de outubro/03 a janeiro/04, correspondem apenas aos valores complementados na Ficha Financeira da Exeqüente às fls 213, e foram calculados sobre 25% quando estes deveriam incidir sobre o percentual de 50% conforme preconizam as leis acima citadas.

Os valores referentes à Litisconsorte são os mesmos acima em referência; a diferença é que a implantação da Srª MARIA JOSÉ foi efetivada em dezembro/2003 às fls. 214.

Como esse Douto Magistrado pode observar, em nenhum momento na documentação ofertada pela Executada vislumbra-se o líquido do Instituidor, bem assim, o índice aplicado nos cálculos para fins de elucidar a controvérsia; entretanto, a Exeqüente está acostando os contra-cheques de novembro/dezembro/ 2003 e janeiro/2004, onde está apostado o líquido do “de cujus” Ruy de Souza – R\$ 1.665,75 equivalentes aos 100% divididos com as duas beneficiárias.

Segundo a Legislação a que se refere o presente feito, as pensões são integrais cabendo a cada beneficiária 100%, P. Especial (50%) + P. Previdenciária (50%), entretanto a Ré está acrescentando em folha de pagamento das Exeqüentes, apenas uma parcela no valor de R\$ 416,43, correspondente como já foi explanado a 25% concernente a “Obrigação de fazer”, com isso cada uma está percebendo apenas 75% das aludidas pensões contrariando o que determinam as leis que regulam a Pensão Especial, 1711/52 art. 242 c/c 6.782/80 e Pensão Previdenciária, em consonância com o art. 40 §7º e 8º da Constituição Federal/88.

Esclarece ainda que no “item 3” às fls 213, ofertada pela Executada “a Pensão Previdenciária foi paga anteriormente”. Ora ... Excelentíssimo, onde está o lançamento a que se refere a Executada? – Óbvio que é mais uma informação falsa para confundir e desviar a atenção do Douto julgador. Na verdade, a Ré pretende discutir as

X

decisões já transitadas em julgado, única justificativa para a resistência ao cumprimento da ordem judicial, eis que foi citada uma vez e por mais três vezes intimada às fls. 176/178, 191/192 e 196, ocasiões em que retirou os autos do cartório, tendo portanto tomado conhecimento não somente do inteiro teor da sentença como também da ementa e acórdão às fls. 103, 104 do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, do STJ às fls. 137, 138, 139 e 140 do Parecer do Ministério Público Federal às fls. 160 "usque" 163, da decisão do Supremo Tribunal Federal às fls. 140, onde claramente observam-se que cada uma das pensões devem ser pagas integralmente.

Ex positis, data vênua, caso a presente Petição não tenha se revestido de clareza suficiente, réquer a esse MM. Juízo a Intimação da Executada para no prazo que V. Exª julgar conveniente, apresente a Planilha de Cálculos referentes aos atrasados de janeiro a outubro de 2003, discriminando o percentual aplicado no cumprimento da "Obrigação de fazer", inclusive nos lançamentos realizados ~~dos~~ contra-cheques da Exeqüente a partir do mês de outubro/2003, bem como, promover o adimplemento referente aos 25% restantes, devidos a Exeqüente com repercussão sobre os atrasados pagos administrativamente, sob as penas da Lei.

Pede deferimento
Recife, 18 de fevereiro de 2004

Alice Cavalcanti Ribeiro
Alice Cavalcanti Ribeiro
CPF: 045.982/534-87
OAB 14985/PE

COMPROVANTE DE RENDIMENTOS DO BENEFICIÁRIO DE PENSÃO			
MINISTÉRIO DA FAZENDA			
UF	ESTADO DA UFAP	UF	UNIDADE DE LOCALIZAÇÃO
PE	GRA/PE	PE	GERÊNCIA REGIONAL DE ADMINISTRAÇÃO/PE
NOME DO BENEFICIÁRIO DE PENSÃO			MATRÍCULA SIAPE
ALICE CAVALCANTI RIBEIRO			00344702
CPF	RANK	AGÊNCIA	CONTÁ CORRENTE
04598253487	001	00897-1	0000001941453
DATA DE NASCIMENTO	NATUREZA DA PENSÃO	INÍCIO DA PENSÃO	TÉRMINO DA PENSÃO
26 NOV 1982	VITALICIA	*****	*****
DISTRIBUIÇÃO DE COTAS			
PENSÃO CIVIL: 1/4		PENSÃO COMPLEMENTAR: 1/4	
PENSÃO COMPLEMENTAR: 1/4		PERCENTUAL DE REMUNERAÇÃO: 100 X	
NOME DO INSTITUIDOR / Lei / PROCESSO			MATRÍCULA SIAPE
RUY DE SOUZA			0151997
CARGO DO INSTITUIDOR			QUANTIDADE DE BENEFICIÁRIOS DO INSTITUIDOR
ESTATÍSTICO			TEMPORÁRIA: ***** VITALICIA: **
FUNÇÃO DO INSTITUIDOR: AMPLIAR LEGAL			
LEI 3373/58 COMBINADA COM 6782/80			
SINHA PARA ACESSO AO SIAPE			
Tipo	DESCRIÇÃO	PRazo	VALOR
** DADOS FINANCEIROS DO INSTITUIDOR **			
R	PROVENTO BÁSICO		565,45
	ADIC. TEMPO SERV. L. 8112/90-APOS		84,81
	GRAT. ATIV. EXECUT/GAE/LD 13 APD		904,72
	GRAT. DES. TEO. ADM. L10404/GDATA		50,90
	VANT. PECUNIARIA INDIVIDUAL-AP		58,87
	VALOR LÍQUIDO DO INSTITUIDOR	-->	1.665,75
** DADOS FIN. PENSÃO FL. NORMAL **			
R	PENSÃO CIVIL	253,28	416,43
R	PENSÃO COMPLEMENTAR - CIVIL	253,28	416,43
R	CPMF - LEI 9.311/86 - PENS		3,99
R	MS 929135-0 IVF/PE - PENSÃO	253,28	416,43
R	AMAL - PREVIDENCIA		58,00
R	AMAL - EMPRESTIMO	002	143,04
Total 7590			
BASE DE CÁLCULO PARA PENSÃO COM TETO		BRUTO	DESCONTO
*****		*****1.253,28	*****199,04
BASE DE CÁLCULO PARA PENSÃO SEM TETO		VALOR BASE DA PENSÃO PARA IR	LÍQUIDO
*****		*****	*****1.054,24
DEMONSTRATIVO COMPLEMENTO REF. INTEGRALIZAÇÃO 28,86% - INSTITUIDOR			
RENDIMENTO BÁSICO	FAV. CÁLCULADAS 2 VENC. BÁSICO	FUNÇÃO ATIVOS	
*****	*****	*****	
VANTAGEM PERSONAL QUINTOS E DÉCIMOS	VANTAGEM DECISÕES JUDICIAIS	OUTRAS VANTAGENS	
*****	*****	*****	
SIAPE - SISTEMA INTEGRADO DE ADMINISTRAÇÃO DE RECURSOS HUMANOS			
SIAPE - SERVIÇO FEDERAL DE PROCESSAMENTO DE DADOS			

224

EG



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO
DIVISÃO DA TERCEIRA TURMA

TRANSMISSÃO FAX COM 04 PÁGINAS, INCLUINDO ESTA, EM:
11/02/2004

DA : DIVISÃO DE TERCEIRA TURMA
DE ORDEM DO MM. DESEMBARGADOR FEDERAL - RELATOR
FONE : (081) 3425.9559
FAX : (081) 3425.9585

PARA : AO
EXMO. (A) SR. (A)
JUIZ (A) FEDERAL DA 5ª VARA
SEÇÃO JUDICIÁRIA DO ESTADO DE PERNAMBUCO

ASSUNTO: Comunicar Ofício nº 08/2004 Ref. AGTR53738-PE

OBSERVAÇÃO: Favor entrar em contato com esta Divisão através dos telefones supramencionados, caso o nº de folhas divirja ou o seu conteúdo não se apresente legível.

U R G E N T E

2004.0005.000045-3

em sua peça prefacial, estipulando, ainda, multa diária, no valor de R\$ 100,00 (cem reais) por dia de atraso, para o caso de descumprimento de ordem judicial.

Assevera, a Agravante, em breve síntese, ser impossível a fixação de prazo específico para o cumprimento da obrigação de fazer, bem como ser impossível a fixação de multa em caso de não-observância do referido prazo, em face ao princípio da legalidade. Após destacar a necessidade da observância, pelo ente público, dos trâmites administrativos e legais necessários, pugna pela atribuição de efeito suspensivo ao presente Recurso.

225
RG



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO

Ofício nº 08/04 - GA
Divisão de Terceira Turma

Recife, 10 de fevereiro de 2004.

Senhor(a) Juiz(a),

Comunico a V.Ex.ª decisão exarada no **AGRAVO DE INSTRUMENTO nº 53738-PE**, processo originário 97.0004169-7, no qual litigam como agravante a **UNIÃO** e como agravada **ALICE CAVALCANTI RIBEIRO**, cujo teor segue em cópia anexa, para integral cumprimento.

Atenciosamente,

Desembargador Federal **GERALDO APOLIÃO**
Relator

EXCELENTÍSSIMO(A) SR(A)
JUÍZ(A) FEDERAL DA 5ª VARA
SEÇÃO JUDICIÁRIA DO ESTADO DE PERNAMBUCO



Poder Judiciário
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO
 Gabinete do Desembargador Federal Geraldo Apoliano

GAJMGMD

AGRAVO DE INSTRUMENTO (TURMA) Nº 53738-PE
(2004.05.00.001798-6)

AGRTE : UNIÃO
AGRDO : ALICE CAVALCANTI RIBEIRO
ADV/PROC : ALICE CAVALCANTI RIBEIRO
RELATOR : DESEMBARGADOR FEDERAL GERALDO APOLIANO

Vistos, etc.

Cuida-se de Agravo de Instrumento, manejado pela UNIÃO, contra decisão da lavra do MM. Juiz Federal da 5ª Vara da Seção Judiciária de Pernambuco, proferida nos autos da Ação Ordinária nº 97.0004169-7, que deferiu o pedido de antecipação dos efeitos da tutela pleiteada pela Autora, ora Agravada, em sua peça prefacial, estipulando, ainda, multa diária, no valor de R\$ 100,00 (cem reais) por dia de atraso, para o caso de descumprimento de ordem judicial.

Assevera, a Agravante, em breve síntese, ser impossível a fixação de prazo específico para o cumprimento da obrigação de fazer, bem como ser impossível a fixação de multa em caso de não-observância do referido prazo, em face ao princípio da legalidade. Após destacar a necessidade da observância, pelo ente público, dos trâmites administrativos e legais necessários, pugna pela atribuição de efeito suspensivo ao presente Recurso.

É o relatório. Decido.

A admissão do agravo de instrumento é feita, de forma geral, tão-somente no efeito devolutivo, todavia é facultado ao seu relator, nos termos do que disciplina o *caput*, do art. 558, do Código de Processo Civil, a requerimento do agravante e em casos excepcionais, suspender o cumprimento da decisão objugada até o final pronunciamento da turma.

A atribuição do excepcional efeito suspensivo ao Recurso invoca a presença dos requisitos contidos no supracitado dispositivo legal, mais especificamente, a relevância da argumentação perfilhada pelo agravante e a ocorrência de lesão grave e de difícil reparação decursiva da decisão vergastada, os quais devem restar patentes neste perfunctório exame a que ora se procede.

[Assinatura]



Poder Judiciário
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO
 Gabinete do Desembargador Federal Geraldo Apoliano

GA/JGMDO

É juridicamente possível fixar-se multa para o cumprimento de obrigação de fazer, mesmo que seja um ente público, aquele que deva adimplir a obrigação. Se o prazo que o juiz assinou foi exíguo, nada impede que se peça o seu dilargamento, demonstrando-se as razões pelas quais, não seria materialmente possível, no lapso de tempo estabelecido pelo magistrado.

Em relação a isto, não vejo como possa atribuir efeito suspensivo a esta parte da lúida decisão atacada.

No tocante à multa, observo que a jurisprudência do Tribunal tem entendido, embora de modo não uniforme, que, em princípio, não há sentido em cominar-se multa pecuniária como forma de estimular o Poder Público a cumprir as ordens judiciais, consoante desponta do julgado cuja ementa transcrevo, *verbis*:

ADMINISTRATIVO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO ORDINÁRIA. TUTELA ANTECIPADA. CONCURSO PÚBLICO. ACRÉSCIMO NA NOTA FINAL. OBRIGAÇÃO DE FAZER. FIXAÇÃO DE MULTA DIÁRIA. FAZENDA PÚBLICA. DESCABIMENTO.

1. A natureza das astreintes e sua finalidade de influir no ânimo do devedor a torna instrumento incompatível com as execuções de obrigação de fazer contra a Fazenda Pública.

2. Agravo de instrumento provido.

(TRF 5ª Região, Segunda Turma, Relator Des. Fed. Paulo Roberto de Oliveira Lima, julgamento em 04.07.2003, publicado no DJ de 20/10/2000, pág. 823).(Grifei).

Isto posto, DEFIRO, EM PARTE, o pedido, para o fim de suspender os efeitos da decisão na parte em que impõe multa pecuniária à ora Agravante. Providencie a Secretaria as intimações necessárias, facultando-se à parte agravada a apresentação de resposta, no prazo legal. Expedientes. P.I.

Recife(PE), 06 de fevereiro de 2004.

Desembargador Federal Geraldo Apoliano
 (Relator)

227

100

guy



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA FEDERAL DE PRIMEIRA INSTÂNCIA
Seção Judiciária de Pernambuco
5.ª VARA



ACAO ORDINARIA Nº 97.0004169-7
AUTOR: ALICE CAVALCANTI RIBEIRO
RÉU: UNIAO FEDERAL

CONCLUSÃO

Nesta data, faço conclusos estes autos a(o) MM.(a)
Juiz(a) Federal da 5ª Vara, Dr(a). TIAGO
ANTUNES DE AGUIAR.
Recife, 04/03/2004

ANDRE MELO GOMES PEREIRA
Encarregado(a) do Setor

DECISÃO

O caso dos autos revela o triste desenrolar processual daqueles que litigam contra a Fazenda Pública. Observe-se que a sentença de 1ª instância foi mantida em mais três instâncias, havendo, em duas delas, no TRF da 5ª Região e no Superior Tribunal de Justiça, pronunciamento judicial expresso no sentido da consolidação da jurisprudência em conformidade ao pedido da autora.

Apesar dessa circunstância jurisprudencial, a União Federal utilizou-se do sistema recursal até a última instância, levando a questão, sem sucesso, ao Supremo Tribunal Federal. Após todo esse iter recursal, ocorreu o trânsito em julgado em 05/05/2003, ou seja, mais de 7 (sete) anos depois do ajuizamento da ação que se deu em 23/04/1997, fato este, lamentável em qualquer processo, e ainda mais grave no presente em que se discutem valores relativos a benefícios previdenciários.

O processo, enquanto realidade inserido em dimensão histórica e temporal, possui um custo humano, consubstanciado na ansia, no sacrifício, na mortificação, na desilusão, na frustração, na contrariedade, no sofrimento e na desilusão das partes, principalmente quando não se observa que o tempo enquanto instrumento deve ser utilizado em função da justiça a que serve e não contra ela.¹

Depõe contra o comportamento processual da União, e tresp dobra a sua responsabilidade, a clareza do título judicial que determina a cumulação da pensão especial com a previdenciária sem qualquer desconto, com exceção do percentual relativo à segunda beneficiária, bem como o fato de, por força do art. 5º, inciso XXXVI, da Constituição da República, não poder ser alterado o pronunciamento judicial nem mesmo por Emenda Constitucional.

¹ DANOVI, Remo. *I tempi della giustizia e i costi umani*. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano: Giuffrè, marzo, anno L, nº 1, 1996, p.287-294.

Ressalte-se que o Estado Democrático de Direito deveria ser o primeiro a respeitar a cidadania, adimplindo as suas obrigações reconhecidas judicialmente.

Dessa forma, determino a intimação pessoal da Procuradora Regional da União da 5ª Região para que, no prazo de 5 (cinco) dias, informe a este juízo a qualificação completa do servidor responsável pelo descumprimento da ordem judicial para que sejam adotadas as providências penais cabíveis. Informe, ainda, a União Federal, no mesmo prazo e através da mesma representante, em relatório, as razões para o descumprimento da ordem judicial para que este juízo solicite à autoridade federal responsável pelo controle interno as providências administrativas cabíveis, visando à punição dos responsáveis.

Oficie-se ao Gerente Regional de Administração do Ministério da Fazenda em Pernambuco, informando-lhe que a exequente faz jus à integralidade nas duas pensões, descontado o percentual da litisconsorte, ou seja, a 50% do valor integral de cada benefício, solicitando-lhe a informação do cumprimento em 10 (dez) dias.

Recife, 04/03/2004

Ilgo A. de Aguiar
ILGO ANTUNES DE AGUIAR
 Juiz(a) Federal da 5ª Vara

RECEBIMENTO
 Nesta data, foi entregue em mãos de (a)
Priz Pedro
 pelo(a) *05* de *03* de *Jan. 4*
 Recife *05* de *03* de *Jan. 4*
 Juiz(a)

CERTIDÃO
 expedido em *170-6*
1/2004 e of. 061-2/2004

05 de *03* de *Jan. 4*

Remessa
 Nesta data, foi remetida em mãos de (a)
publica
 pelo(a) *05* de *03* de *Jan. 4*
 Recife *05* de *03* de *Jan. 4*
 Juiz(a)

230



PODER JUDICIÁRIO - JUSTIÇA FEDERAL DE PRIMEIRA INSTÂNCIA
Seção Judiciária de Pernambuco - 5ª Vara

ACAO ORDINARIA Nº 97.0004169-7

AUTOR: ALICE CAVALCANTI RIBEIRO

Adv / Procurador : ALICE CAVALCANTI RIBEIRO

RÉU: UNIAO FEDERAL

Adv / Procurador : JOSE EDMUNDO BARROS DE LACERDA, RICHARDSON
SILVA, LAERT CARLOS DE SA

C E R T I D ã O

CERTIFICO que o despacho / decisão / sentença de fls. 228/229
foi incluído no boletim n.º 2004.000034 e publicado no Diário
Oficial do Estado em sua edição n.º 44 do dia 10/03/2004, pág.
03/04, ficando intimados os advogados / procuradores acima.

DATA DA CIRCULAÇÃO: 10/03/04

Recife, 10/03/2004


EDISON R. VASCONCELOS
Encarregado(a) do setor

C E R T I D ã O

(Válida apenas em caso de não manifestação)

CERTIFICO que decorreu o prazo legal do(s) despacho/decisão/ato
ordinatório de fl(s) _____, sem que houvesse manifestação
da(s) parte(s) interessada(s). Dou fé.

Recife, ____/____/____

52

PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA FEDERAL DE PRIMEIRA INSTÂNCIA
Seção Judiciária de Pernambuco
5ª VARA
Fórum Ministro Arthur Marinho
Avenida Recife, 6250 - 8º andar - Jiquiá - Recife

240
A

AÇÃO ORDINÁRIA Nº 97.4169-7
AUTOR: ALICE CAVALCANTI RIBEIRO
RÉU: DELEGACIA DE ADMINISTRAÇÃO EM PERNAMBUCO

Ofício n.º AOO.0005.000061-2/2004

Recife, 5 de março de 2004.

Senhor Gerente Regional:

De ordem do MM Juiz Federal Substituto da 5ª Vara Federal de Pernambuco., em virtude da lei etc.

Pelo presente, fica V. Sª. intimado da decisão proferida por este Juízo nos autos em epígrafe, para imediato cumprimento. Segue, em anexo, cópia da referida decisão.

Aproveito a oportunidade para apresentar votos de distinta estima e consideração.


AÍLSON FRANCISCO ROLIM
Diretor de Secretaria da 5ª Vara/PE

Ao
ILMº. Sr.

**GERENTE REGIONAL DE ADMINISTRAÇÃO DO MINISTÉRIO DA
FAZENDA EM PERNAMBUCO
RECIFE - PERNAMBUCO**

11/03/04
Recebi em
- M

53

CERTIDÃO

CERTIFICO que, em cumprimento ao presente mandado e logo após cumpridas as formalidades legais, officiei o **Gerente Regional de Administração do Ministério da Fazenda em Pernambuco, Sr. José Eudes de Araújo Lima**, o qual, depois de tomar conhecimento de todo teor do mandado, exarou o seu ciente no anverso deste aceitando a contrafé que lhe ofereci. O referido é verdade. DOU FÉ. Recife, 11.03.2004.


Jozelia Alves Lima da Silva
Oficiala de Justiça Avaliadora
Matrícula 2432



SERVIÇO PÚBLICO FEDERAL
MINISTÉRIO DA FAZENDA
GERÊNCIA REGIONAL DE ADMINISTRAÇÃO EM PERNAMBUCO

232

OFÍCIO Nº 076/2004/GAB/GRA/PE

Recife, 15 de março de 2004.

A Sua Excelência o Senhor
Dr. Tiago Antunes de Aguiar
Juiz Federal Substituto da 5ª Vara
Seção Judiciária do Estado de Pernambuco
Recife, PE

Assunto: Ação Ordinária nº 97.4169-7

Meritíssimo Juiz,

Refiro-me a decisão de Vossa Excelência, prolatada nos autos da Ação Ordinária nº 97.4169-7, impetrada por Alice Cavalcanti Ribeiro.

Sobre o assunto informo que:

1-a autora e a litisconsorte Maria José da Silva, percebiam pensão da lei 6782/80 (Pensão Especial por ter o ex-servidor falecido por doença especificada em Lei), c/c com a Lei 3373/58 (Pensão Estatutária), perfazendo o total de 100% do valor que receberia o de cujus se vivo fosse;

2-em cumprimento a obrigação de fazer prolatada nos autos da ação, acima mencionada, esta Gerência em outubro de 2003 passou a efetuar o pagamento da pensão da Lei 6782/80 no percentual de 100% (cem por cento) e a pensão da Lei 3373/58 no percentual de 50% (cinquenta por cento), ou seja, pagamento da pensão Especial sem dedução da pensão previdenciária, perfazendo o total de 150% (cento e cinquenta por cento) do total do valor que receberia o ex-servidor se vivo fosse, conforme ficha financeira em anexo;

3-era entendimento desta Gerência, que estava cumprindo fielmente a decisão, objeto da presente Ação Ordinária nº 97.4169-7;

4-em cumprimento da decisão, datada de 04.03.2004, esta Gerência, alterou no pagamento do corrente mês, o percentual da lei nº 3373/58 (pensão previdenciária) para 100% (cem por cento), perfazendo o total de 200% (duzentos por cento) do valor que receberia o ex-servidor se vivo fosse, conforme se verifica das fichas financeiras em anexo.

Respeitosamente,

JOSE MENDES DE ARAÚJO LIMA
Gerente Regional de Administração/PE

J586004 14:56 0052.017401-4 SU 9700041697



ADVOCACIA GERAL DA UNIÃO

PROCURADORIA REGIONAL DA UNIÃO - 5ª REGIÃO

Rua da Aurora, 295 - Sobrelaje - Boa Vista - 50050-000 - Recife-PE - Fone (81)3222.0022/3231.2882

FAX: (81)3231.6854 - E-MAIL: pru5@agu.gov.br



EXMO. SR. JUIZ FEDERAL DA 5ª VARA DA SEÇÃO JUDICIÁRIA DE PERNAMBUCO

Ação ordinária nº 97.4169-7

Autor: ALICE CAVALCANTI RIBEIRO

Ré: UNIÃO

139H09 14:10 052.010952-2 5U 9700041697C/A

A **UNIÃO**, nos autos do processo em epígrafe, por meio de sua advogada infra-assinada, vem, perante Vossa Excelência, em atenção ao mandado de intimação nº AOM.0005.000270-6/2004 e ao despacho de f. 228/229, expor e requerer o que segue:

1. Cuida-se de ação ordinária proposta por ALICE CAVALCANTI RIBEIRO em desfavor da **UNIÃO**, objetivando o reconhecimento do seu direito à percepção da pensão especial do art. 242 da lei 1.711/52 c/c o art. 1º da lei 6.782/80 sem dedução da pensão previdenciária estabelecida na lei 3.373/58.
2. A presente ação transitou em julgado em 05.05.2003, tendo sido reconhecido *"à parte Autora o direito à percepção da pensão especial sem qualquer dedução dos benefícios previdenciários que venha percebendo, isto desde quando surgiu o fato gerador de tal direito e para o futuro, de forma cumulativa, respeitada a prescrição quinquenal em relação aos valores encontrados como devidos e vencidos até 05 (cinco) anos antes da propositura do presente feito."*
3. Na sequência a **UNIÃO** foi intimada para cumprir a obrigação de fazer.
4. Em 03.02.2004 a **UNIÃO** ofertou petição requerendo juntada do OFÍCIO GAB/GRA/MF/PE Nº 007/2001, da GERÊNCIA REGIONAL DE ADMINISTRAÇÃO DO MINISTÉRIO DA FAZENDA EM PERNAMBUCO, o qual dava conta da implantação no pagamento da autora do valor referente a pensão especial da lei 6782/80 sem dedução da pensão previdenciária estabelecida na lei 3.373/58 (f. 211/212).



5. Observe-se que em cumprimento a obrigação de fazer determinada nestes autos a UNIÃO/MINISTÉRIO DA FAZENDA, a partir de outubro de 2003, passou a efetuar o pagamento da pensão da lei 6.782/80 no percentual de 100% (cem por cento), permanecendo a pensão da lei 3.373/58 sendo paga no percentual de 50% (cinquenta por cento).

6. No entanto, esse Juízo, levando em conta que a UNIÃO/MINISTÉRIO DA FAZENDA não desincumbiu-se do seu encargo, uma vez que o título judicial declara o direito da autora à integralidade das duas pensões, descontado apenas o valor da litisconsorte, ou seja, 50% (cinquenta por cento) do valor integral de cada benefício, exarou às f. 228/229 o seguinte despacho:

"(...)

Dessa forma, determino a intimação da Procuradora Regional da União da 5ª Região para que, no prazo de 05 (cinco) dias, informe a este juízo a qualificação completa do servidor responsável pelo descumprimento da ordem judicial para que sejam adotadas as providências penais cabíveis. Informe, ainda, a União Federal, no mesmo prazo e através da mesma representante, em relatório, as razões para o descumprimento da ordem judicial para que este juízo solicite à autoridade federal responsável pelo controle interno as providências administrativas cabíveis, visando a punição dos responsáveis.

(...)"

8. É certo que a vontade constitui elemento indispensável à ação típica de qualquer crime, sendo seu próprio cerne¹.

9. *In casu*, não houve por parte de nenhum dos servidores da UNIÃO/MINISTÉRIO DA FAZENDA vontade consciente de descumprir ordem judicial. Pelo contrário, assim que foi intimada para cumprir a obrigação de fazer, a UNIÃO/MINISTÉRIO DA FAZENDA passou a efetuar o pagamento da pensão da lei 6.782/80 no percentual de 100% (cem por cento), entendendo que com esta conduta estava cumprindo fielmente a ordem judicial.

10. Tanto é que, tão logo foi informada por esse Juízo que a autora/exequente faz jus à integralidade não só da pensão especial, mas também da pensão previdenciária da lei 3.373/58, descontado apenas o percentual da litisconsorte, providenciou a imediata elevação para 100% (cem por cento) do

¹ MIRABETE, Julio Fabrin. Manual de Direito Penal. 14ª ed. São Paulo: Atlas, 1998, p. 101.



percentual da pensão previdenciária paga a autora e a litisconsorte, conforme se vê no
OFÍCIO/GAB/GRA/MF/PE Nº 073/2004, de 12.03.2004, anexo.

12. Ante o exposto, considerando que houve apenas equivocada interpretação do título judicial por parte dos servidores da UNIÃO/MINISTÉRIO DA FAZENDA, sem intenção de descumprir ordem judicial, a UNIÃO requer que V. Exa. se digne de reconsiderar o despacho de f. 228/229 na parte em que requisita a qualificação completa de servidor responsável pelo descumprimento da ordem judicial.

Espera deferimento

Recife (PE), 18 de março de 2004

Ângela Mesquita de B. Maranhão
ÂNGELA MESQUITA DE BORBA MARANHÃO

Advogada da União
AGU/PRU 5ª Região

Norma Cyreno Rolim
NORMA CYRENO ROLIM
Procuradora-regional da União
AGU/PRU 5ª Região

ANEXO C – Entrevista realizada no dia 17 de maio de 2004 com a Juíza Federal Substituta da 2ª Vara da Seção Judiciária de Pernambuco, em exercício também nos Juizados Especiais Federais Cíveis.

ENTREVISTA COM A JUÍZA FEDERAL SUBSTITUTA DA 2ª VARA DE PERNAMBUCO,
ARA CÁRITA MUNIZ DA SILVA

1) Excelência, nos Juizados Especiais Federais de Pernambuco, é realizada audiência de conciliação e/ou instrução e julgamento quando a matéria é só de direito?

Resposta: Não. Quando a matéria é só de direito e já se sabe previamente que o INSS não vai celebrar um acordo, a audiência não ocorre e adota-se a sistemática do julgamento conforme o estado do processo.

2) Nos Juizados Especiais Federais, os atos processuais são todos materializados em papel?

Resposta: Nas audiências, o depoimento das partes e a inquirição das testemunhas são gravados em fita cassete. Se o Magistrado ou a Turma Recursal tiver alguma dúvida é só escutar ou degravar a fita. Está-se caminhando para o processo digital, como ocorre em outros Estados.

3) Como a senhora se sente quando em exercício nos JEF?

Sinto que a justiça caminha mais célere e está mais próxima do cidadão. As decisões que proferimos nos JEF parecem muito mais eficazes, talvez essa sensação se deva a maior velocidade na tramitação.