



# REVISTA DA PROCURADORIA GERAL DO ESTADO DO PARÁ



**BELÉM**  
**2004**

## **Revista da Procuradoria Geral do Estado do Pará**

©Copyright by Governo do Estado do Pará, 2004

**Comissão Editorial:** José Aloysio Cavalcante Campos; Gustavo Vaz Salgado; Carolina Ormanes Massoud; Artemio Marcos Damasceno Ferreira; Sandoval Alves da Silva e José Henrique Mouta Araújo.

*Publicação semestral*

### **PROCURADORIA GERAL DO ESTADO DO PARÁ**

#### **CENTRO DE ESTUDOS**

Rua dos Tamoios, n. 1671 – Batista Campos  
66.025-540 - Belém-Pará  
Telefax (91) 241 1702  
[www.pge.pa.gov.br](http://www.pge.pa.gov.br)  
[progeral5@prodepa.gov.br](mailto:progeral5@prodepa.gov.br)

#### **Carolina Ormanes Massoud**

Procuradora do Estado  
Chefe do Centro de Estudos

ISSN: 1519-0226

**Projeto Gráfico e Impressão:** Procuradoria Geral do Estado do Estado do Pará/ Imprensa Oficial do Estado do Estado do Pará

**Normalização:** Maria Rosa Ferreira Lourenço – CRB/2-324

**Capa:** Edson Lamarão Corrêa

**Foto:** João Ramid (Rio Tapajós-Santarém-Baixo Amazonas)

**Revisão de texto:** Antônio Duval A. do E. Santo

**Tiragem:** 500 exemplares

Os conceitos e opiniões expressas nos artigos são de responsabilidade exclusiva de seus autores.

REVISTA DA PROCURADORIA GERAL DO ESTADO DO PARÁ. Belém: Imprensa Oficial do Estado do Pará, 2004.

(semestral)

1. Direito-Periódicos. I. Procuradoria Geral do Estado.  
II. Centro de Estudos.

CDD: 340.05

**REVISTA DA  
PROCURADORIA GERAL  
DO ESTADO DO PARÁ**

**CENTRO DE ESTUDOS**

ISSN:1519-0226

R.PGE	Pará	Nºs 10/11	jan./jun.– jul./dez.	2004
-------	------	-----------	----------------------	------

**GOVERNO DO ESTADO DO PARÁ**  
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

**SIMÃO ROBSON OLIVEIRA JATENE**  
Governador do Estado

**VALÉRIA VINAGRE PIRES FRANCO**  
Vice-Governadora do Estado

**FRANCISCO SÉRGIO BELICH DE SOUZA LEÃO**  
Secretário Especial de Governo

**JOSÉ ALOYSIO CAVALCANTE CAMPOS**  
Procurador Geral do Estado

**PROCURADORIA GERAL DO ESTADO**  
PROCURADOR GERAL  
José Aloysio Cavalcante Campos

**PROCURADOR GERAL ADJUNTO**  
Gustavo Vaz Salgado

**CHEFE DE GABINETE**  
Mário de Souza Figueiredo

**PROC. CÍVEL, TRAB. E ADMINIST.**  
Marcelo Freire Sampaio Costa

**PROCURADORIA CONSULTIVA**  
Artemio Marcos Damasceno Ferreira

**PROCURADORIA DE EXECUÇÕES**  
Ana Cláudia S. dos S. Abdulmassih

**PROCURADORIA FISCAL**  
Márcia N. R. dos S. Vidonho

**PROCURADORIA FUNDIÁRIA**  
Ibrahim José das M. Rocha

**CENTRO DE ESTUDOS**  
Carolina Ormanes Massoud

**PROCURADORIA SETORIAL BRASÍLIA**  
Antonio Saboia de M. Neto

**CONSELHO SUPERIOR**  
José Aloysio C. Campos

**CORREGEDORIA**  
Gustavo Vaz Salgado

## PROCURADORES DO ESTADO

Adriana Franco Borges	José Rubens Barreiros de Leão
Alexandre Augusto Lobato Bello	June Judite Soares Lobato
Ana Cláudia S. dos S. Abdulmassih	Léa Ramos Benchimol
Ana Cristina Soares	Lilian Mendes Haber
Anete Marques Penna de Carvalho Pinho	Manoel Célio Prazeres
Angelo Demetrius de A. Carrascosa	Marcelo Freire Sampaio Costa
Antônio Carlos Bernardes Filho	Márcia N. R. F. dos Santos Vidonho
Antônio Paulo Moraes das Chagas	Márcio Mota Vasconcelos
Antonio Saboia de Melo Neto	Marcus Vinícius Nery Lobato
Aparecida Yacy das Neves Pinto	Margarida Maria R. F. de Carvalho
Artemio Marcos D. Ferreira	Maria Avelina Imbiriba Hesketh
Ary Lima Cavalcanti	Mário de Souza Figueiredo
Bárbara Nobre de Faria	Mônica Martins Toscano Simões
Carla Afonso de Nôvoa	Ophir Filgueiras Cavalcante Junior
Caio de Azevedo Trindade	Paulo de Tarso Dias Klautau Filho
Carla Nazaré Jorge Melém Souza	Robina Dias Pimentel
Carlos Alberto Lamarão Corrêa	Rodrigo Cruz da Ponte Souza
Carmen Lúcia Mendes Cunha	Roland Raad Massoud
Carol Gentil Uliana	Sandoval Alves da Silva
Carolina Ormanes Massoud	Sérgio Oliva Reis
Caroline Teixeira da Silva Profeti	Silvana Elza F. Peixoto Rodrigues
Celso Pires Castelo Branco	Soraya Fernandes da Silva Leitão
Cindi Ellou Lopes de Deus e Silva	Tatiana Donza Cancela de Carvalho
Christianne Penedo Danin	Tatiana Chamon Seligmann Ledo
Christianne S. Ribeiro Klautau	Thales Eduardo Rodrigues Pereira
Cláudio Monteiro Gonçalves	Vera Lúcia Bechara Pardauil
Dennis Verbicaro Soares	Victor André Teixeira Lima
Elísio Augusto Velloso Bastos	Viviane Ruffeil Teixeira Pereira
Elizabete de Oliveira Pereira	Zunilde Lira de Oliveira
Elody Nassar	
Eloísa Maria Rocha da Costa	
Fábio Guy Lucas Moreira	
Fábio Theodorico Ferreira Góes	
Fabíola de Melo Siems	
Fernando Augusto B. de Oliveira	
Francisco Edson L. Rocha Junior	
Giselle Benarroch Barcessat Freire	
Graco Ivo Alves Coelho	
Gustavo Vaz Salgado	
Hubertus Fernandes Guimarães	
Ibraim José das Mercês Rocha	
Icaraí Dias Dantas	
José Aloysio Cavalcante Campos	
José Henrique Mouta Araújo	

## PROCURADORES APOSENTADOS

Alfredo Antônio Goulart Sade
Heloisa Helena Tavares de Souza
João Bernardino Drummond Martins
Leopoldino Brito Teixeira
Maria Sônia Rodrigues L. Gluck Paul
Nauto Justiniano Paiva da Silva
Pedro Raimundo Maia Miléo

## In Memoriam

Bechara Fraiha Neto
João de Miranda Leão Filho
Mário Henrique Alves Moura





## APRESENTAÇÃO

Estamos encerrando mais um ano de atividades e, neste momento, tenho a honra de apresentar mais dois números, em um único volume, da Revista da Procuradoria Geral do Estado do Pará.

2004 foi um ano de avanços estruturais e organizacionais para o órgão. Concluímos a obra do estacionamento para os servidores e já estamos com o projeto de um anexo a ser reformado em 2005. Elegemos de modo célere e pacífico o novo Conselho Superior, que estará durante dois anos à frente de decisões essenciais para o órgão. A Corregedoria Geral se reestruturou e vem ganhando papel relevante no que tange à supervisão da atuação dos procuradores.

Este volume da Revista é um reflexo de todo esse trabalho. Trazemos agora importantes artigos de nossos procuradores para divulgação de suas produções doutrinárias. Dois dos trabalhos inseridos neste volume foram apresentados durante o XXX Congresso Nacional de Procuradores de Estado e aprovados em votação pelos representantes dos Estados, um deles com louvor.

A cada volume, buscamos retratar em nossas capas uma imagem que reflita um pouco de nosso Estado. Nestes dois números, lançados em um volume, procuramos escolher uma imagem de nossa beleza natural, com enfoque para o interior do Estado; daí a escolha de uma praia localizada no Rio Tapajós, no Baixo Amazonas, no município de Santarém.

Além de artigos elaborados por integrantes da carreira, estes números seguindo a tradição dos anteriores, contam com a honrosa colaboração de respeitada profissional do Direito, que gentilmente cedeu trabalho de sua autoria, contribuindo sobremodo para a excelência da Revista, que, vale registrar, tem agradado bastante ao público leitor.

Está sendo divulgado também nesta publicação um parecer exarado por procurador lotado na Procuradoria Consultiva, devidamente aprovado e voltado a tema de amplo interesse para a Administração Pública.

Por fim, cumpre registrar que esta publicação foi patrocinada pelo Banco do Estado do Pará – BANPARÁ e pela Companhia de Saneamento do Pará – COSANPA, que têm sido constantes parceiros desta Procuradoria Geral em iniciativas voltadas ao aprimoramento profissional dos advogados públicos e, conseqüentemente, à valorização do servidor público.

Belém, 31 de dezembro de 2004.

JOSÉ ALOYSIO CAVALCANTE CAMPOS  
Procurador Geral do Estado

## S U M Á R I O

### DOUTRINA

#### **ADVOCACIA PÚBLICA PROFISSIONAL: LIÇÕES E RESULTADOS**

José Aloysio Cavalcante Campos

#### **ALGUMAS REFLEXÕES ACERCA DA RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL**

June Judite Soares Lobato

#### **ALGUNS ENTRAVES À CONCESSÃO E EXECUÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA – IRREVERSIBILIDADE DOS EFEITOS – RISCO DE DANO IRREPARÁVEL A BENS JURÍDICOS INDISPONÍVEIS: UMA VISÃO EVOLUTIVA DO PROCESSO DE MODO A ASSEGURAR SUA EFETIVIDADE**

Alexandre Augusto Lobato Bello

#### **A COLISÃO ENTRE PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS EM CASOS DE LIMINARES *INAUDITA ALTERA PARS* E AS FORMAS DE SOLUÇÃO: ANÁLISE DE CASOS**

José Henrique Mouta Araújo

#### **DESAPROPRIAÇÃO, BIODIVERSIDADE E INTERVENÇÃO HUMANA NA AMAZÔNIA: ELEMENTOS PARA CRÍTICA À LIMINAR DA MEDIDA CAUTELAR NA ADI Nº 2.332/DF – ARGUMENTOS PARA INDEFERIMENTO DO MÉRITO**

Ibraim José das Mercês Rocha

#### **A RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA**

Roseli Laura Holanda de Mendonça Alves

#### **JUROS DE MORA DURANTE O PRAZO CONSTITUCIONAL DE PRECATÓRIO. NÃO CABIMENTO. EXPERIÊNCIA DA PROCURADORIA DO ESTADO DO PARÁ**

Angelo Demetrius de A. Carrascosa

### PARECER

#### **PROCESSO DE MUNICIPALIZAÇÃO DO ENSINO FUNDAMENTAL POR MEIO DE CONVÊNIOS. POSSIBILIDADE. DEFINIÇÃO DE COMPETÊNCIA DOS ÓRGÃOS DE CONTROLE E DAS MEDIDAS POLÍTICAS, ADMINISTRATIVAS E JUDICIAIS CABÍVEIS EM CASO DE DESCUMPRIMENTO DAS CLÁUSULAS CONVENIADAS E DAS REGRAS DE ENSINO FUNDAMENTAL**

Sandoval Alves da Silva



# **DOUTRINA**

## ADVOCACIA PÚBLICA PROFISSIONAL: AÇÕES E RESULTADOS

*José Aloysio Cavalcante Campos<sup>1</sup>*

Em tempos de Reforma do Judiciário, onde os procuradores dos Estados continuam a buscar sua autonomia administrativa e financeira - que alguns erroneamente estão confundindo com independência funcional - e no momento em que a advocacia pública tem sido amplamente criticada como a grande vilã da morosidade da justiça, inclusive de forma veemente pela OAB, entendemos oportuno, sem nenhuma pretensão de referência para resolução dos problemas atuais do Judiciário, apresentar fatos que consideramos relevantes no contexto atual das discussões em torno do tema.

O Estado do Pará pagou desde março de 2004, em lotes mensais, os precatórios, do exercício de 2004, restando apenas os precatórios relativos a uma autarquia para serem quitados a partir de janeiro de 2005, totalmente corrigidos. Até esta data, não temos conhecimento de nenhum pedido de intervenção federal no Pará em tramitação no Superior Tribunal Federal.

O pagamento tempestivo dos precatórios no âmbito da administração pública do Estado do Pará (direta e indireta) tem sido prática ordinária desde 1999 a partir de decisão política do governo do estado em assumir o pagamento das dívidas após regular apreciação pela Procuradoria Geral do Estado.

Nesse sentido e com esta orientação a primeira e urgente tarefa, após assunção da Chefia da PGE em fevereiro de 1999, foi negociar o pagamento

---

<sup>1</sup> Procurador-Geral do Estado do Pará e Presidente do Colégio Nacional dos Procuradores Gerais dos Estados e Distrito Federal.

de dívidas de precatórios vencidos e impagos da Fundação Santa Casa de Misericórdia cujos recursos financeiros estavam, em março de 1999, sendo objeto de bloqueios judiciais.

Nesta tarefa, louve-se a excepcional disposição do Egrégio Tribunal Regional do Trabalho da 8<sup>a</sup> Região, com sede em Belém-Pará, em agir no sentido de reunir credores e Procuradoria Geral do Estado buscando soluções que afinal contribuíram para a quitação de todo o passivo vencido, regularizando, até este exercício, o pagamento das demais requisições.

Esta situação foi essencial para determinar a designação de um grupo de procuradores e peritos em cálculos, apoiados por outros servidores, sob a chefia do Procurador do estado Dr. Pedro Miléo, hoje aposentado, com a finalidade específica de investigar ou verificar detidamente erros materiais ou outros vícios processuais em precatórios. A partir de agosto de 2002, com a última reforma legal da legislação complementar desta PGE, o setor foi institucionalizado como Procuradoria de Execuções.

Os resultados obtidos superaram as expectativas e os serviços foram estendidos a processos judiciais movidos contra as empresas da administração indireta em demandas com acentuado e significativo risco de passivo judicial.

A economia gerada para o erário público ultrapassou, no período de 1999 a 2004, a importância de R\$ 150 milhões que se compõe, basicamente, de excessos gerados por erros de cálculos e outros vícios que inflaram os valores objeto de condenação.

Em suma, os valores acima estavam consolidados como coisa julgada e implicavam na obrigação de pagar pelo estado do Pará e por força da intervenção dos serviços de todos os integrantes da Procuradoria de Execuções, procuradores e servidores de apoio, foram quitados, em sua grande maioria através de acordos judiciais, com rigorosa observância da ordem de preferência estabelecida pelo Art. 100 da CF/88, em valores justos e reais, com acentuada redução dos saldos que compunham a condenação original.

Todas as negociações foram conduzidas de modo absolutamente transparente com a presença dos advogados dos credores de precatórios, muitas vezes acompanhados de seus clientes e de seus respectivos peritos contadores, com acesso ilimitado a memória de cálculos efetuada por aquele setor, podendo-se concluir que o índice de acordos para quitação das dívidas judiciais sempre foi próximo de cem por cento.

E na hipótese de não realização de acordo, o valor objeto da discussão é depositado integralmente, de modo a permitir a continuidade da quitação dos demais precatórios, em tudo observada a ordem de preferência constitucional.

A idéia da revisão da coisa julgada, de início considerada absurda, foi ganhando corpo na proporção em que as medidas judiciais e administrativas impetradas por esta Procuradoria, no âmbito das Presidências do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Pará e do Egrégio Tribunal Regional do Trabalho da 8<sup>a</sup> Região, foram precedidas do depósito integral dos valores discutidos, com pedido expresso de liberação da quantia incontroversa, permitindo ao autor usufruir, após longa espera, de parte de seu crédito enquanto a quantia controversa servia de

garantia para instrução do denominado Pedido de Ordem Processual que objetivava a revisão dos erros materiais. Com esta postura procura-se evitar as alegações de graciosidade e litigância de má-fé nas medidas que visam questionar a coisa julgada, não distanciando esta prática do princípio da segurança jurídica, igualmente importante na formação da ordem social mais justa.

Estes registros são importantes em razão da magnitude do impacto financeiro que poderia ser oposto ao estado de forma indevida e pelo inusitado das medidas judiciais, além do resultado final obtido envolvendo o respeito às ordens judiciais com o devido cumprimento do mandamento constitucional insculpido no art. 100 da Constituição Federal.

A atuação preventiva da PGE no âmbito de toda a administração pública tem se constituído como modo de ação institucional destinada a prevenir ou impedir a repetição de situações que além de fragilizar a prestação dos serviços públicos contribuem para a geração de passivos judiciais ou extrajudiciais que oneram a administração pública.

Neste sentido a Procuradoria Geral do Estado, a partir de 1999, atuou, basicamente, de duas formas. Inicialmente foram identificadas as causas e ocorrências de demandas judiciais mais comuns em cada secretaria de estado a partir de processos judiciais sob controle da PGE.

Com estes elementos foram realizadas reuniões com todos os órgãos da administração direta ocasião em que as áreas de consultoria jurídica, licitação, recursos humanos, administração e chefia de gabinete eram convocadas

a apresentar suas dificuldades e dúvidas mais freqüentes e que contribuíam para a surgimento das demandas judiciais.

Ao fim, com a presença do secretário de estado e procurador geral, foram extraídas soluções, algumas manualizadas, para evitar a repetição de situações ensejadoras de litígios contra o Estado. Estas reuniões tem ocorrido com a freqüência exigida para cada órgão público.

Ainda com o objetivo de reduzir as demandas ou extinguir outras e visando, igualmente, evitar alegações de litigância de má-fé na atuação judicial da PGE, foram editadas normas internas recomendando a não interposição de recursos ou rescisórias em situações reconhecidamente pacificadas nos tribunais originadas por equivocadas interpretações dos diversos órgãos da administração pública.

Na administração indireta, cuja advocacia é conduzida internamente por advogados empregados ou terceirizados, foram solicitados relatórios de todos os processos judiciais bem como informações sobre a estrutura e funcionamento dos setores jurídicos, com sugestões desta Procuradoria, em alguns casos, de alteração na rotina daqueles serviços jurídicos, tendo, inclusive, a PGE/Pará incentivado a realização de concursos públicos para contratação de advogados para aquelas entidades.

Em seguida, foram identificados processos judiciais com riscos de geração de passivos judiciais considerados significativos e que mereceram a intervenção desta PGE suscitando a legitimidade do estado em razão do impacto no erário público ou a partir da condição de acionista majoritário de algumas estatais.

Como essa, outras inúmeras atuações desta PGE redundaram na diminuição de passivos judiciais consolidados como coisa julgada ou prestes a tal com efetiva contribuição na mitigação das dificuldades e falhas, ainda existentes, enfrentadas nas rotinas dos milhares de processos submetidos aos procuradores, estes os grandes responsáveis pelos resultados descritos, que na realidade, limitam-se a observar os princípios constitucionais reguladores da administração pública.

No que toca a atividade fim da Procuradoria Geral do estado do Pará e das demais Procuradorias Gerais dos estados e Distrito Federal, onde não faltam outros exemplos de resultados positivos na medida dos limites de cada orçamento, a preocupação é garantir o exercício da representação judicial do estado de forma amplamente profissional, possibilidade que poderá ser ampliada com a inclusão na Reforma do Judiciário da autonomia das procuradorias, proporcionando aos procuradores do estado, condições materiais para o melhor desenvolvimento de suas atividades quer no âmbito judicial quer no administrativo, apresentando-se em juízo ou fora dele, no mínimo, em condições iguais aos grandes conglomerados de advogados privados, primando por sua atuação preventiva junto aos órgãos da administração direta e indireta.

## ALGUMAS REFLEXÕES ACERCA DA RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL

*June Judite Soares Lobato*<sup>1</sup>

*O ideal de um palácio da justiça seria ainda o do bom tempo antigo: um carvalho e, à sombra dele, o juiz que ouve as razões dos que serão julgados; em volta, o povo que assiste ao círculo, sem biombos e sem barreiras divisórias. Justiça ao ar livre, à luz do sol, sem portas fechadas e sem corredores secretos.*

*(Pietro Calamandrei)*<sup>2</sup>

Quando um processo, na sua fase de conhecimento, atinge seu escopo, qual seja, a prestação da Jurisdição pelo Poder Público, por meio de uma sentença judicial, e esta se torna irreversível, seja por não caber mais recursos (preclusão lógica e consumativa), seja por não ter sido interposto recurso algum pela parte sucumbente (preclusão temporal), esta adquire qualidade especial denominada de coisa julgada.

O artigo 467 do Diploma Processual Civil, ao conceituar coisa julgada, vaticina: *Denomina-se coisa julgada material a eficácia, que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário.*

Tal conceito tem sido bastante criticado pelos doutrinadores, entre os quais Marcelo Abelha:<sup>3</sup>

A impropriedade desse dispositivo macula a correta conceituação de coisa julgada, que, depois de ser vista como ficção de verdade, presunção de verdade e efeito de sentença, é vista hoje, graças ao monumental trabalho de Liebman, como uma qualidade dos efeitos (condenatório, constitutivo e declaratório) da sentença, conferindo-lhe a necessária imutabilidade responsável pela estabilidade das relações jurídicas.

---

<sup>1</sup> Procuradora do Estado do Pará.

<sup>2</sup> CALAMANDREI, Piero. *Eles, Os Juízes*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1995. p. 330.

<sup>3</sup> RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Elementos de Direito Processual Civil*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. v.2, p. 273.

Daí decorrendo a necessidade de a coisa julgada ser vista como qualidade da sentença irrecorrível, afastando-se do antes defendido pelos doutrinadores, como efeito da sentença.

Apenas a fim de esclarecer que a coisa julgada não pode ser vista como efeito da sentença, deve-se recordar que os efeitos da sentença são divididos em primários e secundários.

Dentre os primários têm-se os próprios resultados objetivados pelo autor, quando da interposição da ação: constitutivo, declaratório e condenatório. Por sua vez, entre os secundários, pode-se enumerar, dentre outros, a perempção e a hipoteca judiciária, prevista pelo art. 466 do Diploma Processual Civil.

Pode-se extrair, ainda, do artigo supracitado, que a finalidade do instituto da coisa julgada é a estabilidade das relações jurídicas, sendo este o principal argumento contrário à tese da relativização da coisa julgada.

Defendido por renomados doutrinadores, entre outros, Luiz Guilherme Marinoni<sup>4</sup> e Nelson Nery Júnior, o princípio da segurança dos atos jurisdicionais, segundo ensinamento desses juristas, não pode ser usurpado por tentativas vãs de doutrinadores fundamentados no princípio da Justiça, para desestabilizar as relações sociais.

Nelson Nery,<sup>5</sup> de forma implacável, acusa os defensores da tese da relativização da coisa julgada de serem piores que os nazistas, postos esses terem por meio de seu governante Adolf Hitler, em 15.7.1941, assinado a Lei para a Intervenção do Ministério Público no processo civil, dando poderes ao

---

<sup>4</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. O Princípio da Segurança dos Atos Jurisdicionais :a questão da relativização da Coisa Julgada Material. *Revista Jurídica* , n.317, p.14-33, mar., 2004.

<sup>5</sup> NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 47-48.

*Parquet* para dizer se a sentença seria justa ou não, se atendia aos fundamentos do Reich alemão e aos anseios do povo alemão. E, concluindo, afirma:

No Brasil, que é república fundada no estado democrático de direito o intérprete quer desconsiderar a coisa julgada nos casos em que ele acha que deva fazê-lo; o intérprete quer ser pior do que os nazistas. Isso é intolerável. O processo é instrumento da democracia e não o seu alagoz.

Ainda segundo esses doutrinadores, a segurança instaurada por uma sentença deveria ser intocável, evitando-se assim, o enfraquecimento das tutelas jurisdicionais com a modificação dos julgados e as incerteza jurídicas.

Nesse sentido Ovídio Batista da Silva,<sup>6</sup> entre outras afirmações, argui:

Exigir que a coisa julgada seja eficaz somente quando não se “confrontar” com algum princípio constitucional, ou com princípios normativos de grau inferior – testando sua validade a partir de sua “legalidade” – é submetê-la a uma premissa impossível de ser observada.

Mais adiante assevera:

E quanto à ilegalidade: como a “vontade da lei”, cuja busca fora recomendada por Chiovenda, é uma atividade inescrutável, protegida por um misterioso segredo, a produzir sempre sentenças de sentidos diametralmente opostos, sobre uma mesma lide, gerando os mais diversos, constantes e inelimináveis dissídios jurisprudenciais - , teríamos de escolher, entre os dois grupos de sentenças antagônicas, aquele que fosse “illegal”, pois este estilo de compreensão não aceita que ambos os grupos, de sentidos opostos, sejam igualmente legais.

Por fim, referido autor expõe a dificuldade processual do juiz, ao analisar um caso concreto em que o autor requer a modificação do julgado, no qual o douto magistrado teria, primeiramente, de ultrapassar a preliminar de coisa julgada suscitada pelo réu, antes de saber, realmente, se a sentença

---

<sup>6</sup> SILVA, Ovídio A. Batista da. Coisa Julgada Relativa? *Revista dos Tribunais*. São Paulo, n. 821, p. 29 –38, mar., 2004.

impugnada fora injusta, aduzindo: “A ‘objeção’ da coisa julgada não admite que o julgador protele a decisão para a fase final do procedimento. Enquanto o processo se fosse desenvolvendo, o juiz estaria reapreciando a lide coberta pela coisa julgada.”

Em despiciendo às fundamentações acima, e, *data maxima vénia*, o conhecimento jurídico dos seus autores, não se deve olvidar, primeiramente, que a relativização da coisa julgada inconstitucional não tem apenas o princípio da Justiça em sua base, preponderante, mas também o Princípio da Supremacia da Constituição Federal.

Aos questionamentos levantados pelos referidos autores contraponho, humildemente, outro, qual seja: se deve prevalecer a imutabilidade da coisa julgada, quando a decisão que transitou em julgado contém alguma inconstitucionalidade, *ferindo, frontalmente, a Constituição Federal*, ante ao ordenamento jurídico brasileiro que resguarda o Princípio da Supremacia Constitucional, com tamanho zelo, refletido pela existência de um Tribunal próprio para garantecer a Constituição Federal de ser descumprida ou violada, além da previsão de instrumentos, tais quais, a Ação Direta da Inconstitucionalidade e a Ação Declaratória de Constitucionalidade, ações estas de máxima importância no Sistema Judiciário brasileiro.

Ora, a tese da relativização da coisa julgada inconstitucional, como acima já pontuado, tem também como um dos seus sustentáculos o princípio natural da Justiça, do qual é originário o da Supremacia da Constituição Federal, enquanto o princípio que subsidia a imutabilidade da coisa julgada é o Princípio da Segurança dos Atos Jurisdicionais.

Dessa forma, foi defendido pelo Ministro do Superior Tribunal de Justiça, José Augusto Delgado, que em voto proferido no julgamento do RESP nº 240.712/SP<sup>7</sup> declarou sua “posição doutrinária no sentido de não reconhecer caráter absoluto à coisa julgada”, filiando-se “a determinada corrente que entende ser impossível a coisa julgada, só pelo fundamento de impor segurança jurídica, sobrepor-se aos princípios da moralidade pública e da razoabilidade nas obrigações assumidas pelo Estado”.

A coisa julgada não pode prevalecer sobre a boa ordem constitucional do país.

Imagine um jurisdicionado colocar no pêndulo da balança do direito, de um lado, o princípio da Justiça e do outro, o princípio da estabilização das relações jurídicas, seria lógico concluir que o lado mais pesado seria o da Justiça.

E assim o é, tendo em vista que a Justiça deve ser o princípio inspirador de todo ordenamento jurídico; deve ser o escopo que busca o juiz ao prestar a Jurisdição. O direito deve nascer da Justiça, sob pena de afastando-se dela, afastar-se de princípios basilares que dela se originam, como o da isonomia, da ampla defesa, do contraditório, do devido processo legal.

Nesse sentido, já defendia, brilhantemente, Hans Kelsen, ao transcorrer sobre direito positivo e o ideal da Justiça:<sup>8</sup>

Ora, não é possível que algo deva ser e não deva ser ao mesmo tempo. Portanto, do ponto de vista de uma norma de justiça considerada como válida, não pode ser considerada válida uma norma de direito positivo que a contradiga, assim como, do ponto de vista de uma norma de direito positivo tido como válida, não pode ser considerada válida uma norma de justiça que a contrarie.

---

<sup>7</sup> Cf. STJ, 1ª T., RESP. Nº 240.712/SP, j. 15.2.2000, Rel. José Delgado, m.v.

<sup>8</sup> KELSEN, Hans. *O Problema da Justiça*. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996. p. 9.

Portanto, não pode existir nenhuma norma do direito positivo considerada como válida que possa ser julgada como injusta do ponto de vista de uma norma de justiça tida simultaneamente como válida. Por isso, nem de um ponto de vista nem de outro pode valer uma norma injusta do direito positivo. Uma norma jurídica positiva, não pode, por conseguinte, ser injusta, nem a partir de um dos pontos de vista nem a partir do outro.

Assim sendo, poder-se-ia até afirmar que o princípio da estabilização das relações jurídicas nasce do princípio da Justiça, bem como o da coisa julgada, previsto pelo art. 5º, inc. XXXVI da Constituição Federal de 1988.

Retorna-se, então, para o questionamento supra proposto: é justo permanecer no ordenamento jurídico, ou restar válida, decisão atingida pela coisa julgada, porém eivada de inconstitucionalidade?

A essa assertiva não se pode simplesmente contrapor-se alegando que tal questionamento levar-se-ia a indagar no caso de duas sentenças atingidas pela coisa julgada, decidirem, diametralmente oposto, o mesmo caso legal, caracterizando que uma deveria ser ilegal e a outra legal, pelo fato de que a Constituição Federal é a norma maior que organiza o país, trazendo os princípios, normas, regras que devem ser resguardadas, acima de todas, infraconstitucionais, posto ser a representação do ordenamento jurídico do Estado Maior.

No Brasil, inclusive, não se aceita a inconstitucionalidade das normas constitucionais, devendo ser a interpretação aplicada às normas constitucionais sempre de maneira integrativa da Magna Carta. Ademais, os princípios e regras de exegese da Constituição Federal devem ter sempre por escopo a unidade da Constituição, evitando contradições entre suas normas.

É tão importante a manutenção da Constituição Federal de forma intocável no país, que Alexandre de Moraes <sup>9</sup> preceitua:

Esses princípios são perfeitamente completados por algumas regras propostas por Jorge Miranda:

A contradição dos princípios deve ser superada, ou por meio de redução proporcional do âmbito de alcance de cada um deles, ou, em alguns casos, mediante a preferência ou a prioridade de certos princípios.

E prossegue:

Portanto, não terá cabimento a *interpretação conforme a constituição* quando contrariar texto expresso da lei, que não permita qualquer interpretação em conformidade com a constituição, pois o Poder Judiciário não poderá, substituindo-se ao Poder Legislativo (leis) ou Executivo (medidas provisórias), atuar como *legislador positivo*, de forma a criar um novo texto legal. Nessa hipótese, o Judiciário deverá declarar a inconstitucionalidade da lei ou ato normativo incompatível com a constituição.

Assim sendo, se as próprias normas constitucionais não podem ser, nem ao menos, interpretadas de forma a ferir outras normas constitucionais, quanto mais ser mantido, com plena soberania, *decisum* qualificado por coisa julgada, que fere frontalmente a Constituição Federal/88. Consentir tal fato seria rasgar a Magna Carta em prol da estabilidade das relações jurídicas, o que, por si só, é inaceitável.

Faz-se por bem esclarecer que não se está a defender a possibilidade de qualquer argumento suscitado pelo interessado ser suscetível de questionar a coisa julgada, mas sim apenas aqueles nos quais constarem por demais, explicitamente, evidente tratar-se de *violações diretas* à *Constituição Federal de 1988*, por matéria, inclusive, já pacificada nos Tribunais Superiores.

A respeito da matéria abordada, a relativização da coisa julgada inconstitucional, apresento a recente decisão do TST, no bojo de recurso

---

<sup>9</sup> MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 1999. p. 43.

ordinário interposto pelo estado do Pará do acórdão que negou provimento ao agravo regimental, *em sede de precatório*, RXOFROAG 4205/2002, no qual restou reconhecida a incompetência da Justiça do Trabalho para executar parcelas salariais posteriores à vigência do Regime Jurídico Único Estadual, modificando a decisão homologatória dos cálculos elaborados pela Vara Trabalhista, já transitada em julgado, como se extrai pela ementa transcrita abaixo:

EXECUÇÃO POR PRECATÓRIO. MUDANÇA DE REGIME. CONSEQUENTE LIMITAÇÃO DA COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO AO PERÍODO ANTERIOR AO REGIME JURÍDICO ÚNICO. A execução de parcelas posteriores à conversão de regime jurídico, de celetista para estatutário, em face da implantação ao Regime Jurídico Único, configura ofensa ao art. 114 da Constituição da República, pois não mais subsiste a competência da Justiça do Trabalho. De fato, nesta hipótese, a sentença exequenda encontra limitação temporal, na medida em que somente as vantagens trabalhistas deferidas podem ser objeto da execução trabalhista.

Nesse sentido, há Orientação Jurisprudencial nº 249 do SBDI-1 do TST.

Remessa Oficial e Recurso Ordinário de que se conhece para determinar o refazimento dos cálculos considerando a data limite da competência desta Justiça Especial.

Essa decisão do Tribunal Superior do Trabalho, no meu entendimento, corrobora a tese da relativização da coisa julgada inconstitucional por ter sido proferida, no bojo de precatório, estando esgotada a jurisdição dos órgãos julgadores, pois de acordo com o inciso VIII, alínea "b", da Instrução Normativa nº 11 de 1997 do TST, o precatório é um procedimento administrativo, de competência do Presidente do Tribunal Regional do Trabalho, restando demonstrado, dessa forma, que a sentença fulminada de inconstitucionalidade não está sujeita à preclusão temporal, lógica ou consumativa, podendo ser reformada, inclusive, no bojo de precatório.

No âmbito da decisão do recurso ordinário, o Ministro relator João Batista Brito Pereira transcreveu outras ementas referentes a mesma matéria, entre as quais, o acórdão<sup>10</sup> do TST ROAR 616.357/1999, ac. SBDI-2, Rel. Min. Ronaldo Leal, publicado no DJ de 19/4/2002, no qual afirma:

...que o juiz da liquidação está obrigado a observar a cessação das prestações em atenção ao disposto no artigo 471, inciso I, do CPC, porquanto a superveniência de modificação do estado de fato ou de direito concerne, no processo do trabalho, à fase de liquidação, outorgando à parte o direito de pedir a revisão parcial da sentença sem necessidade de ajuizamento de ação de revisão.

Assim sendo, a decisão do TST reforça, de forma brilhante, a tese da relativização da coisa julgada constitucional, pois foi proclamada nos autos de um precatório e por não poder, à limitação ao Regime Jurídico Único, ser enquadrada como erro material ou de cálculo, mas tão-somente como inconstitucionalidade, fulminando a sentença homologatória de cálculos de nulidade absoluta na parte em que fere as limitações constitucionais.

Deve-se ressaltar que o TST assim vem decidindo, de forma quase unânime, quanto à limitação da competência da Justiça do Trabalho à vigência do RJU, consoante art. 114 da Constituição Federal de 1988, até o momento não se obtendo êxito junto ao TRT da 8<sup>a</sup> Região que persiste em, fundamentando-se na preclusão e coisa julgada, manter as decisões impugnadas por Agravo Regimental.

Há de se esclarecer ainda que a tese da relativização da coisa julgada constitucional é defendida no Brasil, por, entre outros consagrados

---

<sup>10</sup> Acórdão do TST ROAR 616.357/1999, ac. SBDI-2, Rel. Min. Ronaldo Leal (DJ de 19/04/2002)

doutrinadores, Humberto Theodoro Júnior, Cândido Dinamarco e Carlos Valder Nascimento.<sup>11</sup>

Os doutrinadores supracitados asseveram que as decisões jurisprudenciais estatais, reproduzem vontade do Estado-Juiz, portanto, sua validade pressupõe que devam estar em consonância com os ditames constitucionais por não ser legítimo eternizar injustiças a pretexto de evitar a eternização de incertezas.

Cândido Rangel Dinamarco<sup>12</sup> defende que a sentença inconstitucional é uma sentença contendo o enunciado de efeitos juridicamente impossíveis, sendo uma sentença desprovida de efeitos substanciais, porquanto “os efeitos impossíveis não se produzem nunca e, consequentemente, não existem na realidade do direito e na experiência da vida dos litigantes.”

Afirma ainda:

A sentença com o enunciado de efeitos impossíveis não será um ato jurídico inexistente, embora inexistentes os efeitos substanciais por ela programados. Como ato jurídico processual, ela terá, p.ex., o efeito de pôs fim ao processo. Faltar-lhe-á somente a eficácia pretendida.

Por sua vez, Carlos Valder Nascimento<sup>13</sup> defende ser nula a sentença eivada de inconstitucionalidade, quando ensina:

Por esse motivo, nula é a sentença que não se adequa ao princípio da constitucionalidade, porquanto impregnada de carga lesiva a ordem jurídica. Impõe, desse modo, sua eliminação do universo processual com vistas a restabelecer o primado da legalidade. Assim, não havendo possibilidade de sua substituição no mundo dos fatos e das idéias, deve ser decretada sua irremediável nulidade.

---

<sup>11</sup> NASCIMENTO, Carlos Valder (Coord.). *Coisa Julgada Inconstitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003.

<sup>12</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *Relativizar a Coisa Julgada Material*. *Revista da Procuradoria Geral do Estado do Pará*, Belém, n. 5, p.137-170, jul./dez., 2001. p.58.

<sup>13</sup> NASCIMENTO, *Op. cit.*, p. 14.

Humberto Theodoro Júnior e Juliana Cordeiro de Faria,<sup>14</sup> filiando-se à teoria da nulidade da coisa julgada constitucional, defendem:

Uma decisão judicial que viole diretamente a Constituição, ao contrário do que sustentam alguns, não é inexistente. Não há na hipótese de inconstitucionalidade mera aparência de ato. Sendo desconforme à Constituição o ato existe se reúne condições mínimas de identificabilidade das características de um ato judicial, o que significa dizer, que seja prolatado por um juiz investido de jurisdição, observando aos requisitos formais e processuais mínimos. (...) Assim embora existente, a exemplo do que se dá com a lei inconstitucional, o ato judicial é nulo, estando sujeito “em regra geral, aos princípios aplicáveis a quaisquer outros atos jurídicos inconstitucionais.

Quanto aos instrumentos processuais cabíveis para a impugnação de decisão qualificada por coisa julgada constitucional, Humberto Theodoro e Juliana Cordeiro sugerem, não ser inclusive necessária a interposição de ação rescisória frente a coisa julgada constitucional, bastante simples petição, posto a alegação de inconstitucionalidade não estar sujeita a preclusão, como se pode extrair do trecho abaixo transscrito:

Deste modo a admissão da ação rescisória não significa sujeição de declaração de inconstitucionalidade da coisa julgada ao prazo decadencial de dois anos, a exemplo do que se dá com a coisa julgada que contempla alguma nulidade absoluta, como é o exemplo do processo em que há vício de citação. (*omissis*) Em verdade, a coisa julgada inconstitucional, à vista da sua nulidade, reveste-se de uma aparência de coisa julgada, pelo que, a rigor, nem sequer seria necessário o uso da rescisória. Esta tem sido admitida pelo princípio da instrumentalidade e economicidade. O certo é que ‘verificando-se a inconstitucionalidade direta de uma decisão judicial, não deve haver preocupação em evitar que o tribunal seja colocado na situação de contradizer a decisão anterior desconforme com a Constituição’.

Sendo que, conforme acima já ressaltado, a decisão do TST em recurso ordinário, no bojo de precatório, reforça a idéia da informalidade dos meios para a obtenção da reforma de decisão inconstitucional, atingida pela coisa julgada.

---

<sup>14</sup> THEODORO JÚNIOR, *Op. cit.* p. 152.

Entre os meios encontrados em textos de doutrinadores brasileiros quanto ao instrumento processual a ser utilizado para o combate à coisa julgada constitucional destacam-se: a ação rescisória, a ação de nulidade por rito ordinário, simples petição e a essa lista, acrescenta-se, por este texto, o Pedido de Ordem Revisional ou agravo regimental da decisão que defere a expedição do precatório, como vem sendo utilizado pelo estado do Pará, em sede de precatório, visando à argüição de erros materiais, de cálculos e de nulidades absolutas, como, por exemplo, quando detectada coisa julgada em afronta direta à Constituição Federal de 1988.

Não se está por meio deste texto defendendo a balbúrdia jurídica, com a relativização de toda e qualquer coisa julgada, cujo juízo da parte apresenta como constitucional, por interpretações ou simples afirmações, mas sim deve a relativização proposta restringir-se apenas aos casos de violação frontal ao texto expresso na Constituição Federal, cuja afronta restar patente, sem necessidade de o douto magistrado descer às minúcias da exegese constitucional.

O panorama jurídico mundial deve sempre acompanhar o ritmo da modificação dos fatos sociais sempre visando a manter íntegro o princípio ideal da Justiça e, no caso do Brasil, deve buscar resguardar ao máximo, a Supremacia da Constituição Federal de 1988, a fim de manter um ordenamento jurídico forte e alicerçado em princípios superiores, de ordem natural.

---

## REFERÊNCIAS

CALAMANDREI, Piero. *Eles, Os Juízes*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1995.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Relativizar a coisa julgada material. Revista da Procuradoria Geral do Estado do Pará*, Belém, n. 5, p.137-170, jul./dez., 2001.

KELSEN, Hans. *O Problema da Justiça*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

MARINONI, Luiz Guilherme. O Princípio da Segurança dos Atos Jurisdicionais: a questão da Relativização da Coisa Julgada Material. *Revista Jurídica*, São Paulo, n. 317, p. 14-33, mar., 2004.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 1999.

NASCIMENTO, Carlos Valder (Coord.). *Coisa Julgada Inconstitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003.

NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Elementos de Direito Processual Civil*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. v. 2.

SILVA, Ovídio A. Batista da. Coisa Julgada Relativa? *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 821, p. 29 –38, mar.,2004.



# ALGUNS ENTRAVES À CONCESSÃO E EXECUÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA – IRREVERSIBILIDADE DOS EFEITOS – RISCO DE DANO IRREPARÁVEL A BENS JURÍDICOS INDISPONÍVEIS: UMA VISÃO EVOLUTIVA DO PROCESSO DE MODO A ASSEGURAR SUA EFETIVIDADE

*Alexandre Augusto Lobato Bello*<sup>1</sup>

## INTRODUÇÃO

Desde que foi positivado de forma específica no direito processual civil brasileiro, o instituto da tutela antecipada vem sendo festejado pela doutrina como um dos mais eficazes instrumentos de efetividade do processo.

A possibilidade de o Juízo, a requerimento do autor, antecipar total ou parcialmente os efeitos da tutela pretendida diante de certas circunstâncias – *prova inequívoca que lhe convença da verossimilhança da alegação, fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação*; ou de abuso no direito de defesa<sup>2</sup> -, em tese, afigura-se como remédio capaz de inibir os efeitos negativos, fáticos ou materiais, que a demora natural do processo pode causar ao direito ali deduzido.

Todavia, a mesma norma que autoriza a concessão da tutela diante dos requisitos acima citados, aduz também que não se concederá a antecipação da tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado.<sup>3</sup>

Essa norma evidencia, obviamente, cuidado do legislador em inibir abusos na utilização desse instituto. Com efeito, assegurar efetividade ao

---

<sup>1</sup> Advogado, Procurador do Estado do Pará e Mestrando em Direito pela UFPA.

<sup>2</sup> Leia-se: de irreversibilidade dos efeitos materiais do provimento antecipado, não da decisão em si mesma, sempre passível de reforma, segundo de pode interpretar dos termos do art. 273, *caput* e incisos I e II do CPC.

<sup>3</sup> O CPC assim dispõe no § 2.º do art. 273: “Não se concederá a antecipação da tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado.”

processo e, enfim, às decisões finais dele decorrentes, não representa, por outro lado, absoluto afastamento dos princípios da segurança jurídica, do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório, muito menos, absoluta limitação ao direito de propriedade.

Por outro lado, também não se olvide que o provimento antecipatório, por natureza, é precário, ou seja, revogável pelo juízo que o concedeu.<sup>4</sup> Também se diga, que, regra geral, tal provimento decorre de uma cognição sumária, produzida muitas vezes sem a oitiva do réu, provimento sujeito assim a juízo retificador ulterior, que pode modificar-se diante de outros fatos deduzidos em juízo que, eventualmente, desfaçam a verossimilhança da alegação antes formulada pelo autor.

Desse modo, válido é que o sistema apresente precauções quando haja fundado risco de concedida a tutela, seus efeitos materiais se revelarem irreversíveis mesmo depois de revogada a medida.

Mas, enfim, a par da norma que proíbe a concessão e execução da tutela quando houver perigo de irreversibilidade, o fim visado pela norma é dar efetividade ao processo e isso deve ser considerado, sob pena de, em certos casos, inviabilizar o instituto, como observa ZAVASCKI<sup>5</sup>: "... a vedação inscrita no § 2.º deve ser relativizada, sob pena de comprometer quase por inteiro o próprio instituto da antecipação da tutela".

---

<sup>4</sup> E até mesmo pelo juízo de segundo grau no que se tem conceituado de tutela antecipada recursal ou "efeito ativo".

<sup>5</sup> ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da tutela*. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 97.

Não bastassem as condições positivas e negativas referentes ao que se pode chamar de “fase de conhecimento do pleito antecipatório de tutela”,<sup>6</sup> não se pode desconhecer também que a decisão que antecipa a tutela há de ser executada, ou, como trata a lei processual após a última reforma, efetivada, também respeitando a vedação legal à irreversibilidade dos efeitos materiais da antecipação da tutela. Uma análise superficial da vedação do § 2.º do art. 273 do Código de Processo Civil pode conduzir ao entendimento de que não poderá haver execução de tutela antecipada que cause perigo de irreversibilidade da tutela.<sup>7</sup>

Entretanto, a remissão feita pelo § 3.º do citado art. 273 do CPC, aduzindo que a efetivação da tutela antecipada observará, no que couber e conforme sua natureza, entre outros, as normas previstas no art. 588, relativo à execução provisória, pode ensejar situações extremadas em que haja pagamento em sede de tutela antecipada, até com dispensa de caução, em casos de créditos de natureza alimentar quando houver estado de necessidade (§ 2.º do art. 588).

Nestes casos, é admissível que se tolere a existência de risco de irreversibilidade que tanto proíbe a norma do § 2.º do art. 273, especialmente em situações - limite em que esteja em risco bem ou direito fundamental, por exemplo, quando haja risco à vida ou à saúde.

Tem-se reconhecido que, dada a sua natureza, a decisão que antecipa

---

<sup>6</sup> Leia-se como uma fase preliminar, já que não se concebe execução em processo autônomo na antecipação da tutela, sob pena de inviabilizar esse instituto que surgiu para evitar os efeitos nefastos da demora do processo.

<sup>7</sup> Assim se posiciona SHIMURA, Sérgio. *Efetivação das tutelas de urgência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 673. Série Processo de Execução e Assuntos Afins, v. 2.

os efeitos da tutela pretendida é executada no próprio processo de conhecimento, sem nenhum intervalo, possuindo natureza mandamental ou executiva *lato sensu*.<sup>8</sup> Mesmo nos casos de tutela de obrigação de fazer e de não fazer e de dar coisa certa, em face da previsão dos art. 461 e 461-A do CPC, essas situações de risco de irreversibilidade podem suscitar controvérsias quanto à eficácia da antecipação da tutela para o fim de propiciar efetividade ao processo.

A tão almejada efetividade postulada pela positivação do instituto da antecipação da tutela é “colocada em cheque” quando se admite que uma decisão, em princípio precária e fundada em juízo de probabilidade, possa tornar materialmente possível desde logo, direito ainda não objeto de acertamento via sentença.

Sobre o assunto, FREDIE DIDIER JR. fica intrigado dizendo:

...Uma decisão provisória, fundada em cognição sumária, cujo recurso cabível não tem efeito suspensivo *ex legis* (agravo de instrumento), efetiva-se imediatamente; uma decisão definitiva, coberta pelo sacrossanto manto da coisa julgada, lastrada em cognição exauriente, exige um processo de execução, que autoriza manifestação defensiva do executado (embargos à execução), que, com sua simples interposição, suspende o prosseguimento da tarefa executiva.

Mas, por outro lado, também se questiona: até que ponto o risco de irreversibilidade dos efeitos da tutela antecipada, a que visa a lei afastar possa, na

---

<sup>8</sup> Fredie Didier Jr, bem esclarece: “a medida antecipatória não se efetiva, necessariamente, pela técnica executiva, normalmente associada a uma atividade sub-rogatória do Estado exercida em processo posterior ao de conhecimento, responsável pela formação do título executivo. A efetivação da tutela antecipada se opera no mesmo processo em que é proferida (o que veda a interposição de embargos à execução), por provimentos mandamentais (execução indireta) ou executivos em sentido lato (execução por sub-rogação), podendo valer-se o magistrado de todas as medidas de apoio previstas nos § 4.º e 5.º do art. 461...” (DIDIER JÚNIOR, Fredie. *A nova reforma processual*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 62)

prática, inviabilizar o instituto, especialmente, quando se está diante de casos-límite em que é indispensável a tutela antecipada de direitos absolutos e inalienáveis sob pena de sua perda irreversível?

Trata-se de certo paradoxo, como aponta FREDIE DIDIER JR.,<sup>9</sup> que chega a considerar como “contradição insanável do sistema, cuja solução se revela, a cada dia, mais preemente”.

Concordamos com a preocupação do mestre baiano, mas vemos que a solução está em admitir que estamos - como destaca DINAMARCO<sup>10</sup> - diante de nova era do processo civil, na qual é preciso reler antigos princípios diante de nova realidade, de nova sociedade que demanda por novas soluções, de modo a flexibilizar antigos dogmas, na busca da efetividade processual, e mais que isso, na busca da realização da justiça do caso concreto.

JOÃO BATISTA LOPES<sup>11</sup> aduz que: “ As exigências da vida moderna tornaram patente a necessidade de conferir ao processo, a par da certeza e da segurança jurídica, função social mais ambiciosa, qual seja, a pacificação com justiça.”

De todo modo, todo esse “pano de fundo” normativo, todas essas condicionantes positivas e negativas necessárias à efetivação da antecipação da tutela como instituto de direito processual, em muitos casos, representam consideráveis dificuldades aos juízes na tarefa de realizar o direito contido na

---

<sup>9</sup> DIDIER JÚNIOR, Fredie, *Op.cit.*, p. 63.

<sup>10</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *A nova era do processo civil*. São Paulo: Malheiros, 2003.

<sup>11</sup> LOPES, João Batista. *Tutela antecipada no processo civil brasileiro: de acordo com a Lei 10.444/2002*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 27.

norma abstrata, concretizando o instituto. Especialmente, se não perceberem ou extraírem, no amplo contexto normativo, os valores e princípios que se afiguram preponderantes para a solução da controvérsia.

Este trabalho pretende trazer a lume esses conflitos - e suas soluções - uma vez que diante dos juízes é comum se apresentarem situações-limite que demandem visão normativa superior, que até mesmo transcendam à ordem estritamente processual ordinária.

Ora, se, em tese, é possível admitir situações em que é materialmente irreversível provimento antecipatório, o que fazer quando a não concessão imediata ou execução da antecipação da tutela postulada resultar no perecimento do direito afirmado na pretensão do autor?

E mais: quando tal direito surge como provável,<sup>12</sup> pois satisfatoriamente demonstrado pelo autor nos termos exigidos pela lei processual para a concessão imediata da tutela? Impossível a concessão e execução da tutela antecipada por vedação legal?

A questão que se coloca é: qual o conteúdo do direito aplicável a esse tipo de situação concreta, a um conflito deduzido em juízo? E qual a regra concreta que, não apenas atenda ao direito abstrato, mas também signifique afirmação de justiça na solução do conflito? As respostas nem sempre são fáceis e diretas.

Assim, não poucas vezes enfrentará o Juízo o já citado dilema: nas circunstâncias do caso concreto, deve dar efetividade ao direito do autor (direito

---

<sup>12</sup> Ainda que não goze, nesse momento, do mesmo grau de certeza pertinente às sentenças, precedidas de uma cognição exauriente do Juízo.

demonstrado com grau de provável) e antecipar e executar a tutela pretendida mesmo correndo risco de gerar certo grau de insegurança jurídica, e, assim, até mesmo possibilitar com sua decisão provisória eventuais e futuros danos ao réu vencedor? Ou deve ser cauteloso e defensor intransigente da segurança jurídica, e negar a antecipação pretendida sob a alegação de que esta pode gerar tal insegurança ao réu (e ao processo como relação jurídica) a ponto de produzir efeitos irreversíveis à parte contrária? Difícil dizer de pronto...

Apesar disso, pode-se desde logo alertar que em toda lide<sup>13</sup> sempre estarão em jogo bens, valores e interesses, os quais caberá ao Juízo sopesar diante do conteúdo do ordenamento jurídico positivo. A solução final - ou provisória, no caso da tutela antecipada - resultará sempre desse balanceamento judicial de bens, valores e interesses.

Esse, em nosso sentir, é o cerne da atividade judicial, cujo exercício ocorre em um “jogo” em que o risco é inerente, já que inexiste certeza absoluta, mas apenas ideal. No qual a tarefa judicial é velar por uma decisão que se aproxime dessa verdade ideal, sem, contudo, sacrificar nesse caminho, pela demora em decidir o direito que mais se aproximar dessa verdade ideal - mais provável - o que especialmente ocorre nos casos de pedidos de tutela antecipada.

Essa a função inevitável da função jurisdicional apontada por DINAMARCO:<sup>14</sup>

<sup>13</sup> Concepção de Cornelutti, atualizada por Liebman que acrescenta ao conceito do primeiro o fato de a lide representar apenas o conflito deduzido em juízo, podendo este ser deduzido total ou parcialmente em juízo – o que for deduzido ter-se-á como lide ou conflito deduzido em juízo.

<sup>14</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1994. p. 236 *et seq.*

É inevitável, em qualquer processo, a presença do trinômio: *certeza-probabilidade-risco*. A sabedoria do juiz reside em dispensar os rigores absolutos de uma certeza, aceitando a probabilidade adequada e dimensionando os riscos que legitimamente podem ser enfrentados.

Por outro lado, inegável que diante de aparente impasse normativo, não se deve perder de vista o contexto que o cerca.

O âmbito das reformas processuais que têm sido implementadas tem como objetivo central à aceleração da tutela jurisdicional e, especialmente, o firme intento de afrouxar as amarras de poderosos dogmas de longa data sedimentados na cultura processualística ocidental.

O mestre DINAMARCO<sup>15</sup> já destacou que o acesso à justiça é o mais elevado e digno dos valores a cultuar no trato das coisas do processo. A solene promessa de oferecer tutela jurisdicional a quem tiver razão é, ao mesmo tempo, um princípio-síntese e o objetivo final no universo de princípios e garantias inerentes ao direito processual constitucional. Todos os demais princípios e garantias foram concebidos e atuam no sistema como meios coordenados entre si e destinados a oferecer um processo justo.

Nesse sentido, é que se deve ler e interpretar o instituto da antecipação da tutela e seus respectivos condicionantes. Só assim é possível lhe dar efetividade e assegurar o pleno acesso à justiça.

E mais que isso, concretizando, quando necessário, valores jurídicos preponderantes. Renunciando a dogmas desnecessários. Relendo princípios de

---

<sup>15</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel, 2003. p. 12.

modo a dar ao processo uma feição humana, no qual o juiz é constantemente instado a voltar seus sentidos, ao valor do justo e socialmente legítimo.

Diante de algumas situações-limite (deduzidas via pedido de tutela antecipada), que colocam em choque princípios, bens e valores jurídicos, urge perguntar: qual a atitude do julgador? Qual a decisão justa, mas também em consonância com o direito positivo pátrio? O direito positivo pátrio é lacunoso quanto ao tema, ou apresenta incorreções e, neste caso, qual a função judicial? Há conflitos entre princípios jurídicos, e se houver, como solucioná-los?

E mais: considerando que a lei processual civil apresenta neste aspecto normas de textura aberta,<sup>16</sup> não se estaria colocando nas mãos do Juízo considerável poder discricionário e isento de limites? Mas será tal poder realmente desprovido de limites? E como lidar com os princípios constitucionais que estão inseridos nesse contexto normativo, às vezes de modo conflitante?

Apontando talvez na direção de tais questões e, eventualmente, de suas respostas, a doutrina e a jurisprudência não cansam de apontar situações deduzidas judicialmente em que o autor postula, por meio de antecipação de tutela, direitos chamados “absolutos” tais como: o direito à vida, à integridade física etc.

O Juízo do feito está, no caso, diante de duas situações passíveis de danos irreversíveis: se não concede a tutela, a direito provável, corre o autor sério risco de morte ou de danos irreparáveis à saúde; se, por outro lado, a concede

---

<sup>16</sup> São regras jurídicas com limites imprecisos, significando que haveria áreas de conduta em que muitas coisas devem ser deixadas para ser desenvolvidas pelos tribunais que determinariam o equilíbrio, à luz das circunstâncias, entre os interesses conflitantes.

provisoriamente, e, entretanto, mais adiante, trouxer o Réu, elementos capazes de afastar a pretensão do autor, a materialização dos efeitos da tutela antecipada tornar-se-á praticamente irreversível até mesmo em face dos altos custos do tratamento adiantado.

Embora todos os direitos sejam merecedores de respeito e proteção, inegável que o sistema jurídico pátrio expressa valores que parecem conduzir ao entendimento de que alguns direitos fundamentais do cidadão - irrenunciáveis, indisponíveis e imprescritíveis - gozam de *status* mais elevado, pois inerentes à dignidade da pessoa humana.

O TJE-SP,<sup>17</sup> em precedente apontado por JOÃO BATISTA LOPES,<sup>18</sup> já concedeu liminar para assegurar a continuidade de assistência médica contratada durante o período de litigiosidade pondo em relevo:

A magnitude do direito a ser tutelado (vidas humanas) sobrepõe-se ao interesse financeiro, conforme o art. 5º, caput, da Constituição Federal. O contrato de saúde 'cria um direito obrigacional de resarcimento sobre um direito absoluto' (Galen Lacerda, 'Seguro de Saúde', RT 71:119). Comporta proteção acautelatória. Prudente garantir a executoriedade ou a continuidade da assistência médica e odontológica enquanto corre na Justiça a ação que vai definir provável sobrevida legal do contrato. Este o escopo a acautelar. O 'periculum in mora' é manifesto. O plano de assistência médica transformou-se em um tipo de poupança das pessoas, uma prevenção contra males provenientes da precariedade do serviço público de saúde. Seguros ou planos são firmados por necessidade e a ruptura abrupta da executoriedade significa uma ameaça ao exercício de um direito básico de cidadania. Retirar dos beneficiários a fruição das expectativas normais do contrato, sem equidade, representa oficializar o desamparo imprudente, um risco que não compensa assumir porque irrecuperável.

---

<sup>17</sup> TJSP – 3.ª Câm.; Ag. de Instr. N. 117.174-4/6-Campinas-SP; Rel. Des. Énio Santarelli Zuliani; j. 29-06-1999; v.u

<sup>18</sup> LOPES, João Batista, *Op. cit.*, p. 84.

Esse entendimento já foi exposto pelo STJ (no Ag. Rg. MC 2992/RJ, 3.<sup>a</sup> T.), em que o Exmo. Min. Barros Monteiro, em voto de desempate, fez a ponderação de dois interesses em alegação de perigo de irreversibilidade em sede de tutela antecipada, verificando quem, se recorrido ou recorrente, suportaria melhor as conseqüências da antecipação de tutela deferida:

Tanto o MM. Juiz singular, como o acórdão recorrido teceram comentários acerca da existência de ‘um mal maior’, conforme a tutela fosse concedida ou indeferida. É a resposta à indagação: quem perderia mais, o requerente ou o requerido? Sopesando-se os elementos expostos pela decisão recorrida e, outrossim, os fatos descritos pelas partes, não tenho dúvida em asserir que o requerido – ora agravante – suportará maiores danos sendo por isso merecedor de uma tutela jurisdicional mais efetiva: opera ele no mesmo ramo há cerca de cinco anos, enquanto que o banco requerente se encontra instalado no país há menos tempo; bastante diferenciada é a envergadura que ostentam as empresas em conflito, daí que a confusão de nomes entre elas poderá provocar um sufocamento de quem for mais frágil; o banco requerente em várias oportunidades modificou a sua denominação, de maneira que está em melhores condições de fazê-lo em mais uma vez, podendo valer-se para tanto de seu reconhecido e admitido potencial econômico.<sup>19</sup>

De todo modo, diante da literalidade da norma processual civil e do fato de que a Constituição Federal também assegura proteção ao devido processo legal, a segurança jurídica, à ampla defesa e ao contraditório, a questão que se coloca merece a presente avaliação e discussão.

Até porque, como já afirmou J.J. CALMON DE PASSOS:<sup>20</sup>

...O grau de convencimento que autoriza, em termos de prova, a antecipação, é o mesmo que a desautoriza, em casos de irreversibilidade. Foi acertado o comportamento do legislador? Em princípio, sim. Admitir a antecipação do que será irreversível é

---

<sup>19</sup> Apud PENNA, Newton; OLIVEIRA, Fábio Cesar dos Santos; ANCIÃES, Marta Cristina Pires. O Perigo da irreversibilidade na tutela antecipada. *Revista de Processo*, São Paulo, v.27, n.106, p.84-101, abr./jun., 2002.

<sup>20</sup> Apud FRIED, REIS. *Tutela antecipada, tutela específica e tutela cautelar*. 5. ed., rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 1999. p. 150.

transformar em definitiva uma execução que dessa natureza não se pode revestir ou se colocar o executado, dada a falta de caução, sem garantia de resarcimento.

Merece ainda destaque JOÃO BATISTA LOPES<sup>21</sup> para quem:

... a proibição da tutela antecipada nos casos de perigo de irreversibilidade é opção política do legislador, com o evidente propósito de resguardar os direitos do réu cuja defesa ainda não foi amplamente examinada.

Essas e outras questões é que nos propomos a, senão responder, mas enfrentar neste trabalho.

## 1 A NOVA ERA NO DIREITO PROCESSUAL CIVIL: RELEITURA DO SISTEMA

De fato, torna-se verdadeiro paradoxo, até mesmo contradição insanável do sistema, a análise das condições para a concessão e, enfim, para a efetivação/execução da antecipação da tutela antecipada, feita sob as amarras da visão clássica do processo.

Parte da doutrina, de modo mais conservador, parece ainda manter os pés nessa realidade. É o caso, por exemplo, de ARAKEN DE ASSIS,<sup>22</sup> para quem:

é ilegítimo criar um ‘processo civil do autor’, a partir da antecipação do art. 273, negando toda e qualquer tutela ao executado. A sua defesa se converteria em insossa pilharia se ‘a atuação’ do provimento antecipatório desobedecesse aos meios executórios antecipadamente estabelecidos’. Esse eminente mestre chega a demonstrar descrença na eficácia do instituto da antecipação da tutela: “idênticamente, quanto à ‘atuação’ da tutela antecipada, o voluntarismo doutrinário, compreensível que seja na perspectiva ideológica, é incapaz de resolver os problemas executivos”. Para esse mestre somente se alcançará a efetividade da tutela “pelo emprego dos meios executórios legal e antecipadamente instituídos, cuja obrigatoriedade aplicação defluirá, ademais, do *procedural due process*”.

---

<sup>21</sup> LOPES, João Batista. *Op. cit.*, p. 82.

<sup>22</sup> ASSIS, Araken de. Execução da Tutela Antecipada. IN: SHIMURA, Sérgio; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Processo de Execução*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p.62-63. Série Processo de Execução e Assuntos Afins, v. 2

A visão liberal do processo, calcada em um apego demasiado às garantias e um exagerado conceitualismo, tornou ao longo dos anos certos valores afirmados no processo dogmas intransponíveis. Se é certo que sua previsão e proteção se justifica, o apego demasiado e incondicional a tais valores, sem nenhuma referência aos fins sociais e instrumentais do processo, os torna, em certa medida, instrumentos de injustiça, em que a forma e os meios sacrificam os fins e o objeto do direito.

Assim, em nome dos valores contidos nos princípios do contraditório e do devido processo legal - diga-se, de forma alguma desprezíveis – levam-se ao extremo meros formalismos. Reduz-se assim o processo a um ambiente favorável à malícia e à astúcia procedimentais, que conduzem à demora injustificada do processo.

As reformas processuais que têm sido produzidas no Brasil refletem essa preocupação e a consciência de que se está diante de nova realidade social, que demanda novas soluções e novas visões do processo, da jurisdição e da ação.

Inconcebível nos dias atuais sacrificar direitos deduzidos no Processo, de natureza absoluta (como por exemplo, os direitos à vida, à saúde, à educação etc.), única e exclusivamente para dar guarda absoluta a outras garantias, como segurança, devido processo legal. Estas, apesar de necessárias ao sistema, não podem e não devem ser tomadas como seu objeto e fim único.

Destaca-se o papel de certos princípios processuais erigidos como garantias fundamentais previstas em nível constitucional. Agindo assim se estará

reconhecendo o Processo como algo fundamental à cidadania, por meio do qual efetiva-se o direito e garantia de acesso à justiça.

Destaca-se também que todos os princípios e garantias constitucionais sejam tomados como “penhores da obtenção de resultados justos”<sup>23</sup>, sem, entretanto, tornarem-se fins em si mesmos.

Além disso, exige-se que os princípios sejam interpretados sistematicamente, de modo a considerar e inserir uma interpretação de acordo com as situações concretas e os valores vigentes ao seu tempo.

A nova maneira de ver o processo admite, em certos casos, sacrificar a pureza – não do princípio em si mesmo, mas de seus contornos, de sua profundidade ou caracterização - de forma a oferecer tutela jurisdicional efetiva, ou seja, plena e tempestiva.

Não há, portanto, mais lugar para garantias e princípios sem amparo na realidade e nas necessidades de justiça nos casos concretos deduzidos em juízo. Eles devem ter dimensão e conteúdo retirados das situações e conflitos da vida, objeto de uma jurisdição baseada na justiça, tal qual já ensinou DINAMARCO:

A regra de ouro para a solução de problemas dessa ordem é a lembrança de que nenhum princípio é um objetivo em si mesmo e todos eles, em seu conjunto, devem valer como meios de melhor proporcionar um sistema processual justo, capaz de efetivar a promessa constitucional de acesso à justiça.<sup>24</sup>

Advitta-se que o afastamento de certos dogmas e uma releitura de princípios de forma evolutiva - na busca de soluções efetivas e justas proporcionadas pelo processo - não implicam sua renúncia.

---

<sup>23</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel, 2003. p. 13.

<sup>24</sup> \_\_\_\_\_, *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 248-249.

Os princípios político-constitucionais dão consistência, harmonia e legitimidade ao sistema. Assim, são seguros pontos de partida para uma interpretação adequada – e não amarras ao resultado dessa interpretação.<sup>25</sup>

A “pedra de toque”, no caso, como dito, é reler tais princípios, não renegá-los. De forma alguma é o caso de repudiar a segurança jurídica, o devido processo legal, o contraditório, a ampla defesa, mas sim, verificar, no caso concreto, a medida de sua aplicação diante da necessidade de se fazer justiça, de se dar efetividade à decisão que concretiza a norma geral abstrata.

Nesse sentido, as técnicas processuais vêm, em certos casos, mitigando o rigor dos princípios, a fim de harmonizá-los com os objetivos superiores a realizar. Leia-se: o acesso à justiça. E com isso renunciando a certos dogmas insensíveis às injustiças realizadas no processo, pelo processo e em seus resultados.

Por outro lado, essa nova visão do processo, como mecanismo de afirmação do valor superior do acesso à justiça, demanda atitude de coragem do aplicador e intérprete do direito, uma vez que as soluções judiciais, mais e mais, demandam soluções céleres e efetivas, o que implica assunção de riscos.

É preciso compreender que, como a vida, o processo, para evoluir, para atingir seus resultados, não se nutre apenas da segurança e das certezas. Tal qual a vida apresenta certezas, mas também de probabilidades e de riscos.

Em sede de tutelas de urgências, caso da tutela antecipada, essa nova visão da jurisdição se destaca. Isso porque há premente necessidade de evitar

---

<sup>25</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel, 2003. p. 14.

danos de difícil reparação ao direito afirmado e demonstrado. Justifica-se a renúncia a dogmas ou obsessões de certeza até mesmo sob o risco de erro.

Além disso, não se pode perder de vista que em Direito alguns conceitos são deduzidos de aproximações ou convenções em torno da realidade.

Sabe-se que mesmo uma sentença de mérito transitada em julgado não reflete necessariamente a verdade utópica, mas a que resultou da convicção do juiz com base nas provas deduzidas nos autos. Mesmo uma decisão final, em verdade, não passa de uma convenção a qual a lei estipulou efeitos que, em determinado momento, tornam-se inalteráveis pela coisa julgada.

Enfim, não se deve enganar: trata-se apenas de uma administração de riscos, que podem ser maiores ou menores, mas que sempre existirão, seja em uma sentença, seja em uma decisão proferida em pedido de antecipação de tutela.

É o que SÉRGIO SILVA MURITIBA adverte:

...há que se ter em mente que, em não sendo possível uma busca da verdade e de uma justiça infalível, tais juízos deve se orientar pragmaticamente pela vontade de a todo custo administrar os conflitos e seus riscos, com base em procedimentos instituídos pelo direito e nas leituras da realidade exterior efetuadas através dele.<sup>26</sup>

No caso da tutela antecipada, a verossimilhança exigida designa um determinado grau de convencimento que é imposto ao juiz para que possa emitir determinado juízo baseado na aparência e na cognição superficial, entendida esta como probabilidade elevada de que o que se apresenta seja verdadeiro.<sup>27</sup>

---

<sup>26</sup> MURITIBA, Sérgio Silva et alli. *Critério da proporcionalidade na concessão de medidas de urgência de caráter antecipatório (parágrafo 2.º, do art. 273, do CPC)* : considerações zetéticas e dogmáticas. Inovações sobre o direito processual civil: tutelas de urgência. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 43.

<sup>27</sup> *Idem, ibidem*, p. 431.

Essa probabilidade seria conceituada como a preponderância dos motivos convergentes à aceitação de determinada proposição, sobre os motivos divergentes que aconselham ao contrário.

O conflito normativo existente no instituto da tutela antecipada deve ser desde logo mitigado em favor da efetividade processual, uma vez que este é apenas aparente e resultado de uma leitura mitificada das coisas do Processo.

Com efeito, como se disse, segurança e certeza são apenas mitos e convenções que dão aos juristas a impressão de estarem isentos de riscos no curso do processo.

A certeza é apenas manifestação subjetiva da verdade, pois ocorre quando a mente afasta todos os motivos divergentes, para aceitar os convergentes. Mas, como manifestação objetiva, a certeza não existe no processo senão ligada à noção de segurança jurídica, de estabilidade do julgado.

A certeza é, assim, mero instrumento de administração dos riscos, mera probabilidade, variando somente segundo: 1) o grau de probabilidade exigido e, inversamente, 2) os limites toleráveis dos riscos.

Assim, como disse DINAMARCO, o equilíbrio do sistema é gerado pelo encadeamento sistemático entre certezas, probabilidades e riscos, com a oferta de mecanismos idôneos a corrigir os males de eventuais erros ou injustiças.

No caso da antecipação da tutela, a sua concessão sempre será revogável pelo juízo concedente ou mesmo pelo Tribunal (via agravo de instrumento). E mesmo se irreversível após a sua efetivação/execução, sempre será possível ou o levantamento de caução exigida ou a reparação de danos nos casos contidos no art. 588 do CPC.

Como já expôs WATANABE,<sup>28</sup> as formas de cognição sumárias são fruto de um processo civil orientado pelo risco, emergente de uma sociedade pós-moderna afetada pela velocidade das transformações tecnológicas e pela queda epistemológica dos valores da certeza e segurança. Já foi dito também que “o futuro do processo civil será dominado pelos provimentos urgentes e provisórios, obtidos com base em cognição sumária.<sup>29</sup>

Essa nova forma de ver o Processo é absolutamente legítima. Sua destinação é propiciar uma justiça mais ágil, mais rápida. O que é conseguido quando se deixa de ler certos princípios como dogmas ou mitos e não como de fato são: elementos inseridos em um contexto que serve a fins maiores. O seja, como, verdadeiramente, instrumentos de afirmação do valor justiça, do valor do acesso a esta.

Não se trata assim de repudiar regras tradicionais de inegável relevância, mas somente dimensionar adequadamente a sua aplicação com um fim maior: a efetividade processual.

## **2 AFIRMAÇÃO DO VALOR EFETIVIDADE PROCESSUAL**

Até aqui ficou claro que não se pode enfrentar o tema sem ter em mente seu contexto. Sem situá-lo no tempo e no espaço. Sem verificar suas circunstâncias fáticas e jurídicas. E, pelo menos superficialmente, avaliar o espectro valorativo que o envolve, até porque a investigação do direito, sua interpretação e aplicação sofre, inequivocamente influência dos valores que, por

---

<sup>28</sup> WATANABE, Kazuo. *Da cognição civil*. São Paulo: Bookseller, 2000. p. 95.

<sup>29</sup> CASELLA, Mário, *apud* BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 111.

serem uma das facetas da personalidade humana, alteram-se à razão direta que esta varia de Estado e de sociedade, no tempo e no espaço.

Assim também ocorre com o ordenamento jurídico, que não é senão reflexo desse fato humano. Mais ainda no caso da antecipação de tutela, porque alguns conceitos inerentes a esse instituto dependem, ao fim e ao cabo, da sensibilidade, aptidão e da habilidade de cada juiz para perceber, captar e, por fim, extrair do ordenamento jurídico, os valores impregnados nas normas (ou princípios) aplicáveis, de modo a extrair a regra concreta aplicável ao caso judicial.

J. E. CARREIRA ALVIM<sup>30</sup> já salientou, por exemplo, que: “o conceito de verossimilhança depende do subjetivismo de cada autor, e continuará a depender do de cada juiz, no momento de decidir sobre o pedido de antecipação de tutela”.

Daí pergunta-se então: quais, em tese, são os valores que podem ser percebidos ou sentidos no ordenamento jurídico processual pátrio? Partindo-se da norma fundamental, a Constituição Federal, pode-se destacar, em sede processual, os valores da efetividade (justiça) e da segurança jurídica.

Também há outros, decorrentes destes valores fundamentais, especificamente ligados ao processo, manifestados pelos princípios da ampla defesa, do contraditório, do devido processo legal, da necessidade de fundamentação das decisões, da efetividade processual, da relatividade das formas etc.

---

<sup>30</sup> ALVIM, J. E, Carreira. *Código de Processo Civil reformado*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1996. p. 107.

Evidentemente há ainda outros, não especificamente processuais, mas que devem ser considerados, entre os quais se destacam: o da dignidade da pessoa humana, os direitos da personalidade, à vida, à saúde, à cidadania etc.

No caso do direito processual pátrio atual, todavia, é inegável que alguns valores inseridos no sistema jurídico têm se destacado sobre outros. É o caso do *valor efetividade, do valor celeridade, do valor probabilidade do direito*, aos quais se tem dado maior grau de importância que os *da segurança, da formalidade ou da certeza absoluta do direito*.<sup>31</sup>

Nesse sentido, e de um modo geral, maior efetividade do processo tem sido defendida incessantemente na doutrina, jurisprudência e legislação de processo civil desde a segunda metade do século XX até o século atual, chegando a considerar esse tempo como “um tempo de mudanças”. Porta-se a bandeira da efetividade do processo no sentido de torná-lo mais útil e socialmente legítimo.<sup>32</sup>

Em regra, tem-se entendido que a demora na solução judicial dos conflitos é a principal causa da sensação de frustração da sociedade em geral com as soluções oferecidas pelo sistema processual civil. Sente-se que o direito que demora muito a ser reconhecido e realizado judicialmente é direito muitas vezes ineficaz, inócuo – é ganhar e não levar.

Essa nova idéia de processo, sob o prisma finalístico, denominar-se-ia “acesso à justiça”. Não apenas acesso à prestação jurisdicional, mas sim um

---

<sup>31</sup> Leia-se: atribuição de maior grau de importância, não a ponto de um afastamento absoluto de uns sobre os outros.

<sup>32</sup> Iniciativas nesse campo houve nas Américas e em toda a Europa, em especial na Itália, em que DINAMARCO em seu livro, destaca manifestações de Mauro Cappelli e Vítorio Denti. (*A Reforma do Código de Processo Civil*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 21).

“acesso de resultados”. Acesso à justiça equivaleria à obtenção de resultados justos ou acesso à ordem jurídica justa.<sup>33</sup>

Para que essa garantia básica e fundamental possa ser atendida, a prestação jurisdicional haveria de se revestir de efetividade. Ou seja, que a decisão final, seja ela qual for, possa proporcionar ao titular do direito lesado um resultado prático equivalente ao que este obteria pelo cumprimento voluntário e oportuno da prestação assegurada pelo direito material.<sup>34</sup>

O processo efetivo seria aquele que garante ao cidadão tutela jurisdicional que seja capaz de realizar, efetivamente, o direito afirmado pelo autor.<sup>35</sup>

Tem-se assim que a noção de efetividade do processo não se limita apenas ao direito de acesso ao Judiciário, mas também à obtenção de uma decisão judicial que seja adequada à realidade de direito material, à razão e ao plano dos fatos que, enfim, justificaram a existência do processo.

Disso distinguem-se prestação jurisdicional e tutela jurisdicional. O direito à prestação jurisdicional é o direito à apreciação do conflito pelo Poder Judiciário e não a um resultado favorável ou a uma declaração da existência do direito material pretendido. Já o direito à tutela jurisdicional é o direito à prestação da tutela adequada, de modo a atingir o mesmo resultado que seria atingido se as normas tivessem sido observadas espontaneamente pela partes, e, sobretudo, que essa tutela seja necessariamente rápida.

---

<sup>33</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel, 2003. p. 21

<sup>34</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. As liminares e a tutela de urgência. *Revista Jurídica Consulex*, v.6, n. 139, p.50, out., 2002.

<sup>35</sup> AMARAL, Júlio Ricardo de Paula. *Tutela Antecipatória*. São Paulo : Saraiva, 2001. p.7.

Todavia, o grande entrave para a efetividade do processo tem sido reiteradamente apontado como a demora na entrega da tutela jurisdicional, ou melhor, na entrega da prestação jurisdicional adequada.

Razões para tanto têm sido apontadas: a defesa intransigente da segurança jurídica e o apego incondicional aos princípios do devido processo legal do contraditório e da ampla defesa; além de uma desproporcional valorização do processo como se este fosse um fim em si mesmo e não um instrumento da jurisdição.

A doutrina não tardou a apresentar soluções processuais concretas para esses problemas, entre elas a utilização de tutelas jurisdicionais diferenciadas, de modo a realizar de forma mais breve a tutela jurisdicional postulada, a afirmar o princípio constitucional da inafastabilidade judicial - já que uma decisão eficaz deve propiciar ao litigante vitorioso a concretização fática da sua vitória, em prazo razoável a realizá-la no plano dos fatos.<sup>36</sup>

A tendência atual – valor celeridade - que impõe uma justiça rápida e eficaz, demanda uma mudança do eixo do processo: do binômio *segurança-certeza* para o da *rapidez-probabilidade*.

Passou-se então, mais e mais, a privilegiar a *efetividade e rapidez* do que a *certeza e segurança* do processo ordinário.

---

<sup>36</sup> ZAVASCKI, Teori Albino. Antecipação da tutela e colisão de direitos fundamentais. IN:TEIXEIRA, Sávio de Figueiredo (coord.). *Reforma do Código de Processo Civil* . São Paulo: Saraiva, 1996. p. 146-147.

da tutela antecipada em nosso direito positivo, o qual deve ser percebido pelo julgador ao julgar os casos concretos interpretando a norma aplicável.

### **3 CONCEITOS VAGOS E INDETERMINADOS: IMPORTÂNCIA DOS PRINCÍPIOS JURÍDICOS COMO LIMITES À DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL**

De outro lado, também é necessário destacar que para a correta interpretação e solução das contradições normativas apresentadas pelo instituto da tutela antecipada, imprescindível que o aplicador do direito no caso concreto, extraia o sentido e o conteúdo jurídico de algumas *palavras-chaves* contidas no normativo de tal instituto tal qual está inserido no direito processual positivo.

Com efeito, diante do problema levantado, deve-se atentar que o legislador processual civil trouxe, no âmbito da disciplina normativa do instituto da tutela antecipada, alguns conceitos chamados *vagos* ou *indeterminados* tais como: “verossimilhança da alegação”; “fundado receio”; “prova inequívoca” e mesmo “irreversibilidade”.

Tais conceitos, como aduz ENGISCH,<sup>37</sup> são aqueles cujo, conteúdo e extensão são, em larga medida, incertos. E, em sendo normativos, sempre necessitam de uma valoração, para aplicar no caso concreto um conceito normativo. Desse modo, o volume normativo destes conceitos tem de ser preenchido, caso a caso, por meio de valorações.

A utilização legal de conceitos vagos ou indeterminados não traduz,

---

<sup>37</sup> ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. 7. ed. Lisboa: Fundação Caloustre Gulbenkian, 1996. p. 209 - 213.

porém, discricionariedade. Nem esta significa liberdade total de praticar o ato. A circunstância de o juiz necessitar interpretar a norma e avaliar a prova não significa que ele possa guiar-se por suas impressões pessoais, conquanto, evidentemente, não se possa excluir, nessa tarefa, certa carga de subjetividade.

A relativa liberdade conferida ao juiz na interpretação da norma e na avaliação da prova, não significa “carta branca” para decidir como lhe aprovou. A fundamentação da decisão deve ser lastreada em argumentos fáticos e jurídicos consistentes.<sup>38</sup> Também deve observar as “sinalizações valorativas” emitidas pelos princípios imanentes no sistema jurídico.

Desse modo, impõe ser dito que os princípios jurídicos, neste e em outros casos, servem de limites a uma decisão judicial. E mesmo se houver alguma margem de discricionariedade, ao juiz esta não se revela na conveniência de conceder ou não a tutela antecipada, mas sim, na sua imposição, caso atendidos os requisitos positivos e negativos previstos em lei.

Mesmo para autores, tidos como “neojusnaturalistas”, caso de DWORKIN,<sup>39</sup> os juízes não devem decidir casos difíceis de forma absolutamente discricionária. Mesmo quando a norma não contiver todos os elementos para a tomada de decisão, o direito oferece outros critérios que também compelem o magistrado.

Assim, mesmo nesses casos difíceis (*hard cases*, suscitados por DWORKIN) não há liberdade total para o magistrado decidir a partir de valores externos ao direito. Há uma esfera carregada de princípios que pertencem ao

---

<sup>38</sup> LOPES, João Batista, 2003. p. 79.

sistema jurídico, limitando e impondo sentido às decisões judiciais. Os juízes devem então recorrer a padrões de bom senso e de equidade.

Além disso, não se pode desconhecer que as contradições que se está a tratar neste trabalho dizem respeito especialmente a casos periféricos, ou seja, casos-limite, que estão fora das situações ordinárias em que, eventualmente seja possível a aplicação das regras contidas no art. 273 do CPC, sem se terem diante de si normas representativas de valores e, a princípio, conflitantes. Trata-se daquelas situações periféricas em que, para CARRIÓN,<sup>40</sup> nem mesmo a regra de reconhecimento é perfeitamente determinada.

No caso de um pedido de antecipação de tutela formulado especialmente nestes casos-limite, a decisão, portanto, deve levar em conta não apenas o texto normativo, mas também os valores e princípios que inspiraram o instituto, e que sustentam, no caso concreto, os interesses conflitantes deduzidos em juízo. Isso porque estes trazem em si mesmos o conteúdo valorativo que servirá de “norte” à interpretação e à aplicação do direito - nem sempre facilmente deduzido nestes casos-limite ou casos excepcionais.

Desse modo, resta a destacar que os princípios servem assim não apenas de “norte” ou de sentido, mas também de limites ao ambiente decisório, dando-lhe assim densidade. Segundo DWORKIN<sup>41</sup> direcionam a decisão em um sentido, embora não de forma conclusiva, sobrevivendo mesmo que não

---

<sup>39</sup> DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução e notas de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 46.

<sup>40</sup> CARRIÓN, Genaro R. *Notas sobre Derecho y lenguaje*. 4. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1994. p.227.

<sup>41</sup> DWORKIN, Ronald, *Op. cit.*, p.39

prevaleçam. Assim, os juízes devem decidir conforme a direção indicada pelo princípio ao qual se veja obrigada, da mesma forma que se vê obrigada a uma regra.

Como dito, a norma processual insculpida no art. 273 e seus parágrafos, que delimita as condições para a concessão e, enfim, para a efetivação ou não da antecipação dos efeitos da tutela pretendida, traz em si vários conceitos de textura aberta.

Tudo isso pode transparecer que o legislador concedeu ao juízo um “salvo conduto” para formular uma regra para o caso concreto, usando da mais absoluta discricionariedade, sem quaisquer limites, o que não é verdadeiro.

Ao aplicador do direito, ao contrário, cumpre afastar seus próprios *standards* ou ideologias, e recorrer ao conjunto de princípios do ordenamento jurídico para decidir da melhor forma possível. O que significa decidir buscando os valores e princípios que permeiam o ordenamento jurídico. Trata-se de ato inspirado em parâmetros objetivos.

Qualquer decisão judicial relativa a pedido de antecipação de tutela, a par de harmonizar as normas previstas no art. 273 do CPC, deve apreciar também os princípios que a regem, mesmo que para tanto seja necessário resolver eventuais conflitos normativos existentes.

Importa, assim, ao juízo, em cada caso de tutela antecipada, avaliar o peso de cada um dos princípios que a inspiram, especialmente, os da segurança jurídica e o da efetividade processual, ambos de assento constitucional, a fim de decidir, num ou outro sentido.

#### 4 “BÚSSOLAS” DO SISTEMA JURÍDICO

Certamente, admitindo-se que os princípios são também um dos limites impostos pelo ordenamento jurídico ao julgador ao proferir uma decisão, está-se reconhecendo que estes integram o sistema jurídico ao lado das regras.<sup>42</sup>

De todo modo, na consideração dos princípios como norma, é necessário atentar para suas características. Assim, os princípios seriam padrões ou critérios a serem observados por uma exigência de justiça ou equidade ou qualquer dimensão de moralidade.<sup>43</sup>

Diferenciam-se assim das regras, por servirem como razões que devem levar o juiz a determinada decisão, mas não exigindo uma única conclusão. Não são razões determinantes, porque pode haver outros princípios que apontem para direção oposta. Já as regras seriam aplicadas na forma do “tudo ou nada”, de forma peremptória.

Em razão disso, os princípios têm dimensão de peso ou importância. Têm força relativa. São mais ou menos importantes em um caso específico. As regras são aplicáveis ou não a um caso, determinando a decisão.

Como ensina ROBERT ALEXY,<sup>44</sup> os princípios por si só não apresentam consequências jurídicas. Afirmam-se, tem eficácia e consequências jurídicas, somente a partir do caso concreto, mediante as condições dadas e a formulação de uma regra, ou seja, a decisão particular do juízo para o caso concreto.

---

<sup>42</sup> Fato, aliás, inegável no caso brasileiro, em que muitos deles, inclusive, estão expressamente positivados na própria Carta Magna.

<sup>43</sup> DWORKIN, Ronald, *Op. cit.*, p. 36.

<sup>44</sup> ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1993. p. 99.

Diga-se ainda que os princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na melhor forma possível, dentro das possibilidades fático-jurídicas existentes. São, pois, “mandados de otimização”, mandados de melhor aproveitamento. Ordens de que se faça o melhor. Desse modo, devem ser cumpridos em diferentes graus, que variarão de acordo com essas circunstâncias existentes.

Um princípio será mais ou menos observado ou atendido, de acordo com a possibilidade fática de sua implementação, mas também da formulação de uma regra jurídica pelo juízo para o caso concreto do tipo que: ordene, permita ou que proíba uma conduta.

Os princípios, sendo “mandados de otimização”, não contêm ordens definitivas, apenas “ordens *prima facie*”, à primeira vista, ou seja, que estão sujeitas a mudanças conforme as circunstâncias do momento.

Em razão disso, como dito, os princípios apenas ditam as razões para uma decisão, e sinalizam a direção a ser tomada. Não ditam o caminho ou o conteúdo de tal determinação. Por isso, podem ser tidos como verdadeiras “bússolas” do sistema jurídico, pois, servem a apontar o melhor caminho a ser seguido pelo aplicador do direito. O “norte” apontado por tal “bússola”, todavia, deve ser descoberto, desvendado, enfim, revelado pelo jurista.

No caso da antecipação da tutela, os princípios que regem o sistema jurídico servirão, então, de razão para uma tomada de decisão pelo julgador, seja em que direção for. Especialmente, quando o juízo estiver diante de situação em que há aparente ou real conflito entre a literal expressão das normas que regulam o caso e interesses relevantes (sob sério risco de perecimento absoluto). O caso

concreto, todavia, é que ditará os contornos em que se dará a regra jurídica formulada para as partes resultante da decisão interlocutória.

Se for caso de antecipação, é porque as circunstâncias do caso impõem formulação de uma regra pelo Juízo, de modo a materializar o princípio da efetividade processual. Ou seja, a formulação de uma regra que autorize o autor, desde logo, a executar, a fazer uso do bem jurídico postulado, que proíba certa conduta ao réu ou lhe ordene algo, tudo nos termos requeridos.

De outro lado, em face do caráter *prima facie* dos princípios, se as circunstâncias fáticas do caso concreto se modificarem, também será possível a revogação da tutela antecipada ou mesmo novo pedido de antecipação quando um primeiro tiver sido rejeitado pelo juiz.

## 5 COLISÃO ENTRE PRINCÍPIOS

Não basta evidenciar os aspectos característicos dos princípios. Há de que se considerar que é possível existir, no caso concreto, princípios contraditórios aplicáveis a determinada situação jurídica.

A colisão entre princípios se resolve no caso concreto e não apenas na dimensão de validade, mais ainda, e especialmente, na dimensão de peso. DWORKIN ensina que os conflitos entre princípios devem ser resolvidos por intermédio de uma ponderação a respeito de sua importância, do seu peso – dimensão de peso ou importância/ força relativa.<sup>45</sup>

ALEXY reforça este argumento, aduzindo que essa noção de peso e

---

<sup>45</sup> DWORKIN, Ronald, *Op. cit.*, p. 42.

importância será aferida diante das circunstâncias existentes no caso concreto. Formula para tanto, inclusive, uma lei de colisão de princípios.<sup>46</sup> Um princípio afastado na solução de um caso concreto não será declarado inválido como ocorre com uma regra jurídica. Apenas não utilizado nessa questão, mas poderá ser aplicado em outro caso.

Diante da lei formulada por ALEXY, a solução da colisão entre princípios se dá, levando-se em consideração uma regra de ponderação entre interesses opostos. Cada regra deduzida a partir de um dos princípios é medida de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas de seu cumprimento, ou seja, de acordo com as circunstâncias do caso.

Há, assim, necessária ponderação entre os princípios colidentes e as circunstâncias de cada caso, estabelecendo-se entre os princípios relação de precedência condicionada: de acordo com as circunstâncias, um princípio se afirmará diante de outro.

A decisão judicial usará da “lei de colisão” para dizer que, dadas certas circunstâncias, determinado princípio terá peso maior que outro, fazendo com que tenha precedência para o caso concreto.

Vale dizer que não bastará apenas a solução da colisão entre princípios. Ao juízo cumpre formular ainda uma regra jurídica que passe a regular o caso concreto fundada no princípio que foi considerado prevalente na hipótese trazida a juízo. Trata-se, portanto, de uma “regra de efetivação”, que terá necessariamente como suposto de fato as mesmas circunstâncias que justificaram a relação de prevalência de um princípio sobre o outro.

---

<sup>46</sup> ALEXY, Robert, *Op. cit.*, p. 90

## 6 INTERPRETAÇÃO, INCOMPLETITUDE DO DIREITO LEGISLADO, CONTRADIÇÃO DO SISTEMA OU DECISÃO *CONTRA LEGEM*?

Diante das situações aqui expostas, também pode desde logo pairar a seguinte dúvida: está-se diante de mera questão de interpretação sistemática extraída do próprio sistema; de uma incompletude insatisfatória do sistema (lacuna); de uma contradição do sistema ou até mesmo de uma situação que mereça uma solução que transcenda ao sistema (decisão *contra legem*)?

Para KARL ENGISCH<sup>47</sup> o jurista ao aplicar o direito, eventualmente, necessita preencher lacunas ou retificar<sup>48</sup> incorreções no ordenamento jurídico. As lacunas seriam então deficiências do Direito, decorrentes de uma incompletude insatisfatória no todo jurídico, cujos limites dependem do que se entenda por Direito. Seriam falhas ou faltas de conteúdo de regulamentação jurídica para determinadas situações de fato em que é de se esperar essa regulamentação, que admitem sua remoção por meio de uma decisão jurídico-integradora.<sup>49</sup>

Alerta o renomado autor que, às vezes, pode-se estar diante de lacunas apenas aparentes, pois, em certos casos, é possível afastá-las por meio de simples interpretação das leis. Isso ocorre quando o próprio legislador pelos conceitos jurídicos indeterminados, de cláusulas gerais ou de autorizações legislativas, permite ao juiz descobrir o Direito tal qual o faz o legislador (lacunas voluntárias).

---

<sup>47</sup> ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. 7. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996. p. 275 - 280.

<sup>48</sup> Seriam espécies de Direito deficiente.

<sup>49</sup> O juiz atuaria *praeter legem, suplendi causa*, na ausência da lei.

A norma positivada no art 273 e seguintes do CPC, a princípio, diante da execução de tutela antecipada, em situações-limite e excepcionais como as aqui discutidas, reflete apenas uma lacuna aparente. Ou seja, não se trata de uma incompletude do sistema ou de direito lacunoso, e sim de depuração do conteúdo do Direito pela via da interpretação. Trata-se de:

afrouxamentos planeados da vinculação legal para efeitos, designadamente, de ajustamento da decisão às circunstâncias particulares do caso concreto e às concepções variáveis da comunidade jurídica. Além disso, são sempre aqui prefixadas pela lei à autoridade que decide certas linhas de orientação e certos limites.<sup>50</sup>

Nos parece que o legislador deixou inteligentemente ao juízo dos casos concretos a aferição do conteúdo normativo das expressões abertas descritas no art. 273 do CPC, uma vez que impossível para o legislador concentrar na norma abstrata todas as situações da vida real.

Esse desvendamento do conteúdo normativo não é de forma alguma livre. É vinculado. E não apenas às circunstâncias e condições legais e fáticas, mas também à apreciação dos interesses em jogo, tendo nesta última hipótese como referência absoluta a regra de ponderação, a ser utilizada entre os princípios jurídicos aplicáveis à situação em tela, e que servem de limites à dita decisão judicial.

A decisão quanto ao pedido de tutela antecipada e sua execução, no caso, é conformada assim pelo princípio do Estado de Direito. Pois somente é permitida porque se encontra na estatuição da regra jurídica e na hipótese legal.

Assim, aplica-se ao caso a lição de ENGISCH:

---

<sup>50</sup> ENGISCH, Karl . *Op. cit.*, p. 282.

...é mesmo de admitir – a existência de discricionariedade no seio da nossa ordem jurídica conformada pelo princípio do Estado de Direito. De discricionariedade, note-se, neste sentido: no sentido de que, no domínio da administração ou no da jurisdição, a convicção pessoal (particularmente, a valoração) de quem que seja chamado a decidir, é elemento decisivo para determinar qual das várias alternativas que se oferecem como possíveis dentro de certo “espaço de jogo” será havida como sendo a melhor e justa.<sup>51</sup>

Mesmo se fosse o caso de se entender existir verdadeira lacuna jurídica, ainda assim, em algumas situações extremadas, caso de bens e direitos relativos à vida ou à saúde que necessitam de tutela antecipada sob risco de irreversibilidade e de perecimento definitivo, esta haveria de ser preenchida pelo uso de “máximas formais de preenchimento de lacunas”, por exemplo, pelo uso do princípio da ponderação e confronto de bens e deveres jurídicos.

No caso do direito positivo pátrio, vale dizer, essa hipótese somente seria admissível diante de conflitos factuais que, excepcionalmente, não encontrarem solução na norma, nos quais, diante da magnitude dos bens jurídicos em jogo, a regra de ponderação se afiguraria necessária.

Nesse caso, o preenchimento da lacuna jurídica, excepcionalmente, faz-se necessário ante a necessidade de uma decisão justa e objetiva, limitada e colmatada pelos princípios do sistema que se mostrarem preponderantes no caso concreto. A regra formulada na decisão judicial resultaria desse contexto normativo.

Seria, como já ressaltado por ENGISCH, caso de preenchimento de lacunas de *lege lata*, como também de *lege ferenda*, desde que tenha havido mudanças nas concepções de vida que não haviam anteriormente sido notadas,

---

<sup>51</sup> *Idem, ibidem*, p. 226.

mas que devem ser consideradas como lacunas do direito vigente e não apenas como lacunas jurídico-políticas.

De outra banda, se fosse o caso de se cogitar tratar-se<sup>52</sup> de retificação de incorreções no ordenamento jurídico, fundadas no princípio da unidade, haveria de se admitir a existência de contradições de princípios inerentes à aplicação e efetivação da antecipação da tutela.

Nesse caso, estar-se-ia diante do que ENGISCH conceituou como contradições de princípios, que seriam “desarmonias que surgem numa ordem jurídica pelo facto de, na constituição desta, tomarem parte diferentes idéias fundamentais entre as quais se pode estabelecer um conflito”.

É certo que há por todos os níveis do ordenamento atritos entre os princípios supremos de todo e qualquer Direito (designadamente os princípios da justiça e da segurança jurídica). E o que é um complicador: nenhum deles pode ser atuado na sua pureza. Um deles há de, em certos casos, ser sacrificado, total ou parcialmente, ao outro.

Se de um lado a justiça exige grande concentração, grande consideração das circunstâncias individuais da pessoa e da situação fática que a cerca, a segurança jurídica, de outro, exige grande abstração desses elementos - exige a aplicação do direito positivo mesmo quanto este é injusto.

A princípio, tais considerações poderiam resultar na idéia de que a solução que evitasse uma decisão segura, mas injusta, seria buscar a justiça fora do sistema positivo. Todavia, em nosso sentir, usando os critérios levantados pelo

---

<sup>52</sup> *Idem, ibidem*, p. 309 - 326.

próprio ENGISCH, as incorreções produzidas por princípios contraditórios imanentes, poderiam ser resolvidas por uma assimilação da evolução do direito a partir da adaptação da interpretação do direito às novas circunstâncias de fato, às concepções políticas, culturais e morais, perceptíveis a partir dos receptores de valores contidos nos sentidos dos intérpretes do direito: os princípios jurídicos.

Os princípios jurídicos têm, assim, papel de fundamental importância, pois são normas que se afirmam, não apenas por sua previsão expressa e literal no ordenamento jurídico, mas também a partir da sua descoberta, da sua revelação quase sensorial, da sua percepção e extração do contexto normativo em razão dos valores impregnados no sistema jurídico positivo, que, por sua vez, variam no tempo e no espaço.<sup>53</sup>

Essa idéia permite assim inferir que a situação jurídica ora formulada,<sup>54</sup> a partir do art. 273 (seus incisos e parágrafos) do CPCB, pode também se adequar à noção de correção do direito legislado. Isso porque, por trás de um conflito de interesses e de bens jurídicos deduzidos em juízo, há também contradições entre princípios jurídicos.

Assim, nessa hipótese, estar-se-ia diante de incorreção decorrente de contradições de princípios que mereceria ser corrigida. Essa correção, todavia, somente ocorrerá no caso concreto pela regra de ponderação, já que, no plano genérico, os princípios conflitantes não se eliminam ou revogam.

---

<sup>53</sup>Daí a noção da *mens legislatoris* e da *mens legis*, esta mais adequada à percepção da idéia de direito, no tempo e no espaço.

<sup>54</sup> Dilema entre antecipar direito provável e absolutamente perecível do autor e ao mesmo tempo preservar o réu do risco de irreversibilidade dos efeitos antecipados.

Por derradeiro, há de se dizer que não há margem para se admitir que decisões proferidas a partir das contradições indicadas na norma relativa à antecipação da tutela, possam resultar em decisões *contra legem*. Até porque, diante do sistema jurídico positivo pátrio, esse caminho não será necessário.

Preserva-se a noção de Estado de Direito e de vinculação das decisões judiciais à lei em sentido amplo. A aplicação do princípio da proporcionalidade, superando excepcionalmente o requisito da irreversibilidade, não traduz decisão *contra legem* e sim afirmação do direito constitucional sobre a lei processual.<sup>55</sup>

## **7 DA EXECUÇÃO DA ANTECIPAÇÃO DE TUTELA E A IRREVERSIBILIDADE DOS SEUS EFEITOS: SOLUÇÕES PROPOSTAS**

Como já se disse, a execução da tutela antecipada para ser eficaz diante dos fins e valores que visa a atender exige noção precisa do seu conteúdo normativo.

Em primeiro lugar, é preciso entender e ler esse instituto sob nova perspectiva, sob as luzes do novo sistema processual civil. Deve-se fazer uma releitura dos princípios existentes. Superar certos dogmas - supostamente irremovíveis, de maneira a assegurar o acesso à justiça, o mais elevado e digno dos valores no trato das coisas do processo.

Desse modo, para se conferir rendimento mínimo à tutela antecipada é preciso concebê-la como provimento dotado de mandamentalidade ou

---

<sup>55</sup>LOPES, João Batista, 2003. p.87.

executividade *lato sensu* (dependendo da hipótese fática), afastando-se a necessidade de um novo processo para a sua efetivação.

Em primeiro lugar, esclareça-se que a execução da tutela antecipada não segue o rito tradicional da execução forçada. Também que o termo usado na lei processual “efetivação”, a rigor, segundo JOSÉ MIGUEL GARCIA MEDINA,<sup>56</sup> não torna incorreto falar em “execução” da decisão que concede a tutela antecipada, pois, em grande parte dos casos, é isso que ocorre. Segundo esse autor, de todo modo, a expressão “efetivação” se justificaria por ter o mérito de abranger, além dos atos meramente executivos, também os mandamentais.

Diga-se que a expressão “no que couber”, prevista no § 4.º do art. 273 do CPC, relativa à aplicação do procedimento estipulado no art. 588 para a execução “provisória”, serve apenas como parâmetro operativo para a execução da tutela antecipada. Isso, vale dizer, reforça nesse instituto a aplicação do princípio da atipicidade das medidas executivas.<sup>57</sup>

Demonstra também a flexibilidade normativa posta nas mãos do juiz, o que, segundo ARRUDA ALVIM: “demandará, de um lado prudência, e, de outro, a correlata energia e determinação, quando entender que ao autor assiste razão, ainda que em sede de juízo provisório”.

As razões para tanto se justificam, especialmente, diante do risco de dano irreparável ao direito postulado pelo autor e da necessidade de dar

---

<sup>56</sup>MEDINA, José Miguel Garcia. *Execução civil, princípios fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 86.

<sup>57</sup> De acordo com o princípio da tipicidade das medidas executivas, a esfera jurídica do executado somente poderá ser afetada por formas executivas taxativamente estipuladas pela norma jurídica. O princípio da atipicidade seria então exatamente o oposto disso, seja em relação às espécies das medidas, seja em relação à forma de sua aplicação a ser escolhida pelo Juiz (segundo ensina MEDINA, José Miguel Garcia, *Op. cit.*, p. 295-298).

efetividade ao processo. Exigem-se realizar, no plano prático, o mais rapidamente possível, os efeitos determinados pela decisão.

Assim, considerando a regra do § 3.º do art. 273 do CPC, a efetivação da tutela antecipada não segue regras uniformes.<sup>58</sup>

Com efeito, ora a antecipação de tutela terá conteúdo de ordem (liminar expedida contra a autoridade pública em ms), ora de determinação ao réu de uma conduta, que se não realizada ensejará ao Estado a faculdade de sub-rogar-se à atividade da parte (remoção de pessoas ou coisas).

Por vezes, poderá também haver o manejo de instrumentos intimidativos, de pressão psicológica sobre o devedor, a fim de que ele cumpra voluntariamente a sua obrigação, como a imposição de multa.

Isso tudo se extrai claramente do conteúdo do § 3.º do art. 273 diante das suas remissões aos artigos 588, 461, §§ 4.º e 5.º e art. 461-A, todos do CPC.

Esse o contexto normativo da antecipação da tutela positivado na Lei Processual Civil brasileira relativo à sua efetivação.

Quanto às condições positivas e negativas para a sua concessão, destacou-se especialmente um certo dilema inerente ao sistema normativo processual ordinário: em havendo “perigo de irreversibilidade do provimento antecipado”, um direito afirmado pelo autor e objeto de pedido de tutela antecipada que goze de natureza fundamental (relativo à vida, à saúde, à cidadania, à dignidade da pessoa humana etc.) pode não vir a ser antecipado ou

---

<sup>58</sup> SHIMURA, Sérgio. 2003, p. 671.

efetivado mesmo mediante da verossimilhança da alegação e de alto risco de dano irreparável, até mesmo absoluto.

Apesar de parecer claro que a *mens legislatoris* foi de dar efetividade ao processo, não se pode desconhecer que o legislador quis também fixar limites ao exercício desse instituto, de modo a não transformar uma decisão provisória em definitiva.

Se assim fosse, não haveria sentido em prosseguir no processo, já que os efeitos práticos de uma futura decisão – que não se tem absoluta certeza qual será – já se materializaram, talvez até sem o devido processo legal, art. 5.º, LIV da CF.<sup>59</sup>

Todavia, não se pode interpretar um instituto como a tutela antecipada de forma alienada aos valores e bens jurídicos do caso concreto, bem como daqueles para os quais foi genérica e abstratamente criado.

Com efeito, como já foi dito, nos termos abstratos e gerais contidos na Constituição Federal e nas leis adjetivas pátrias, inegável que os valores e bens ali dispostos se inclinam na direção da efetividade do processo. Não a ponto, evidentemente, de abolir os princípios do devido processo legal, do contraditório e

---

<sup>59</sup> Nesse sentido, PASSOS, Calmon de: “Na antecipação, pune-se, em verdade, o comportamento do réu, litigante de má-fé, ou se atende a razões de natureza objetiva que põe em risco a efetividade da tutela, quando da execução definitiva. Mas seria excesso, atendida a inexistência, ainda, de coisa julgada, admitir-se a inserção do bem no patrimônio do exequente, ou a perda definitiva do bem pelo executado. E foi mais cauteloso o legislador. Havendo perigo de irreversibilidade, isto é, do retorno ao estado anterior das coisas, torna-se inadmissível a antecipação. Não se perde a certeza da irreversibilidade. A probabilidade de irreversibilidade impede a citação.” (*Inovações no Código de Processo Civil*. 2. ed. São Paulo: Forense, 1995. p. 32, *apud* PEREIRA, Rosalina P. C. Rodrigues. *Ações prejudiciais à execução*. São Paulo: Saraiva, 200. p.470)

da ampla defesa, nem tampouco o da igualdade de tratamento das partes. Mas no sentido de provocar o juiz – a quem compete formular a regra do caso concreto -, a produzir medidas ou decisões que sejam efetivas.<sup>60</sup>

E não se diga que adoção de tutelas diferenciadas na busca da efetividade processual resultará em “um processo civil do autor”, em flagrante prejuízo ao réu. Isso porque a decisão diferenciada surgirá da avaliação de todos os princípios processuais, mesmo que se afigurem aparentemente contraditórios ou excludentes.

Haverá essa decisão de ser sedimentada em valores que os precedam na ordem jurídica constitucional e que devam orientá-los – é o caso dos valores ou princípios da proporcionalidade e da necessidade.

Sobre o assunto, HUMBERTO THEODORO JÚNIOR afirma que todas as garantias constitucionais devem ser respeitadas, mas que não podem ser tidas

individualmente ou de forma absoluta e sim de forma harmoniosa e compatível.<sup>61</sup>

O problema que se vem expondo não é o caso de vedar a antecipação da tutela quando seus efeitos se afigurarem irreversíveis, ou seja, quando difícil ou impossível o restabelecimento do estado anterior.<sup>62</sup> O problema, todavia, surge quando a não antecipação, em razão de perigo de irreversibilidade, causar desde logo danos irreversíveis ao direito do requerente - especialmente quando tais direitos forem indisponíveis, como os direitos à vida ou à saúde.

---

<sup>60</sup> Ou seja, que dêem, de fato, a quem postula e tem direito – e aquele que provavelmente o tem - aquilo tudo que tem direito.

<sup>61</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. Tutela de segurança. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 88, p. 16

Assim, só será adotada solução limitadora de direito fundamental, quando efetivamente existir conflito entre princípios (aplica-se aí o princípio ou valor da necessidade).

De outro lado, se existir o conflito, este deverá ser superado em operação que se limite apenas ao indispensável, harmonizando os princípios na medida do possível (*princípio da proporcionalidade*).

É como ensina ROSALINA PEREIRA:<sup>63</sup> “Vê-se que não basta a probabilidade do direito para a concessão da tutela; há de se pesarem os valores, os bens jurídicos envolvidos”. E após apontar exemplos de casos que envolvem risco a direito à vida ou à saúde, a eminente doutora em direito, arremata:

Está claro nos exemplos que haverá sempre um dano irreversível que não poderá constituir óbice para a concessão da tutela, devendo juiz pesar sempre o melhor direito em face do mal menor, analisando a situação em cada caso concreto.

CALMON DE PASSOS explica que nessa hipótese será possível o sacrifício de um bem jurídico suscetível de tutela subsequente, em favor de outro bem jurídico que, não sendo tutelado de pronto, será definitivamente sacrificado. Neste caso, por exemplo, o mestre acredita que o contraditório poderá ocorrer em momento posterior, sendo possível um sacrifício provisório.<sup>64</sup>

Ademais, se há parte que tire proveito da demora do processo, essa na maior parte dos casos é o Réu que não tem razão. Como já ressaltou MARINONI:

---

<sup>62</sup> Ora, se a lei exclui esta possibilidade, mas disso não decorre nenhum prejuízo irreparável ao demandante, nenhum problema surge.

<sup>63</sup> PEREIRA, Rosalina P.C. Rodrigues. *Op. cit.*, p. 471.

<sup>64</sup> PASSOS, J. J Calmon de. Da antecipação da tutela. Reforma do Código de Processo Civil. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 211.

o processo, portanto, é um instrumento que sempre prejudica o autor que tem razão e beneficia o réu que não a tem! <sup>65</sup>

Eventual dúvida do Juízo sobre qual interesse deve prevalecer (no caso, por exemplo, de pedido de tutela antecipada), esta será resolvida pelo juízo de probabilidade, calcado na prova inequívoca e na verossimilhança da alegação, que, presentes, reduzirão o risco de erro. Risco esse que é inerente a todas as ações humanas.

Deve-se observar que qualquer tutela diferenciada reflete uma técnica que permite distribuição racional do tempo do processo. Além disso, deve-se reconhecer que os riscos são algo absolutamente inerente a esse tipo de instrumento, ligado visceralmente à idéia de construção de um processo mais justo e isonômico.

De todo modo, inegável que a atitude do Juízo diante do conflito deduzido na relação processual é fundamental para a efetivação do processo e, enfim, para a sua utilidade segundo seus fins constitucionais.

A rigor, exige-se do magistrado compreensão para o fato de que não pode haver efetividade, em muitas hipóteses, sem riscos, como já se disse. Até porque o processo é vida e a vida é um processo que segue em permanente insegurança, enfim, em constante mutação.

Passou-se então, mais e mais, a privilegiar a efetividade e rapidez, à certeza e à segurança do processo ordinário.

---

<sup>65</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 24

Nesse sentido, está a legislação processual concernente à antecipação da tutela prevista no art. 273 do CPC.

Ocorre que essa legislação ordinária tem como “pano de fundo” uma gama de princípios aplicáveis ao processo civil, que servem de garantias a direitos humanos fundamentais, que devem ser observados pelos julgadores nos casos concretos trazidos à apreciação judicial, inclusive pedidos de antecipação de tutela.

Diante disso, no caso de pedido de tutela antecipada, a decisão judicial necessitará resolver as colisões existentes entre os princípios constitucionais aplicáveis ao processo, de modo a ponderar qual deles deverá prevalecer para o caso concreto.

É certo que o instituto da tutela antecipada, por si só, como instrumento fundado na lei processual, em tese, está em consonância com a Carta Constitucional, pois visa a dar concretude e efetividade à jurisdição.

A prestação jurisdicional somente se justifica diante de um processo que não seja um fim em si mesmo, mas que produza resultados imediatos, se isto for necessário ao autor, obviamente, observadas as condições legais.

Mas também é certo que devem o juiz, no caso concreto, verificar primeiro qual o princípio (ou princípios) deve prevalecer e em que direção este vincula a decisão a ser tomada em sede de antecipação da tutela.

Assim, por exemplo, pergunta-se: se o autor, titular de um plano de saúde, com regras não bem definidas pelo instituidor do plano, que se vê impedido de se submeter a uma cirurgia de emergência sob a alegação de que tal procedimento não está incluído no contrato, qual deveria ser a conduta de um juiz

ao apreciar pedido de tutela antecipada formulado no sentido de obrigar o plano de saúde a permitir a cirurgia?

No caso acima, ultrapassada a questão da prova inequívoca da verossimilhança da alegação, pela apresentação do contrato pelo autor, que pelo menos não restringe esse tipo de procedimento. Provado o risco de dano irreparável a saúde ou à vida do demandante. Restaria ao juízo então enfrentar o perigo de irreversibilidade da tutela, que seria uma eventual alegação ou razão para a não concessão do pedido de antecipação.

Em nosso entendimento, num caso como esse, a solução seria óbvia e plenamente respaldada na Constituição: conceder-se-ia a tutela antecipada, pela precedência dos princípios da efetividade e da necessidade sobre o da segurança jurídica.

Ou, na dúvida, diante da cognição sumária positiva quanto à verossimilhança da alegação do direito ao serviço, deveria fazer-se valer o valor segurança, e esperar por outro momento processual, sob o risco de o autor vir a falecer por falta de assistência médica urgente? Obviamente que não.

Não conceder a medida antecipatória, ainda que satisfeitos os seus pressupostos, significaria, em síntese, impor ao direito do demandante um dano irreparável ou, pelo menos, de difícil reparação – exatamente o que esse instituto visa a impedir.

Obstar, de modo absoluto, a tutela de direito ameaçado equivale, em última análise, a privar seu titular – o que não se justifica, ante os termos do inciso

XXXV, do art. 5.º da Constituição,<sup>66</sup> que trata do princípio da inafastabilidade do controle judicial, que constitui em verdade, a principal garantia dos direitos subjetivos.

O legislador adjetivo pátrio, ao fixar a norma do § 2.º do art. 273, parece, em um primeiro exame, ter se inclinado a privilegiar sempre o direito do demandado quando a antecipação tiver efeitos irreversíveis.

Tal entendimento, todavia, seria inaceitável, caso fosse aplicada a lei de colisão de ALEXY.

Se 2 (dois) princípios estão em colisão – e também 2 (dois) interesses – cumpre indagar se ambos, no caso concreto, revestem-se da mesma importância, ou se um deles foi colocado em posição de proeminência.

Assim, por exemplo, se de um lado está o direito à preservação física do trabalhador e de outro está simplesmente o direito patrimonial do empregador, claro que o primeiro deve prevalecer sobre o último.

É natural que os direitos de caráter fundamental sejam tutelados de modo até mais intenso que os demais direitos – o que nada tem de absurdo ou surpreendente.

Dai que se afigura inaceitável entendimento extremo no sentido de pretender que o direito do demandado sempre e sempre prevaleça sobre o do demandante como poderia à primeira vista sugerir o § 2.º do art. 273 do CPC.

Ademais, o direito civil pátrio admite o sacrifício de direitos e a licitude

---

<sup>66</sup> “XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”

de atos a fim de remover perigo iminente.<sup>67</sup>

Como então não se admitir ao direito adjetivo dizer que um ato de destruição, com aparência de irreversibilidade, não é admissível no âmbito da antecipação da tutela? Seria então o mesmo que constranger ao titular do direito ameaçado a usar da justiça privada para evitar um impedimento de natureza processual apenas.

De outro lado, haveria de considerar no caso concreto se o dano ao demandante será consideravelmente maior do que ao demandado, de modo à antecipação da tutela não ser excluída.

Em se tratando de tutela antecipatória urgente, deve ser possível o sacrifício, ainda que de forma irreversível, de um direito que pareça improvável em benefício de outro que pareça provável.

Se não houver outro modo de evitar um prejuízo irreparável a um direito que se apresenta provável, deve-se admitir que o juízo possa provocar um prejuízo irreparável ao direito que lhe pareça improvável.

Nestes casos deve ocorrer a ponderação dos bens jurídicos em jogo, aplicando-se o princípio da proporcionalidade, pois quanto maior for o valor jurídico do bem a ser sacrificado, tanto maior deverá ser a probabilidade de existência do direito que justificará o seu sacrifício. É claro que o bem que tem

---

<sup>67</sup> Art. 188. Não constituem atos ilícitos: I – os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido; II – a deterioração ou destruição da coisa alheia, ou a lesão a pessoa, a fim de remover perigo iminente. Parágrafo único. No caso do inciso II, o ato será legítimo somente quando as circunstâncias o tornarem absolutamente necessário, não excedendo os limites do indispensável para a remoção do perigo.

valor jurídico largamente superior ao daquele com quem confronta não poderá ser sacrificado.<sup>68</sup>

Cumpre ressaltar aqui novamente que a lei processual civil pátria, em seu art. 273, traz uma gama de conceitos de textura aberta, que, ao menos aparentemente, dão ao juiz um grau de discricionariedade ao decidir.

Isso, todavia, não é um “cheque em branco” aos juízes, pois a aplicação da regra jurídica nesse caso está condicionada à sua adequação a princípios constitucionais que servem de “norte” e de razão justificadora para a formulação da regra jurídica concreta editada no processo a partir da decisão concessiva da tutela antecipada.

O Juízo, ao avaliar se deve conceder ou não a tutela antecipada, está necessariamente vinculado a fazer uma ponderação dos princípios constitucionais que tratam dos direitos e garantias ao devido processo legal, à ampla defesa e ao contraditório e, enfim, à segurança jurídica. Mas também está vinculado à apreciação do princípio da efetividade processual – ou da necessidade a uma prestação jurisdicional efetiva.

No caso do princípio da efetividade, é mister que seja feita a devida relação de ponderação, no caso concreto porque diante da regra contida no § 2.º do art. 273 do CPCB, sempre haverá maior ou menor risco de irreversibilidade da decisão que antecipar a tutela.

---

<sup>68</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Op.cit.*, p. 61-62.

Enfim, caberá sempre ao julgador desfazer ou resolver as colisões existentes entre tais princípios, diante das circunstâncias do caso concreto, para decidir se concede ou não a tutela antecipada.

Para tanto, deve avaliar questões como: a natureza do direito pleiteado; a condição pessoal do seu titular; a necessidade da tutela; o momento processual em que o pedido foi feito (por exemplo, se antes da citação do réu, ou antes da sentença, já tendo havido instrução do processo); a probabilidade do direito alegado; a adequação da medida a atingir o fim visado; a ponderação entre o ônus imposto e o benefício trazido, para constatar se é justificável a interferência na esfera dos direitos individuais; se inexiste meio menos gravoso para atingimento dos fins visados diretamente, entre outros.

Além disso, não deverá perder de vista que os princípios trazem ínsitos em si mesmos um “mandado de otimização”, já que traduzem uma ordem para que algo seja feito ou realizado da melhor maneira possível. Melhor dizendo, na maior medida possível levando-se em conta as possibilidades fáticas e jurídicas.

De todo modo, em se tratando de efetivação da antecipação da tutela, a exigência de reversibilidade de seus efeitos materiais sempre poderá ser atendida pela possibilidade de imposição de prestação de caução pelo requerente, de modo a equacionar o risco do dano irreparável ao direito do autor e o risco de irreversibilidade da medida antecipatória, ponderando os bens jurídicos em confronto.<sup>69</sup>

---

<sup>69</sup> ZAVASCKI, Teori Albino. *Op.cit*, p. 88.

A exigência de caução em casos-limite pode, todavia, resultar desproporcional, quando ponderados os bens em conflito. Como alerta SERGIO SHIMURA:

é preciso considerar algumas situações em que a exigência da caução pode inviabilizar a concessão da tutela antecipada, como aquela em que o autor não possui condições financeiras para tanto ou quando o interesse não tem conteúdo patrimonial.<sup>70</sup>

Ainda sobre a exigência de caução, haveria também de se considerar que o art. 588 do CPC já admite sua dispensa para levantamento de depósito em dinheiro e para a prática de atos que importem alienação de domínio, quando o requerente encontra-se em estado de necessidade, e em casos de créditos de natureza alimentar de valores inferiores a 60 (sessenta) salários mínimos (§ 2.º do art 588 do CPC).

Ademais, o próprio art. 588, em seu inciso IV, do CPC admite a possibilidade de ressarcimento ao requerido, em casos em que haja dano decorrente da irreversibilidade dos efeitos da antecipação da tutela.

De todo modo, a questão, em nosso sentir, sempre estará passível de ponderação pelo aplicador do direito. Este, vale dizer, não deve furtar-se, sempre que necessário, a correr certos riscos em favor do tão negligenciado autor. Inclusive, desconstruindo certos discursos legais restritivos como os contidos no § 2.º do art. 273 do CPC.<sup>71</sup>

---

<sup>70</sup> SHIMURA, Sérgio. 2003, p. 674.

<sup>71</sup> MURITIBA, Sérgio Silva, 2003.

## CONCLUSÕES

O § 2.º do art. 273 do CPC deve ser flexibilizado, de modo a, diante de certos casos, admitir a antecipação da tutela, mesmo quando houver perigo de irreversibilidade.

O critério da proporcionalidade, no Processo, permite medir variáveis como: de um lado, o grau de certeza e os riscos de prejuízo; e de outro, o valor dos bens em jogo. Sendo pauta de julgamento genérica que fornece condições de resolução de conflitos, por meio da ponderação de bens jurídicos e meios idôneos a alcançá-los.

Em situações-limite, quando conflitam princípios antagônicos, a solução se dá por regras de ponderação, cuja solução se dará no caso concreto, e pela aplicação do princípio da proporcionalidade.

A concessão e execução da antecipação da tutela devem ser aplicadas tendo em vista a efetividade do processo, a necessidade de assegurar o acesso à justiça, e, enfim, uma visão contemporânea do Processo, como um instrumento desse valor supremo, direito ao acesso à justiça - apto a produzir resultados justos e não como fim em si mesmo.

O Processo em uma sociedade de riscos como a atual deve ser orientado, como ocorre na antecipação da tutela, por juízo de probabilidade e verossimilhança, em que o risco integra o caminho ao atingimento dos fins desse instituto, não havendo certeza ideal, apenas convicções convencionadas.

Segundo a nova visão do processo civil, o intérprete e aplicador do direito deve reler os princípios clássicos da segurança e do devido processo legal,

entre outros, e adaptá-los à nova realidade baseada na certeza, na probabilidade e no risco, tudo em nome do pleno acesso à justiça.

O instituto da antecipação da tutela, inscrito no art. 273 do CPC, e, como de resto, todas as tutelas de urgência inserem-se nesse novo modo de ver o Processo, como instrumento de resultados efetivos.

A norma inscrito no art. 273 e seus parágrafos são do tipo “norma de textura aberta”. Ou seja, à primeira vista contém preceitos que poderiam dar margem ao exercício de poderes discricionários ilimitados pelos juízes, mas que, em verdade, sempre estarão limitados pelos princípios aplicáveis ao processo civil e à tutela antecipada, como garantias aos direitos fundamentais.

Os princípios integram o ordenamento jurídico, sendo, ao lado das regras jurídicas, espécies do gênero norma jurídica. São padrões ou critérios a ser observados pelos julgadores ao decidir por uma exigência de justiça ou eqüidade ou qualquer dimensão de moralidade. Têm dimensão de peso ou importância. Têm força relativa: são mais ou menos importantes em um caso específico. São normas que ordenam que algo seja realizado na melhor forma possível, dentro das possibilidades fático-jurídicas existentes. São, pois, mandados de otimização, devem assim ser cumpridos em diferentes graus, que variarão de acordo com essas circunstâncias existentes. Por isso podem ser tidos como verdadeiras “bússolas” do sistema jurídico, cujo norte, todavia, deve ser descoberto pelo jurista.

As colisões entre princípios devem ser resolvidas por meio de uma ponderação a respeito de sua importância e do seu peso – dimensão de peso ou

importância/ força relativa, aferidos diante das circunstâncias existentes no caso concreto.

Entende-se que a regra contida no § 2.º do art. 273, proibindo a concessão da tutela antecipada quando houver perigo de irreversibilidade, não pode ser interpretada e aplicada sem ponderação entre os interesses tutelados, o direito defendido pelo demandante e os princípios e valores em jogo no caso concreto.

Não conceder a medida antecipatória, ainda que satisfeitos os seus pressupostos, significaria, em síntese, impor ao direito do demandante um dano irreparável ou, pelo menos, de difícil reparação – exatamente o que esse instituto visa a impedir.

Haveria de considerar no caso concreto se o dano ao demandante será consideravelmente maior do que ao demandado, de modo a antecipação da tutela não ser excluída. Em se tratando de tutela antecipatória urgente, deve ser possível o sacrifício, ainda que de forma irreversível, de um direito que pareça improável em benefício de outro que pareça provável.

Se não houver outro modo de evitar prejuízo irreparável a direito que se apresenta provável, deve-se admitir que o juízo possa provocar prejuízo irreparável ao direito que lhe pareça improável.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madri: Centro de Estudos Constitucionales, 1993.

ALVIM, Arruda. *Inovações sobre o direito processual civil: tutelas de urgência*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

ALVIM, J. E, Carreira. *Código de Processo Civil reformado*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

\_\_\_\_\_. *Tutela antecipada, tutela específica e tutela cautelar na reforma processual*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 1999.

AMARAL, Júlio Ricardo de Paula. *Tutela Antecipatória: enfoque em ações declaratórias e constitutivas*. São Paulo: Saraiva, 2001.

ARMELIN, Donald. *Realização e execução das tutelas antecipadas. Inovações sobre o direito processual civil: tutelas de urgência*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

ASSIS, Araken de. Execução da Tutela Antecipada. IN: SHIMURA, Sérgio; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Processo de Execução*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p.62-63. Série Processo de Execução e Assuntos Afins, v. 2

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

BERMUDES, Sérgio. *A reforma do código de processo civil*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1995.

BUENO, Cássio Scarpinella. *Execução provisória e antecipação da tutela. Dinâmica do efeito suspensivo da apelação e da execução provisória: conserto para a efetividade do processo*. São Paulo: Saraiva, 1999.

CARRIÓN, Genaro R. *Notas sobre Derecho y lenguaje*. 4. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1994.

CASELLA, Mário, apud BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*. São Paulo: Malheiros, 1998.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. *A nova reforma processual*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução e notas de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Malheiros, 2003.

\_\_\_\_\_. *A reforma do código de processo civil*. 3. ed. rev., ampliada e atual. São Paulo: Malheiros, 1996.

\_\_\_\_\_. *Fundamento do Processo Civil Moderno*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. 2 v.

\_\_\_\_\_. *A Instrumentalidade do Processo*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

\_\_\_\_\_. *A nova era do processo civil*. São Paulo: Malheiros, 2003.

ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. 7. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

FRIEDE, Reis. *Tutela antecipada, tutela específica e tutela cautelar; à luz da reforma do código de processo civil*. 5. ed. rev., atual. e ampliada. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

\_\_\_\_\_. *Limites objetivos para a concessão de medidas liminares em tutela cautelar e em tutela antecipatória*. São Paulo: Ltr, 2000.

LIEBMAN, Enrico Túlio. *Processo de Execução*. São Paulo: Best Book, 2001.

LOPES, João Batista. *Tutela Antecipada no Processo Civil brasileiro: de acordo com a Lei nº 10.444/2002*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Eficácia das decisões e execução provisória*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MALLET, Estevão. *Antecipação da tutela no processo do trabalho*. 2. ed. São Paulo: Ltr, 1999.

MARINONI, Luiz Guilherme. *A antecipação da tutela*. São Paulo: Malheiros, 1999.

\_\_\_\_\_. *Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

MEDINA, José Miguel Garcia. *Execução civil; princípios fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. Coleção Estudos de Direito Processual Enrico Tullio Liebman, v. 48.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

MURITIBA, Sérgio Silva et alli. *Critério da proporcionalidade na concessão de medidas de urgência de caráter antecipatório (parágrafo 2.º, do art. 273, do CPC): considerações zetéticas e dogmáticas : inovações sobre o direito processual civil: tutelas de urgência*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

NERY JÚNIOR, Nelson. *Atualidades sobre o processo civil, a reforma do código de processo civil brasileiro de dezembro de 1994*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

PENNA, Newton, OLIVEIRA, Fábio Cesar dos Santos, ANCIÃES, Marta Cristina Pires. O Perigo da irreversibilidade na tutela antecipada. *Revista de Processo*, São Paulo, v.27, n.106, p.84-101, abr./jun., 2002.

PEREIRA, Rosalina P. C. Rodrigues. *Ações prejudiciais à execução*. São Paulo: Saraiva, 2001.

ROCHA, José Albuquerque. *Teoria Geral do Processo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1991.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1993.

SHIMURA, Sérgio. *Efetivação das tutelas de urgência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. Série Processo de Execução e Assuntos Afins, v. 2.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. As liminares e a tutela de urgência. *Revista Jurídica Consulex*, v. 6, n. 139, out., 2002.

\_\_\_\_\_. *Curso de Direito Processual Civil*. 31. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. 3 v.

\_\_\_\_\_. Tutela de segurança. *Revista de Processo*, São Paulo: v.88.

TUCCI, José Rogério Cruz e. *Ação monitória: Lei 9.079 de 14.07.1995*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

WATANABE, Kazuo. *Da cognição civil*. São Paulo: Bookseller, 2000.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da tutela*. São Paulo: Saraiva, 1997.

## **A COLISÃO ENTRE PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS EM CASOS DE LIMINARES *INAUDITA ALTERA PARS* E AS FORMAS DE SOLUÇÃO: ANÁLISE DE CASOS**

*José Henrique Mouta Araújo<sup>1</sup>*

### **INTRODUÇÃO**

O presente trabalho tem por objetivo discutir a eficácia dos princípios constitucionais da ampla defesa, contraditório e devido processo legal em face de decisões judiciais concedidas sem a audiência da parte contrária.

Destarte, uma das grandes preocupações quando do direito constitucional e mesmo do processual é a correta interpretação de seus princípios fundamentais, principalmente quando se analisam casos concretos, considerando a presença de indagações em relação à correta interpretação do texto constitucional visando à solução de eventuais colisões.

Com efeito, por diversas vezes o intérprete enfrenta situações onde se alega que determinada decisão judicial violou este ou aquele princípio constitucional. Aliás, no campo das tutelas de urgência essas indagações são ainda mais comuns.

É nesse aspecto que se elaborou o presente trabalho, com o intuito de colaborar na solução dos casos concretos envolvendo a interpretação dos princípios constitucionais em face das tutelas de urgência.

---

<sup>1</sup> Mestre e Doutorando em Direito Processual Civil pela Universidade Federal do Pará. Professor da UNAMA e CESUPA/PA. Coordenador da Pós-graduação em Direito Processual da UNAMA. Procurador do Estado do Pará – e-mail: jhmouta@yahoo.com.br.

Destarte, essas tutelas emergenciais visam à superação do problema atinente ao binômio morosidade-efetividade, sendo um dos temas mais atuais no direito processual constitucional.

Com efeito, o resultado do processo deve assegurar à parte vitoriosa a efetividade da prestação jurisdicional, ou, como já afirmou Giuseppe Chiovenda: “il processo deve dare per quanto è possibile praticamente a chi há un diritto tutto quello e proprio quello ch’égli diritto conseguire”.<sup>2</sup>

Assim, a busca da efetividade passa, necessariamente, pelo enfrentamento das tutelas de urgência e sua aplicação em face do réu, pois a Constituição Federal lhe assegura o acesso à justiça, o atendimento aos princípios do contraditório e da ampla defesa. Nesse particular, enfrentar-se-á a seguinte indagação: será que as medidas liminares *inaudita altera pars* violam esses princípios?

Destarte, a constante preocupação com a questão do acesso à justiça, com o intuito de oferecer a todos os que lamentam uma pretensão em juízo, o direito a um ordenamento jurídico eficaz e, acima de tudo, ensejador da chamada justiça social passa necessariamente pelo enfrentamento da indagação acima.

Ademais, trazendo a lume o enfoque de Helmann Hassen,<sup>3</sup> percebe-se que o Direito, que possui uma série de valores a serem alcançados, tem como valor fim ou valor precípua a Justiça Social.

---

<sup>2</sup>Dell’azione nascente dal contratto preliminare. *Rivista di diritto commerciale*, Roma, 1911.

<sup>3</sup> HASSEN, Helmann. *Teoria dos Valores*. Coimbra: Armênio Amado, ano?

Enfim, é com vista a uma perspectiva crítica-contributiva que será enfrentado o problema envolvendo a utilização efetiva do processo com uma forma de acesso à ordem jurídica justa, com especial enfoque às liminares *inaudita altera pars* e os princípios constitucionais do devido processo legal, contraditório e ampla defesa.

Não se trata de obra de fôlego, mas meras observações quanto à correta interpretação dos casos concretos envolvendo medidas liminares para que se possa alcançar a chamada ordem jurídica justa.

## 1 BREVE REFERENCIAL SOBRE OS PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS

Antes de adentrar no ponto central do trabalho, cumpre fazer breve análise sobre o tema ‘princípios fundamentais’, com especial enfoque aos princípios do contraditório e devido processo legal.

Com efeito, esses princípios estão previstos na Carta Constitucional de 1988 no art. 5º, LIV e LV. Contudo, em muitos casos concretos, há aparente contradição – mera colisão entre os dois primeiros e o último.<sup>4</sup>

---

<sup>4</sup> Deve-se, portanto, buscar a correta interpretação de tais princípios. Ernst Wolfgang Bockenford inclusive afirma a existência de uma teoria dos direitos fundamentais, senão vejamos: “Semajante interpretación decifradora y, ante todo, concretizadora del contenido, no encuentra ningún punto de conexión suficiente en la literalidad, el significado de las palabras y el contexto normativo. Se establece y se deriva – consciente o inconsciente – de una determinada *teoría de los derechos fundamentales*, entendiéndose por tal teoría una concepción sistemáticamente orientada acerca del carácter general, finalidade normativa, y el alcance material de los derechos fundamentales. Esta teoría tiene su punto de referencia (la orientación sistemática) por regla general en una determinada concepción del Estado y/o en una determinada teoría de la Constitución. Su función consiste en no abandonar la interpretación de los singulares preceptos de derechos fundamentales únicamente a una técnica jurídica conformada a partir de detalladas regulaciones legales, sino en integrarla en el contexto general de una concepción del Estado/ teoría de la Constitución”. (*Escritos sobre Derechos Fundamentales*. Baden – Baden: Nomos, 1993, p. 45).

Logo, observa-se que os princípios fundamentais devem ser analisados em seu conjunto, de acordo com uma interpretação em consonância com a concepção de Estado e de realidade social.<sup>5</sup> Nesse aspecto, vale a pena transcrever as lições de Konrad Hesse:

A norma constitucional não tem existência autônoma em face da realidade. A sua essência reside na sua vigência, ou seja, a situação por ela regulada pretende ser concretizada na realidade.<sup>6</sup>

Destarte, deve o texto constitucional estar em consonância com a realidade social em que foi promulgado. Apenas à guisa de exemplificação, a sociedade vem mudando profundamente com o passar do tempo e, neste século XXI, deve o texto constitucional e a interpretação de seus princípios estar em consonância com tal *realidade social*. Há corrente doutrinária que afirma que a Constituição poderia ser meramente procedural, cabendo-lhe apenas estabelecer as regras de funcionamento do processo político.<sup>7</sup>

De outra banda, claro está que deve o intérprete fazer uso da deontologia para melhor aplicar os princípios fundamentais, principalmente considerando a sua função de organizar o sistema jurídico e adequá-lo à realidade social. Ademais, os princípios também têm o papel de orientar e

---

<sup>5</sup> Posteriormente serão enfrentados alguns critérios visando à distinção entre princípios e regras.

<sup>6</sup> *A força normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991, p. 14.

<sup>7</sup> Nesse sentido, ver Ana Paula de Barcellos: Aliás, de acordo com suas lições, “a expressão ‘constituição procedural’ identifica uma concepção restritiva do papel da Constituição, pela qual se entende que lhe cabe apenas estabelecer as regras de funcionamento do processo político, e não assumir posições acerca de valores ou alternativas ideológicas. Sua função se limitaria a zelar para que as ‘regras do jogo político’ funcionem adequadamente, cabendo aos representantes eleitos as decisões a respeito de valores materiais, fins que haverão de orientar o Estado etc” (*A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p.21).

direcionar a aplicação das regras jurídicas, já que possuem papel hierarquicamente superior, como restará comprovado posteriormente.

Aliás, Bockenford elenca, na obra já citada, várias teorias sobre os direitos fundamentais, aduzindo que:

Este estado de cosas hace preciso que se haga consciente de modo general y expreso el nexo necesario, existente entre la teoria y la interpretación de los derechos fundamentales, y que se plante la cuestión acerca de que diferentes teorías de los derechos fundamentales influyen actualmente en la interpretación de los derechos fundamentales, y con que consecuencias para el contenido de los concretos preceptos de derechos fundamentales lo hacen. Esta cuestión solo se puede tratar aquí, ciertamente, en la forma de una vision de conjunto, con la limitacion a problemas ejemplificativos y con la evidente simplificacion que trae consigo un procedimiento tipificador.<sup>8</sup>

Percebe-se, portanto, que na correta interpretação dos princípios constitucionais, deve o intérprete atentar para alguns critérios visando a dirimir as colisões existentes no dia-a-dia forense.<sup>9</sup>

Esses critérios podem variar de acordo com cada caso concreto, devendo verificar-se cada circunstância dentro da realidade social discutida. Logo, nada impede em determinada hipótese a solução seja X, já em outra Z,

---

<sup>8</sup> BOCKENFORD, Ernst Wolfgang, *Op. cit.*, p. 47.

<sup>9</sup> Luiz Guilherme Marinoni afirma que os direitos fundamentais têm natureza de princípios. De acordo com as lições do professor paranaense: “frise-se que os direitos fundamentais têm natureza de princípio. Assim, se os princípios constituem *mandatos de otimização*, dependentes *das possibilidades*, o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva (por exemplo) – que então pode ser chamado de princípio à tutela jurisdicional efetiva – também *constitui um mandato de otimização que deve ser realizado diante de todo e qualquer caso concreto, dependendo somente de suas possibilidades, e assim da consideração de outros princípios ou direitos fundamentais que com ele possam se chocar*”. (*Técnica processual e tutela dos direitos*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2004. p. 228). Aliás, nos itens posteriores serão enfrentadas as diferenças entre princípios e regras, dentre as quais a de que aqueles são mandatos de otimização.

sem que se possa falar em qualquer contradição, consideradas as circunstâncias isoladas de cada situação.

## 2 AINDA SOBRE OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS - O PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL EM ASPECTOS GERAIS

O princípio do devido processo legal está previsto em nosso texto constitucional, no art. 5º, LIV, com a expressão de que *ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.*

Contudo, pode-se mencionar como o marco de seu surgimento a *Magna Carta Libertatum*, de 1215, na Inglaterra, durante o reinado de João Sem Terra,<sup>10</sup> com a denominação de *due process of law*.

O devido processo legal, ligado ao direito processual constitucional, assegura a todos os cidadãos, o direito ao chamado trinômio: *vida, liberdade, patrimônio*, com a observância de toda a sistemática processual<sup>11</sup>. Aliás, processo justo, sentença justa e sem nenhuma espécie de nulidade, apenas poderá ser alcançada com o devido processo legal.<sup>12</sup>

---

<sup>10</sup> Nesse sentido, ver RAMOS JÚNIOR, Luiz Galdino. *Princípios Constitucionais do Processo: visão crítica*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000. p. 12 e NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 32.

<sup>11</sup> Não é intenção da presente obra enfrentar os vários enfoques acerca do devido processo legal (sentido genérico, material e processual). Sobre o assunto, ver NERY JÚNIOR, Nelson. *Op. cit.*, p. 31 *et seq.* e LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Devido processo legal substancial*. Disponível em: [http://www.cpc.adv.br/doutrina/processual\\_civil/devido\\_processo\\_legal\\_substancial.htm](http://www.cpc.adv.br/doutrina/processual_civil/devido_processo_legal_substancial.htm).

<sup>12</sup> Mauro Cappelletti e Bryant Garth, em obra clássica, ensinam, sobre o acesso à justiça profundamente relacionado com o devido processo legal, que: “o acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como o requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar o direito de todos”. (*Acesso à Justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre : Sérgio Antônio Fabris, 1988, p. 12). Ainda sobre acesso à justiça, ver obra de minha autoria intitulada *Acesso à Justiça e Efetividade do Processo*. Curitiba: Juruá, 2001.

Não se pode negar o importante papel do Poder Judiciário nesse aspecto, considerando que se trata do principal guardião da liberdade, propriedade, liberdade e cidadania, em tudo observado o devido processo legal.<sup>13</sup>

Evidente que, nesse importante papel de dirimir litígios, deve o Judiciário observar os princípios processuais constitucionais, dentre os quais o devido processo legal, sob pena de eivar a prestação jurisdicional de nulidade insanável. Destarte, o princípio da legalidade está atrelado ao princípio do devido processo legal<sup>14</sup> ao conceito de justiça.<sup>15</sup>

De outra banda, não se pode negar que o *due process of law* mantém íntima ligação com os demais princípios processuais, como o contraditório, ampla defesa etc. Nesse sentido, o Professor Nelson Nery Júnior chega inclusive a afirmar que:

Em nosso parecer, bastaria a norma constitucional haver adotado o princípio do *due process of law* para que daí

---

<sup>13</sup> Maria Tereza Sadek apresenta importantes observações acerca do papel do Estado – Poder Judiciário – nesse particular. De acordo com suas lições: “Os direitos são letra morta na ausência de instâncias que garantam o seu cumprimento. O Judiciário, deste ponto de vista, tem um papel central. Cabe a ele aplicar a lei e, consequentemente, garantir a efetivação dos direitos individuais e coletivos. Daí ser legítimo afirmar que o Judiciário é o principal guardião das liberdades e da cidadania. No exercício de suas funções, o Judiciário, segundo prescreve a Constituição brasileira, tem duas faces: uma, de poder de Estado; outra, de prestador de serviços. Tanto em um caso como no outro, há, primordialmente, a distribuição da justiça. Não se trata, é claro, de uma justiça abstrata, mas de possuir a palavra final, quer sobre os conflitos de natureza eminentemente política, quer sobre disputas privadas”. (SADEK, Maria Tereza (org.).*Acesso à justiça*. São Paulo : Fundação Konrad Adenauer, 2001. p. 7 – 8).

<sup>14</sup> Como bem informa Lúcia Valle Figueiredo, “o princípio da legalidade está, pois, atrelado ao devido processo legal, em sua faceta substancial e não apenas formal. Em sua faceta substancial – igualdade substancial – não basta que todos os administrados sejam tratados da mesma forma. Na verdade, deve-se buscar a meta da igualdade na própria lei, no ordenamento jurídico e em seus princípios”. (O devido processo legal e a responsabilidade do Estado por dano decorrente do planejamento. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, n.21, p.93, out./dez., 1996).

<sup>15</sup> Segundo Hans Kelsen, “a justiça, no sentido de legalidade, é uma qualidade que se relaciona não com o conteúdo de uma ordem jurídica, mas com sua aplicação. Nesse sentido, a justiça é compatível e necessária a qualquer ordem jurídica positiva, seja ela capitalista ou comunista, democrática ou autocrática”. (Teoria Geral do Direito e do Estado. Tradução de Luiz Carlos Borges. São Paulo : Martins Fontes, 2000. p. 20).

decorressem todas as consequências processuais que garantiriam aos litigantes o direito a um processo e a uma sentença justa. É, por assim dizer, gênero do qual todos os demais princípios constitucionais do processo são espécies.<sup>16</sup>

Portanto, percebe-se claramente a colocação como raiz de todos os princípios processuais previstos na CF/88 o *due process of law*. Contudo, como restará posteriormente enfrentado no presente trabalho, em alguns casos concretos poderá ocorrer colisão entre este e o princípio do contraditório, ocasião em que a interpretação deverá enfrentar as diretrizes das chamadas ‘leis de colisão’.

Como demonstrado anteriormente, o devido processo legal é de importância fundamental para o atendimento aos demais princípios processuais, dentre os quais o da legalidade, ampla defesa e contraditório, sob pena de comprometer a integridade e mesmo a justiça da decisão. Comumente o Poder Judiciário vem decretando nulidade processual em virtude do não atendimento ao devido processo legal.<sup>17</sup>

Percebe-se, portanto, que nos processos judiciais e administrativos deve ser atendido o devido processo legal, sob pena de fulminá-los de nulidade insanável. E mais, a interpretação de tal princípio deve ser atinente à axiologia,

---

<sup>16</sup>NERY JÚNIOR, Nelson, 2000. p. 31.

<sup>17</sup> Nesse sentido, no STJ, ver HC 33324, 6ª Turma, Julgado em 6.4.2004, DJ. 3.5.2004; Resp 279291, 5ª Turma, Julgado em 20.4.2004, DJ de 7.6.2004 e Resp. 605652, 3ª Turma, J. 3.6.2004, DJ de 21.6.2004).

em um sentido protetor.<sup>18</sup>

Destarte, o devido processo legal é princípio basilar da atuação estatal no campo processual, assegurando e mesmo salvaguardando a proteção judicial para todos aqueles que lamentam pretensões em juízo por meio de um processo adequado e justo.<sup>19</sup>

### **3 PRINCÍPIOS E REGRAS - AS FORMAS DE SOLUÇÃO DAS COLISÕES E CONFLITOS**

Até o presente momento, utilizou-se genericamente a expressão ‘princípios’. Contudo, cumpre estabelecer o correto enquadramento dos princípios e das regras, já que constituem um marco na teoria normativa dos direitos fundamentais.<sup>20</sup>

Há uma série de elementos que auxiliam na diferenciação entre

---

<sup>18</sup> Discutindo sobre o fundamento axiológico dos direitos fundamentais, Bockenford afirma que: “ De ahí que los derechos fundamentales tengan primariamente, del mismo modo que en la teoría institucional, el carácter de normas objetivas, no de pretensiones subjetivas. Reciben su contenido objetivo como emanación del fundamento axiológico de la comunidad estatal y como expresión de una decisión axiológica (Wertentscheidung) que esta comunidad adopta para si misma. Esto repercute en el contenido de la libertad de derecho fundamental. Ella es en cada caso libertad para la realización de los valores expresados en los derechos fundamentales y en el marco de un orden de valores instaurado por los derechos fundamentales en su conjunto; no preexiste a la totalidad estatal entendida axiologicamente, tal y como se expresa en las decisiones axiológicas de la Constitución, sino que ya está comprendida con ella”. (BOCKENFORD, Ernst Wolfgang. *Op. cit.*, p. 57-58).

<sup>19</sup> José Roberto dos Santos Bedaque também atenta para tal situação, considerando que, de acordo com suas lições, ao ver do legislador constitucional, o processo, com suas características essenciais, é mecanismo adequado a proporcionar não apenas acesso à Justiça, mas à ordem jurídica justa. Daí falar-se no processo é *quo e justo*, ou seja, aquele instrumento apto a assegurar efetivamente os direitos estabelecidos no ordenamento jurídico material”. (Os elementos objetivos da demanda examinados à luz do contraditório. In: TUCCI, José Rogério Cruz e; BEDAQUE, José Roberto dos Santos (Coord.). *Causa de Pedir e Pedido no Processo Civil: questões polêmicas*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2002. p.14).

<sup>20</sup> Sobre o assunto, Galdino Luiz Ramos Júnior ensina que: “Essa manifesta sistemática aberta envolve necessariamente as duas espécies de normas jurídicas: regras e princípios, pelo fato de que, ao considerarmos o Direito como um sistema unicamente composto por princípios ou regras, além de impossibilitarmos uma visão jurídica fática social, o condenaríamos à estagnação, contrariando o seu dinamismo natural. Além disso, seria limitado pela tentativa absurda e irreal de tipificar todos os infinitos comportamentos humanos de maneira estreita e fechada (regras) ou alargar as possibilidades de maneira a gerar instabilidade e desprezo aos valores jurídicos (princípios)”. (RAMOS JÚNIOR, Galdino Luiz, 2000, *Op. cit.*, p. 6).

princípios e regras, dentre as quais pode-se destacar:

### 3.1 GRAU DE GENERALIDADE

Os princípios possuem grau de generalidade, enquanto as regras possuem grau baixo de generalidade (grau de abstração relativamente reduzido).<sup>21</sup> Destarte, os princípios gozam de certa indeterminabilidade na aplicação ao caso concreto, enquanto as regras são suscetíveis de aplicação imediata.<sup>22</sup>

Aliás, nesse aspecto, vale a pena citar os ensinamentos de Robert Alexy:

Los principios son normas de un grado de generalidad relativamente alto, y las reglas con un nivel relativamente bajo de generalidad. Un ejemplo de una norma con un nivel relativamente alto de generalidad es la norma que dice que cada cual goza de libertad religiosa. En cambio, una norma según la cual todo preso tiene derecho a convertir a otros presos tiene un grado relativamente bajo de generalidad. Según el criterio de generalidad, se podría pensar que la primera norma podría ser clasificada como principio y la segunda como regla.<sup>23</sup>

Os princípios, portanto, fundamentam toda a ordem jurídica por meio do universo de valores, devendo ser utilizados para preencher as lacunas

---

<sup>21</sup> Segundo Ana Paula de Barcellos, as regras “são normas que pretendem produzir efeitos já definidos e delimitados em seu comando, e aplicáveis a um conjunto de situações que pode ser previamente identificado, apenas tendo em conta o dispositivo normativo. Sua lógica de aplicação, por força dessas características, é a do ‘tudo ou nada’”.( BARCELLOS, Ana Paula, *Op. cit.* p. 77).

<sup>22</sup> Nesse sentido, ver CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e a Teoria da Constituição*. 3. ed. Coimbra : Almedina, 1998. p. 1086.

<sup>23</sup> ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1993. p. 83 - 84.

existem na lei, além de originarem outros princípios correlatos.<sup>24</sup>

Ademais, ainda segundo as lições de Robert Alexy, os princípios e as regras, que fazem o conjunto de normas jurídicas, constituem condutas, permissões e mandamentos, fazendo parte do chamado juízo do dever ser.<sup>25</sup>

De outra banda, deve-se observar que, ocorrendo choque entre princípio e regra, aquele deve prevalecer, ao passo que se o caso envolver colisão entre princípios, a solução passará pelo exame da lei de colisão.<sup>26</sup>

### 3.2 OS PRINCÍPIOS SÃO MANDATOS DE OTIMIZAÇÃO – DIFERENÇAS QUANTO A QUALIDADE

Além do aspecto da generalidade, outra diferença importante entre princípios e regras diz respeito ao fato de que aqueles configuram ordem, e devem ser atendidos, enquanto as regras devem ser cumpridas ou não.

---

<sup>24</sup> Maria Helena Diniz chega inclusive a afirmar que: “O conhecimento dos princípios gerais é imprescindível para que se possa compreender a construção de um sistema jurídico, que se apresenta em diferentes subconjuntos. Não é o princípio geral uma simples idéia, algo celebrino, mas um elemento constitutivo do próprio sistema”. (As *Lacunas no Direito*. 4. ed. São Paulo : Saraiva, 1997. p. 213).

<sup>25</sup> Segundo o jurista alemão: “A menudo, no se contraponen regla y principio sino norma y principio o norma y máxima. Aquí las reglas y los principios serán resumidos bajo el concepto de norma. Tanto las reglas como los principios son normas porque ambos dicen lo que debe ser. Ambos pueden ser formulados con la ayuda de las expresiones deónicas básicas del mandato, la permisión e la prohibición. Los principios, al igual que las reglas, son razones para juicios concretos de deber ser, aun cuando sean razones de un tipo muy diferente. La distinción entre reglas y principios es pues una distinción entre dos tipos de normas”. (ALEXY, Robert. *Op. cit.*, p. 83).

<sup>26</sup> Aliás, Geraldo Ataliba chega a afirmar que: “mesmo no nível constitucional, há uma ordem que faz com que as regras tenham sua interpretação e eficácia condicionada pelos princípios. Estes se harmonizam, em função da hierarquia entre eles estabelecida, de modo a assegurar plena coerência interna ao sistema (a demonstração cabal disso está em TERAN, J. M. *Filosofía del Derecho*, p. 146 e ATALIBA, Geraldo. *República e Constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985. p. 6).

Com efeito, os princípios constituem ordem, não deixando margem para descumprimento. Nos casos onde ocorrer colisão entre princípios, deve-se interpretá-los para se alcançar a solução do caso concreto, mas jamais desatendê-los.<sup>27</sup> Portanto, havendo conflito entre regras, o problema será resolvido no campo da validade, enquanto que ocorrendo colisão entre princípios, a solução envolverá cada caso concreto, considerando a necessidade de preponderância de um sobre o outro dentro de um juízo de ponderação.<sup>28</sup>

Com isso, percebe-se que os princípios permitem o balanceamento de valores e interesses, consoante o seu peso e a ponderação de outros princípios eventualmente conflitantes. As regras, por sua vez, não deixam margem para outra solução.<sup>29</sup>

Ainda visando a comprovar a imperatividade do princípio, vale a pena transcrever o posicionamento de Rui Portanova:

Logo, os princípios não são meros acessórios interpretativos. São enunciados que consagram conquistas éticas da civilização e, por isso, estejam ou não previstos em lei, aplicam-se cogentemente a todos os casos concretos.<sup>30</sup>

---

<sup>27</sup> Segundo ALEXY, Robert, *Op.cit.*, p. 86-87: “El punto decisivo para la distinción entre reglas y principios es que los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas e reales existentes. Por lo tanto, los principios son mandatos de optimización, que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no solo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas (...). En cambio, las reglas son normas que sólo pueden ser cumplidas o no”.

<sup>28</sup> Nesse sentido, MARINONI, Luiz Guilherme, 2004. p. 226 - 227 e ALEXY, Robert. *Op. cit.*, p. 88 *et seq.*

<sup>29</sup> MARTINS, Luciana Mabilia. Interesse público e interesse privado: é possível colisão? *Revista da Procuradoria Geral do Estado do Rio Grande do Sul*, v. 24, n. 53, p.52, 2001.

<sup>30</sup> PORTANOVA, Rui. *Princípios do Processo Civil*. 5.ed. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2003. p. 14.

Pelo exposto, percebe-se que quanto às regras, há possibilidade de melhor interpretá-las no campo da validade, já quanto aos princípios há a imperatividade na sua observância. Aliás, apenas exemplificando, no campo do direito processual civil recentemente houve a alteração no art. 588, deixando claro em seu *caput* que se trata de *regras* e não *princípios* – como mencionava a redação anterior - envolvendo a execução provisória de sentença, tanto que em seu parágrafo segundo contém exceções à sua aplicação.<sup>31</sup>

Após breves considerações acerca dos critérios para identificação e diferenciação entre princípios e regras, cumpre a partir do presente momento enfrentar as diretrizes envolvendo as hipóteses de colisões entre princípios nos casos envolvendo tutelas de urgência e os meios para solucioná-las.

#### **4 A COLISÃO ENTRE PRINCÍPIOS E OS MEIOS DE SOLUÇÃO – A IMPORTÂNCIA DA CORRETA INTERPRETAÇÃO**

Antes de enfrentar casos concretos envolvendo as chamadas regras de colisão, deve-se fazer uma afirmação inicial: os princípios se correlacionam e se interagem. De acordo com o caso concreto, deve o intérprete dar privilégio a um em detrimento de outro, caso ocorra eventual colisão, dentro de um juízo de ponderação. Por outro lado, não pode, jamais, desatender ou violar um

---

<sup>31</sup> Aliás, em artigo publicado recentemente, tive oportunidade de explorar a alteração processual em questão. Sobre o assunto, ver ARAÚJO, José Henrique Mouta. Anotações sobre a ‘nova’ disciplina da execução provisória e seus aspectos controvertidos. *Revista Dialética de Direito Processual*, n.14, p. 53-76, maio, 2004.

princípio, sob pena de colocar em risco a integralidade do sistema jurídico.<sup>32</sup>

Com efeito, há uma conjugação dos objetivos previstos em cada princípio, para que se escolha qual será prevalente em determinado caso concreto.<sup>33</sup>

Em determinados casos concretos, poderá existir conflito entre regras e colisões entre princípios. No primeiro caso, a solução caminha pela cláusula de exceção – pela análise quanto à validade, enquanto no segundo a solução caminha pelas regras de colisão.<sup>34</sup>

Mesmo não sendo o objeto principal do presente trabalho a discussão quanto aos conflitos entre regras, vale a pena lançar alguns comentários.

---

<sup>32</sup> Nesse aspecto, as lições de Celso Antônio Bandeira de Mello merecem transcrição: “É o conhecimento dos princípios que preside a intelecção das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo. Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou constitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contuméia irremissível a seu arcabouço e corrosão de sua estrutura mestra”. (*Curso de Direito Administrativo*. 8. ed. São Paulo : Malheiros, 1996. p. 546).

<sup>33</sup> Aliás, apesar de um pouco longa, é imprescindível a transcrição das palavras Paulo Henrique dos Santos Lucon: “Entre os princípios não se admite antinomia jurídica, ou seja, não é possível a extirpação de um deles do sistema. Quando duas normas jurídicas estão em confronto, uma delas é simplesmente excluída do ordenamento jurídico. No entanto, quando dois princípios estão em conflito nenhum deles é expulso ou excluído do sistema. Na realidade, há uma conjugação dos objetivos neles contidos ou, quando isso não for possível, a escolha do princípio prevalente sobre o caso concreto. Nesses casos, a fundamentação de tal opção é muito mais política e social do que jurídica; há verdadeiramente uma escolha do aplicador do direito ou do intérprete por um deles em detrimento do que a ele, diante de uma situação substancial, se opõe”. (Garantia do tratamento paritário das partes. In: TUCCI, José Rogério Cruz e (Coord.). *Garantias Constitucionais do Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p.93 –94).

<sup>34</sup> Por outro lado, quando ocorre conflito entre princípios e regras, a solução é de mais fácil alcance, considerando a superioridade daqueles sobre estas.

Com efeito, existindo conflito entre regras, a solução passa pela chamada cláusula de exceção, que poderá declarar inválida uma das regras conflitantes, passando pelos critérios cronológico ou hierárquico.<sup>35</sup>

Percebe-se, portanto, que quando duas regras estão em confronto, uma delas é expurgada do sistema, abrindo-se a cláusula de exceção. O mesmo não ocorre com as colisões entre princípios, já que há a necessidade de correta interpretação e valoração, sem que isso signifique qualquer exclusão.<sup>36</sup>

Destarte, em casos de colisão entre princípios, deve-se alcançar um raciocínio envolvendo a precedência condicionada – dando mais relevância de um princípio sobre outro. Contudo -- vale ratificar -- isso não significa expurgar um princípio, mas apenas dar prevalência a outro, em determinado caso concreto, aplicando-se os critérios valorativos.<sup>37</sup>

Ronald Dworkin, em obra clássica, analisa com profundidade os casos de integridade no direito, abordando um exemplo envolvendo acidente

---

<sup>35</sup> O exemplo citado por (Alexy é importante para bem esclarecer o assunto: “Un ejemplo de un conflicto de reglas que puede ser eliminado a través de la introducción de una cláusula de excepción es el que se da entre la prohibición de abandonar la sala antes de que suene el timbre de salida y la orden de abandonarla en caso de alarma de incendio. Si todavía no ha sonado el timbre de salida y se da alarma de incendio, estas reglas conducen a juicios concretos de deber ser contradictorios entre sí. Este conflicto se soluciona introduciendo en la primera regla una cláusula de excepción para el caso de alarma de incendio’. (ALEXY, Robert, *Op. cit.*, p. 88).

<sup>36</sup> Aliás, citando Karl Engish, afirma Paulo Henrique dos Santos Lucon que “as diversas concepções de idéias fundamentais são resultantes dos diferentes critérios políticos e sociais adotados pelo constituinte ou pelo legislador. Por isso, a solução de um caso concreto exige verdadeira opção teleológica, ou seja, a escolha de certos critérios políticos e sociais com vista a atingir determinados resultados, dentro de parâmetros que o próprio ordenamento jurídico estabelece”. (TUCCI, José Rogério Cruz e (Coord.). *Op.cit.*, p.93).

<sup>37</sup> Aliás, Eros Roberto Grau menciona a existência de *jogo de princípios*, tendo em vista que a aplicação de um princípio pelo intérprete poderá importar no afastamento do outro. (A ordem econômica na Constituição de 1988. 4. ed. São Paulo : Malheiros, 1998. p. 187).

de trânsito e o cabimento de indenização. Após enfrentar as diversas soluções que poderiam ser encontradas, apresenta o critério da subordinação como solução para o problema. Afirma que:

Em minha opinião, a melhor maneira de fazer isso consiste em subordinar o primeiro princípio ao segundo, pelo menos nos casos de acidentes de automóveis em que o seguro de responsabilidade seja possível de obter, junto à iniciativa privada, em termos razoáveis. Faço essa escolha porque acredito que, embora cada um dos dois princípios seja atraente, o segundo é mais poderoso em tais circunstâncias.<sup>38</sup>

Evidente que, para alcançar a solução para determinado caso concreto onde ocorra colisão entre princípios, deve-se buscar a lei de colisão, por uma argumentação jurídica plena e justa. Aliás, como exemplo pode-se citar a liberdade de imprensa em contraponto com o direito de imagem.

Nesse prisma, necessário indagar: até que ponto a liberdade de imprensa e de informação devem prevalecer sobre o direito à imagem do indivíduo, nos casos envolvendo apuração de ato ilícito? A resposta a esta indagação não é simples e deve passar, necessariamente, pela valoração entre os princípios e a aplicação da lei de colisão, concluindo-se pelo princípio de maior peso.

Aliás, Robert Alexy cita exemplo interessante sobre a liberdade de imprensa. Trata-se de um caso envolvendo programa de televisão que iria explorar um documentário sobre o assassinato de soldados em Lebach. Contudo, uma pessoa que havia sido condenada por cumplicidade neste crime

---

<sup>38</sup> DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 322.

estava na iminência de deixar a prisão, e a referida reportagem iria publicar fotos suas e, por certo, prejudicar seu reengajamento social.<sup>39</sup>

No caso em questão, há clara colisão entre princípios, chegando o Tribunal local a impedir a publicação da película. Destarte, com a divulgação da reportagem iriam ocorrer danos talvez insuperáveis ao cidadão que estava na iminência de sair da prisão, dificultando sua socialização e criando preconceitos injustificáveis.

Logo, a melhor interpretação para o caso concreto passou necessariamente pela discussão quanto a importância da matéria jornalística; a sua atualidade; o direito de informação, e o direito de reengajamento social do ex-presidiário etc.

Enfim, para se alcançar a solução ao caso concreto, deve o intérprete fazer a melhor interpretação, sendo que isso não significa a extirpação de um princípio, mas apenas uma ponderação valorativa. Nada impede que em outra hipótese, o princípio a ter maior peso é o que, no caso anterior, foi afastado, considerando a ocorrência do chamado jogo de princípios.<sup>40</sup>

---

<sup>39</sup> ALEXY, Robert. *Op. cit.*, p. 95.

<sup>40</sup> Sobre jogo de princípios, ver GRAU, Eros Roberto, *Op. cit.*, p. 187.

## 5 AS LIMINARES *INAUDITA ALTERA PARS* E OS PRINCÍPIOS DA AMPLA DEFESA E CONTRADITÓRIO – A NECESSIDADE DE PONDERAÇÃO ENTRE OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

A partir do presente momento, mister é enfrentar o pano de fundo do presente trabalho - a análise do cabimento de decisões *inaudita altera pars* (medidas acautelatórias ou antecipatórias)<sup>41</sup> e a eventual existência de colisão entre alguns princípios constitucionais do processo.

Não se deve olvidar que existem vários princípios constitucionais processuais, dentre os quais o devido processo legal,<sup>42</sup> ampla defesa, contraditório<sup>43</sup> e mesmo o acesso à justiça. Por essa razão, comumente se indaga se as medidas liminares constituem violação aos princípios

---

<sup>41</sup> Não há o objetivo de apresentar a diferenciação entre as duas tutelas de urgência, mas sim abordar seu cabimento em face dos princípios do devido processo legal / o acesso à justiça em contraposição com o contraditório e ampla defesa. Contudo, quanto a análise e pontos de aproximação e diferenciação entre a cautelar e a tutela antecipada podem ser indicadas as seguintes obras: SOARES, Rogério Aguiar. *Tutela jurisdicional diferenciada*: – tutelas de urgência e medidas liminares em geral. São Paulo : Malheiros, 2000 ; BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada* : tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização). 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003 ; CHIAVASSA, Tércio. *Tutelas de urgência cassadas: a recomposição do dano*. São Paulo : Quartier Latin do Brasil, 2004 ; THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Tutela Jurisdicional de Urgência*: medidas cautelares e antecipatórias. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2001 e RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Elementos de Direito Processual Civil*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. v.2. p. 183 *et seq.*

<sup>42</sup> Ainda sobre o princípio do devido processo legal, Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco ensinam que: “Entende-se, com essa fórmula, o conjunto de garantias constitucionais que, de um lado, asseguram às partes o exercício de suas faculdades e poderes processuais e, do outro, são indispensáveis ao correto exercício da jurisdição. Garantias que não servem apenas aos interesses das partes, como direitos públicos subjetivos (ou poderes e faculdades processuais) destas, mas que configuram, antes de mais nada, a salvaguarda do próprio processo, objetivamente considerado, como fator legitimante do exercício da jurisdição”. (*Teoria Geral do Processo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 82).

<sup>43</sup> Já sobre o princípio do contraditório, assim se manifestam os citados professores: “O princípio do contraditório também indica a atuação de uma garantia fundamental da justiça: absolutamente inseparável da distribuição da justiça organizada, o princípio da audiência bilateral encontra expressão no brocardo romano *audiatur et altera pars*. Ele é tão intimamente ligado ao exercício do poder, sempre influente sobre a esfera jurídica das pessoas, que a doutrina moderna o considera inerente mesmo à própria noção de processo”. (*Idem, Ibidem*, p. 55).

constitucionais do processo, principalmente em relação ao réu que, antes mesmo de ser citado para apresentar defesa, é instado a adotar determinada conduta, em atendimento à determinação judicial *initio litis*.

Como restou claro nos capítulos anteriores, não há de se falar em violação a princípio, e sim análise visando a correta valoração, dentro da chamada lei de colisão.

Contudo, existem casos concretos onde se pode observar clara colisão entre princípios constitucionais, como nas hipóteses envolvendo as ‘tutelas de urgência’.

Com efeito, utilizar-se-á como exemplo uma demanda cominatória, em que o autor pretende medida liminar para obstar a publicação de matéria na imprensa, com fundamento nos arts. 287 e 461, parágrafo 3º do Código de Processo Civil. O autor será chamado hipoteticamente de José e o réu Jornal X.

O jornal, por hipótese, já possui totalmente editada e pronta para divulgação matéria jornalística que irá causar prejuízos financeiros e morais à José (suposto comerciante).

O demandante, sabedor do conteúdo da matéria e visando comprovar a falta de veracidade da reportagem, propõe demanda declaratória com base nos arts. 5º, 282, 287 e 461 do CPC, requerendo tutela antecipada para que seja determinada conduta negativa ao réu, antes mesmo de sua citação, fundamentada no parágrafo 3º do último artigo citado.

As principais questões que serão enfrentadas pelo julgador são: a liminar antes da citação do réu violará os princípios da ampla defesa e contraditório; não seria adequado e correto deixar publicar a matéria e, após, solucionar o litígio mediante indenização pelos danos eventualmente causados? Qual a saída para o julgador, proteger a liberdade de imprensa – com a publicação da reportagem, ou o direito individual do autor?

*In casu*, é mister observar que há clara colisão entre disposições constitucionais quando se contrapõe a liberdade de imprensa com o direito individual.<sup>44</sup>

Mais uma vez é necessário indagar: a liminar requerida pelo autor viola os princípios da ampla defesa e contraditório, devendo apenas ser concedida (se for o caso) após a resposta do réu? Particularmente, entende-se que não, inclusive considerando os principais objetivos da tutela inibitória, os quais serão ratificados posteriormente.

Contudo, não se pode deixar de aduzir que o problema em questão também enfrenta a colisão entre os princípios do devido processo legal, efetividade da prestação jurisdicional e mesmo o acesso à justiça (*considerando que de nada servirá a apreciação da tutela de urgência após a*

---

<sup>44</sup> Ainda sobre as colisões entre disposições, vale a pena transcrever os ensinamentos de Victor Ferreres Comella: “En el caso de las colisiones, lo que sucede es que varias disposiciones protegen distintos derechos que concurren en muchos supuestos de la vida real. Hay que presuponer que el legislador constitucional que formuló esas disposiciones sabía que los conflictos entre los derechos protegidos serían frecuentes. Por tanto, debe interpretarse que su intención fue proteger los diversos derechos y, en caso de que surgieran conflictos, evitar que la protección de unos se hiciera a costa de un sacrificio desproporcionado de los otros. En consecuencia, hay que interpretar las diversas disposiciones sistemáticamente, como partes de un todo coherente. Esto exige la construcción de reglas más específicas que permitan conciliar las exigencias de las disposiciones, evitando que determinados derechos sufran restricciones desproporcionadas”. (COMELLA, Victor Ferreres. *Justicia constitucional y democracia*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997. p. 28).

*publicação da matéria jornalística)* de um lado e de outro os princípios do contraditório e ampla defesa, razão pela qual merece item específico.

#### 4.1 AS LIMINARES E OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS – ANÁLISE DE ALGUNS CASOS CONCRETOS

Como se mencionou anteriormente, o tema tutela antecipada sempre causou profunda divergência de interpretação, inclusive quanto ao momento de cabimento. O Tribunal de Justiça de Mato Grosso, na decisão a seguir transcrita, entendeu que:

**TUTELA ANTECIPATÓRIA** – Pretensão de concessão da medida antes da citação do réu – Inadmissibilidade ressalvada a hipótese do art. 461, parágrafo 3º do CPC – Necessidade de preenchimento de todos os requisitos elencados no art. 273 também do CPC.

Em princípio, não existe previsão de outorga da tutela antecipada, antes da citação do réu, com exceção da hipótese prevista no art. 461, parágrafo 3º, do CPC. Não se deve confundir a tutela antecipada, que adentra no âmago da questão com as medidas cautelares, que a garantia da efetividade do processo. Em homenagem à garantia do devido processo legal, a antecipação só será viável ante o preenchimento de todos os requisitos elencados no art. 273 do CPC, em casos excepcionalíssimos, onde se faça necessária a antecipação provisória” (TJMT – 1ª Câmara – Ai n. 6.849, julgamento em 24.2.97, rel. Dês. Salvador Pompeu de Barros Filho – RT 743/97).

O voto do relator caminha no sentido de somente admitir a concessão da tutela de urgência *inaudita altera parte* em casos absolutamente excepcionais, como os ligados à vida e à saúde.

Ora, considerando que o problema colocado como paradigma envolve o direito à imagem e a proteção à honra, será que seria possível a concessão de tal medida de urgência?

Utilizando um primeiro raciocínio axiológico, a colisão entre princípios caminhará no sentido de indeferimento da tutela de urgência, sob o argumento da liberdade de imprensa e da possibilidade de ressarcimento posterior dos danos causados. O intérprete teria de enfrentar os seguintes aspectos, com a relação de precedência:<sup>45</sup> a) Quais os princípios envolvidos no problema? b) Quais serão os maiores prejuízos: o da empresa que já elaborou a matéria que está pronta para divulgação, o da liberdade de imprensa, o da sociedade de ser corretamente informada ou o do autor de evitar danos à sua imagem, honra etc; c) Existe possibilidade de ressarcimento dos danos eventualmente causados ao autor após a publicação da matéria, acaso comprovada sua irregularidade?

Assim, poderá o intérprete chegar à conclusão quanto ao cabimento ou não da tutela antecipada requerida na exordial. Utilizando tal raciocínio, poderá concluir pelo seu incabimento, dando prevalência ao princípio da ampla defesa e contraditório,<sup>46</sup> sob o argumento de que os danos eventualmente causados poderão ser resarcidos posteriormente.

Contudo, mais uma vez é necessário ressaltar que, sob o aspecto do correto andamento processual, esta não seria a solução mais adequada à

---

<sup>45</sup> Chegará o intérprete à conclusão sobre qual princípio pesa mais, adotando a ponderação e a proporcionalidade. Sobre a lei de colisão, ver ALEXY, Robert. *Op. cit.*, p. 90.

<sup>46</sup> Paulo Henrique dos Santos Lucon apresenta observações importantes envolvendo o princípio do contraditório. De acordo com suas lições: “Hodiernamente, o contraditório representa verdadeira meta política de legitimação do provimento jurisdicional ou administrativo mediante a outorga, pelo ordenamento jurídico, de garantias de participação igualitária das partes no processo. Ao juiz, sujeito também do contraditório, cabe observar e fazer observar essas garantias. Por isso, contraditório e ampla defesa relacionam-se tão intimamente com o tratamento paritário das partes no processo, pos nele se inclui a igualdade de oportunidades de participação, absolutamente necessária para a defesa dos direitos em juízo”. (TUCCI, José Rogério Cruz e (Coord.), 1999, p. 102).

solução da questão, como se passa a demonstrar.

Com efeito, mais uma vez interpretando o problema já apresentado entre José e o Jornal X, a concessão de medidas liminares *inaudita altera pars* apenas poderá ocorrer em casos excepcionais, desde que comprovados os requisitos do art. 461, parágrafo 3º. Logo, para conseguir impedir a publicação da reportagem, deverá comprovar todos os requisitos ensejadores da tutela de urgência de não fazer inibitória.

Por outro lado, importante destacar que a decisão *initio litis* não estará violando os princípios do contraditório / ampla defesa, mas apenas fazendo o exercício de valoração, visando a encontrar a correta aplicação da lei de colisão. No problema colocado, portanto, o julgador deveria verificar se os requisitos da probabilidade e da urgência estão presentes, hipótese em que deverá conceder a tutela de urgência inibitória.

Necessário ressaltar que as tutelas antecipatórias são concedidas em regra diante de cognição sumária e são revogáveis, sendo mais uma razão que corrobora com a afirmação de que não viola o princípio do contraditório e da ampla defesa.

Essa matéria não é nova no âmbito doutrinário e mesmo jurisprudencial.<sup>47</sup>

---

<sup>47</sup> No item seguinte serão apresentados precedentes que reconhecem o cabimento de medidas liminares sem audiência da parte contrária, sem que se possa discutir violação aos princípios constitucionais discutidos no presente trabalho.

Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco ensinam que:

O contraditório não admite exceções: mesmo nos casos de urgência, em que o juiz, para evitar o *periculum in mora*, provê *inaudita altera parte* (CPC, arts. 929, 32, 937, 813 ss.), o demandado poderá desenvolver sucessivamente a atividade processual plena e sempre antes que o provimento se torne definitivo.<sup>48</sup>

Ademais, Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery aduzem que:

*Liminar sem a ouvida do réu*. Quando a citação do réu puder tornar ineficaz a medida, ou, também, quando a urgência indicar a necessidade de concessão imediata da tutela, o juiz poderá fazê-lo *inaudita altera pars*, o que não constitui ofensa, mas sim *limitação imanente* do contraditório, que fica diferido para momento posterior do procedimento.<sup>49</sup>

Com efeito, deve-se verificar, em determinado caso concreto, a presença dos requisitos da tutela de urgência. Nas hipóteses envolvendo tutela inibitória, deve o intérprete ter maior cuidado na apreciação dos requisitos, considerando o fato de que pretende o litigante evitar a ocorrência do dano, exatamente como ocorreu no exemplo discutido no presente trabalho, onde José pretende evitar a divulgação de reportagem supostamente danosa à sua imagem e honra. Logo, o direito a uma decisão justa passa, necessariamente, pela não divulgação da matéria, evitando-se dano muito maior<sup>50</sup> e jamais

<sup>48</sup> CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel, *Op. cit.*, p. 57.

<sup>49</sup> *Código de Processo Civil Comentado e legislação processual civil extravagante em vigor*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 614 (nota 11 – art. 273 do CPC).

<sup>50</sup> Realmente, seria absolutamente discutível nos aspectos efetividade/ acesso à justiça uma decisão proferida após a ocorrência do dano, se o litigante procurou exatamente evitá-lo mediante ajuizamento de demanda inibitória.

recuperável *in natura*.<sup>51</sup>

Por fim, cumpre enfrentar a terceira solução envolvendo o problema posto, que passa pela afirmação de cabimento da tutela de urgência antes da citação do réu, sem que se possa falar em violação ao contraditório ou ampla defesa.

Antes de apresentar toda a justificativa teórica do presente entendimento, deve-se transcrever a seguinte decisão:

**PROCESSUAL CIVIL – ADMINISTRATIVO – POSSIBILIDADE – ANTECIPAÇÃO DE TUTELA – SEM PRÉVIA AUDIÊNCIA DO RÉU – GRAU DE RECURSO – PRERROGATIVA DO PODER GERAL DO JUIZ – PRESENÇA DOS PRESSUPOSTOS DO ART. 273 DO CPC.**

1- A lei não estabeleceu um momento preclusivo para a antecipação da tutela, podendo a mesma ser concedida a qualquer momento, mesmo em grau de recurso, bastando, para tanto, que seja necessária.

2- Antecipação parcial da tutela concedida, em razão da demonstração da prova inequívoca da verossimilhança da alegação, aliada ao receio de dano irreparável, que poderia ser causado à requerente, em ter os débitos em discussão inscritos em Dívida Ativa, bem como seu nome incluído no CADIN, passível, ainda de uma execução fiscal por parte da União Federal / Fazenda Nacional.

3- Inexiste violação ao princípio do contraditório e da ampla defesa, em conceder tutela antecipada, *inaudita altera pars*, diante da prerrogativa do poder geral do juiz de determinar as medidas provisórias que julgar adequadas.

4- Negado provimento ao agravo interno, Mantida inalterada a r. decisão agravada" (TRF 2<sup>a</sup>. Região. Ac – Apelação Cível – 146894. Processo 9702283639 – RJ - 3<sup>a</sup> Turma – Relator Juiz Francisco Pizzolante - Data da decisão 02/10/2002. DJU de 28.10.2002).

---

<sup>51</sup> José Afonso da Silva, analisando o art. 5º, XXXV da CF/88, assevera que : “É preciso repisar aqui a idéia, já lançada antes, de que o *direito de acesso à Justiça*, consubstanciado no dispositivo em comento, não pode e nem deve significar apenas o direito formal de invocar a jurisdição, mas o *direito a uma decisão justa*. Não fora assim, aquela *apreciação* seria vazia de conteúdo valorativo”. (*Poder Constituinte e Poder Popular: estudos sobre a Constituição* .1 ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 155).

A grande questão que se coloca é o relacionamento entre as tutelas de urgência e o direito ao contraditório. Como destacado anteriormente, há colisão entre princípios constitucionais, devendo o intérprete utilizar as leis de colisão e aplicar aquele que deve prevalecer em determinado caso concreto.

A partir da reforma que ocorreu em 1994, no Código de Processo Civil, o tema ‘tutela antecipada’ passou a ficar democratizado em todo o processo de conhecimento, desde que presentes os requisitos presentes do art. 273. Contudo, estando presente o requisito negativo – perigo de irreversibilidade – a conduta deverá ser no sentido de negar a tutela de urgência, sob pena de violar o contraditório, conforme previsão expressa do art. 273, parágrafo segundo da legislação adjetiva.

Por outro lado, o grande objetivo da tutela antecipada foi acelerar a marcha procedural,<sup>52</sup> considerando que o fator tempo é um dos maiores obstáculos à efetividade do processo.

Com efeito, a sistemática da tutela antecipada objetivou exatamente, mediante pronunciamento satisfatório, enfrentar o fator tempo de duração da

---

<sup>52</sup> José Rogério Cruz e Tucci, em obra clássica, indica a importância da tutela antecipada na distribuição do tempo no processo. De acordo com suas lições, “a tutela antecipada, mediante o expediente técnico da condenação com reserva, exatamente porque enseja a generalização da tutela distributiva do tempo do processo, evita que se entreveja na aceleração da execução qualquer privilégio conferido a um determinado seguimento social em detrimento de outro. Diante do exposto, fácil fica concluir que essa tendência atual, com a finalidade de acelerar a marcha procedural, deve ser individuada na intolerância da excessiva lentidão da estrutura do processo tradicional, visto resultar pacífico que a rápida prestação jurisdicional é elemento indispensável para a efetiva atuação das garantias constitucionais da ação e da defesa”. (TUCCI, José Rogério Cruz e, *Op.cit.*, p. 128 – 129). Ainda sobre o tempo no processo, Paulo César Santos Bezerra aduz que: “Na maioria das vezes, porém, sua pretensão será resistida, o que acarretará o que chamamos de tempo do processo, custas com provas periciais, quando não em conciliações quase que forçadas pela desilusão da justiça ou por juízes tendenciosos e incautos que, no afã de desobstruir seus pretórios, forçam acordos não poucas vezes, injustos”. (Acesso à justiça: um problema ético-social no plano da realização do direito. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 187).

litispendência, permitindo a obtenção de um resultado positivo até mesmo sem a audiência da parte contrária, o que por certo diminui as frustrações e as incertezas decorrente da demora na prestação jurisdicional.<sup>53</sup> O raciocínio leva a uma só conclusão: a tutela antecipada tem como maior objeto o alcance da efetividade do processo e o acesso à justiça.

Aliás, cumpre nesse momento fazer breve transcrição dos Professores Mauro Cappelletti e Bryant Garth acerca do conceito de acesso à justiça:

A expressão ‘acesso à justiça’ é reconhecidamente de difícil definição, mas serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico – o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado. Primeiro, o sistema deve ser igualmente acessível a todos; segundo, ele deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos.<sup>54</sup>

É no aspecto do resultado justo e breve que se permite concessão de medidas de urgência sem a audiência da parte contrária. Aliás, dentro dos chamados novos direitos, o acesso à justiça ganha cada vez maior espaço, devendo ser observado, em cada caso concreto, se estão ou não presentes os requisitos ensejadores da tutela de urgência.

Ademais, a decisão acima transcrita também serve para se observar que não existe qualquer discricionariedade na concessão da tutela antecipada.

---

<sup>53</sup> O Professor argentino Augusto A. Morello apresenta importante comentário sobre a importância da tutela antecipada nesse particular, senão vejamos: “se obtendría un saludable equilibrio interior dentro del proceso ordinario, porque receptada esa *tutela intermedia* con prudencia, aunque de manera nada conservadora ni pegada a lo establecido (es decir, con intensidad no deseñable) al hacerse cargo de una necesidad insoslayable reduciría los riesgos e frustraciones de acompañan en el presente el uso del tipo instrumental común. Com todo lo que ello significa en la realidad operativa del proceso justo constitucional”. (*Anticipación de tutela*. La Plata : LEP, 1996. p. 24. *Apud* TUCCI, José Rogério Cruz e, 1997, p. 126 - 127).

<sup>54</sup>CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryan. *Op. cit.*, p. 8.

Deve o julgador verificar se estão presentes os requisitos positivos e se há ou não o perigo de irreversibilidade (óbice à concessão da medida emergencial).

Portanto, se no caso concreto houver a comprovação dos requisitos previstos na legislação adjetiva, a tutela antecipada deve ser concedida, inexistindo qualquer juízo de discricionariedade ao julgador. Nesse sentido, vale mais uma vez citar Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery:

*Concessão da liminar.* Embora a expressão ‘poderá’, constante no CPC 273, *caput*, possa indicar faculdade e discricionariedade do juiz, na verdade constitui obrigação, sendo dever do magistrado conceder a tutela antecipatória, desde que preenchidos os pressupostos legais para tanto, não sendo lícito concedê-la ou negá-la pura e simplesmente<sup>55</sup>.

No mesmo sentido, entende José Carlos Baptista Puoli:

A contrário do que sugere a utilização do verbo *poderá* no *caput* do art. 273 do Código de Processo Civil, a decisão a respeito da concessão da tutela antecipada nada tem de discricionária, pois, como visto quando se tratou de forma genérica da questão dos conceitos indeterminados, o ato de preenchimento dos conceitos de prova inequívoca, verossimilhança, etc., não corresponde a ato integralmente livre do juiz, o qual deverá, à luz das circunstâncias do caso concreto, e dos elementos extraídos da doutrina e dos precedentes jurisprudenciais dizer o direito no caso concreto (lembmando-se que o direito não admite a indicação de duas soluções para o caso concreto, entre as quais o juiz poderia livremente escolher uma).<sup>56</sup>

Já José Roberto dos Santos Bedaque ensina que:

Não tem o juiz, portanto, mera faculdade de antecipar a tutela. Caso se verifiquem os pressupostos legais, é seu dever fazê-lo. Existe, é verdade, maior liberdade no exame desses requisitos, dada a imprecisão dos conceitos legais. Mas essa circunstância não torna discricionário o ato judicial.<sup>57</sup>

---

<sup>55</sup> NERY JÚNIOR, Nelson ; NERY, Rosa Maria de Andrade, 2002. p. 614 ( Nota 10 – art. 273).

<sup>56</sup> Os poderes do juiz e as reformas do processo civil. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002. p. 155.

<sup>57</sup> BEDAQUE, José Roberto dos Santos, 2003. p. 355.

Pois bem. A partir da observação da presença dos requisitos da concessão das tutelas de urgência, sem a audiência da parte contrária, deve o julgador ponderar os princípios constitucionais em colisão: efetividade (rapidez – brevidade) do processo, devido processo legal e acesso à justiça, de um lado, e contraditório e ampla defesa, de outro.

Hodiernamente, várias decisões vêm reconhecendo que as medidas liminares não violam, mas simplesmente adiam o exercício do contraditório. Além da citada anteriormente, vale mencionar mais algumas, deixando claro que o assunto em questão é atual e condiz com a necessidade de ponderação entre princípios constitucionais:

**ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. REAJUSTE DE 11,98%. NÃO CABIMENTO. PRELIMINAR DE OFENSA AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA. REJEITADA.**

1- A possibilidade de concessão de liminar, inaudita altera parte, não atenta contra as garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa. Preliminar rejeitada.

2- É partir o entendimento, das Primeira e Segunda Turmas deste Tribunal, de que, em hipóteses como a em causa, além de não se fazerem presentes os requisitos estabelecidos pelo art. 273 do Código de Processo Civil, obsta a antecipação da tutela a norma inscrita no art. 1º da Medida Provisória nº 1.570/97, convertida na Lei nº 9.494/97.

3- Agravo provido. (Tribunal Regional Federal da 1ª Região – Agravo de Instrumento 01000649650 – Processo 199701000649650/MG – 2ª Turma – Relator José Carlos Moreira Alves – DJ de 01.02.1999).

Em seu voto, corretamente registrou o relator que:

O instituto da tutela antecipada não atenta contra a garantia de acesso ao Poder Judiciário, nem contra o princípio do contraditório e da ampla defesa. Nos termos em que foi introduzida no Código de Processo Civil a tutela antecipada pode ser pleiteada no processo de conhecimento e para sua concessão, no caso do inciso I do art. 273 do CPC, inclusive

*inaudita altera parte*, devem estar presentes três requisitos indispensáveis: prova inequívoca, verossimilhança da alegação; e o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação. Esse último requisito, a me ver, é que determinará ou não a possibilidade e, consequentemente, a legitimidade da concessão *in limine* da medida.

O argumento de que a antecipação de tutela sem oitiva da parte contrária é constitucional, por ofensa ao princípio do contraditório, soa desarrazoada, porquanto, a admitir-se sua procedência, ter-se-ia de entender coactada, no próprio ordenamento jurídico, a possibilidade de existência de medida dessa natureza.

Em outra decisão, assim entendeu o Tribunal Regional Federal da 3<sup>a</sup>.

Região:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. FGTS. SAQUE. PRELIMINAR DE LEGITIMIDADE AD CAUSA E INFRINGÊNCIA AOS PRINCÍPIOS DO DEVIDO PROCESSO LEGAL, CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA. LEI 8.036/90. PERDA DO OBJETO.

1- Preliminar de legitimidade `ad causam` rejeitada tendo em vista que a mesma deverá ser analisada nos autos da ação principal, não cabendo fazê-lo em recurso de agravo de instrumento.

2- Preliminar de infringência aos princípios do devido processo legal, contraditório e ampla defesa rejeitada pois é discrição do magistrado conceder a liminar inaudita altera pars, não constituindo desrespeito aos princípios citados.

3- O art. 20, inciso VIII da Lei 8.036/90 autoriza o saque quando a conta vinculada do trabalhador no FGTS permanecer sem crédito de depósito por 03 anos ininterruptos.

4- A concessão ou não de medida liminar é ato que fica ao prudente arbítrio do magistrado, encontrando-se dentro de seu poder geral de cautela.

5- Preliminares rejeitadas. Agravo prejudicado pela manifesta perda do objeto" (Tribunal Regional Federal da 3<sup>a</sup> Região – Agravo de Instrumento – Processo 94031062940 – Relator Roberto Haddad – DJ de 21.1.1997).

Já o Tribunal Regional Federal da 1<sup>a</sup> Região tem o seguinte precedente:

ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA.

1. A antecipação, inaudita altera parte, dos efeitos da tutela não atenta contra os princípios constitucionais assecuratórios da ampla defesa e do contraditório, podendo ser deferida, sem a audiência da parte contrária, sempre que seja a providência para evitar a ocorrência de dano irreparável ou de difícil reparação.

2. É verossímil, no caso, a alegação de que a previsão editalícia sobre ser inadmissível recurso contra o resultado do exame psicotécnico não se compatibiliza com a garantia de contraditório e ampla defesa, podendo, ademais, advir aos ora agravados dano irreparável ou de difícil reparação se não lhes for assegurado prosseguir no concurso público, diante da inexorável e definitiva eliminação daí consequente.

3. Agravo de instrumento a que se nega provimento, prejudicado o agravo regimental. (TRF - PRIMEIRA REGIÃO - Classe: AG - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 01000071430 - Processo: 199901000071430 UF: MT Órgão Julgador: SEGUNDA TURMA - Data da decisão: 25/04/2000 Documento: TRF100099478 - DJ DATA: 10/08/2000 PAGINA: 17 – Rel. Juiz JUIZ CARLOS MOREIRA ALVES).

ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. REAJUSTE DE 11,98%.  
NÃO CABIMENTO. PRELIMINAR DE OFENSA AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA REJEITADA.

1. A possibilidade de concessão liminar, inaudita altera parte, não atenta contra as garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa. Preliminar rejeitada.

2. É partir o entendimento, das Primeira e Segunda Turmas deste Tribunal, de que, em hipótese como a em causa, além de não se fazerem presentes os requisitos estabelecidos pelo artigo 273 do Código de Processo Civil, obsta a antecipação da tutela a norma inscrita no art. 1º da Medida Provisória nº 1.570/97, convertida na Lei nº 9.494/97.

3. Agravo provido "(Origem: TRF - PRIMEIRA REGIÃO - Classe: AG - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 01000649650 - Processo: 199701000649650 UF: MG Órgão Julgador: SEGUNDA TURMA - Data da decisão: 20/10/1998 Documento: TRF100071717 - DJ DATA: 1/2/1999 PAGINA: 623 – Rel. JUIZ CARLOS MOREIRA ALVES).

As decisões em questão bem expressam o tratamento que deve ser dado à colisão entre princípios. Mais uma vez é mister ressaltar que não se está, com isso, afirmando que haverá qualquer violação ao contraditório, mas apenas seu adiamento, inclusive pelo fato de que a decisão *initio litis* é provisória e poderá ser alterada ou mesmo revogada após o exercício do contraditório. Se acaso fosse outro o entendimento, praticamente se iria retirar toda a eficácia da tutela antecipada, transformando-a em verdadeira letra morta dentro do sistema processual.

Com efeito, no caso em questão o problema resolve-se interpretando o peso de cada princípio, prevalecendo o que mais se adequar à realidade discutida nos autos. Se no caso concreto restar comprovada a necessidade de prestação da tutela de urgência em atendimento ao princípio do devido processo legal e visando a assegurar o acesso à justiça, assim deverá proceder o intérprete, assegurando em seguida o atendimento ao princípio do contraditório. Também Luiz Guilherme Marinoni enfrenta a questão envolvendo a colisão entre princípios, aduzindo que:

No caso de *conflito de regras*, o problema é de *validade*, enquanto, na hipótese de *colisão de princípios*, a questão é de peso. Quando há colisão de princípios, um deve ceder diante do outro, *conforme as circunstâncias do caso concreto*. Isso significa que, aí, não há como declarar a *invalidade* do princípio de menor peso, uma vez que ele prossegue íntegro e válido no ordenamento, podendo merecer prevalência, em face do princípio que o precedeu, diante de outro caso concreto.

Esse juízo, pertinente ao peso dos princípios, é um juízo de *ponderação*, que assim permite que os direitos fundamentais tenham efetividade diante de qualquer caso concreto, considerando os princípios que com eles possam colidir<sup>58</sup>.

Portanto, estando presentes os requisitos, deverá o magistrado conceder a tutela de urgência, inclusive com a utilização das chamadas `medidas de apoio` e os meios de coerção existentes no sistema<sup>59</sup>. Haverá, nesses casos, limitação imanente ao princípio do contraditório, permitindo ao

---

<sup>58</sup> MARINONI, Luiz Guilherme, 2004. p. 226 - 227.

<sup>59</sup> Aliás, a alteração do art. 14 do CPC, proveniente da recente reforma processual, deixa claro que é obrigação das partes e de todos aqueles que atuam no processo cumprir as determinações judiciais, sob pena de sanção. Sobre a efetividade da decisão judicial e os meios de coerção, ver SOUZA JÚNIOR, Adugar Quirino do Nascimento. *Efetividade das decisões judiciais e meios de coerção*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003, p. 45 et seq.

demandado exercê-lo logo após a concessão da tutela de urgência.<sup>60</sup> Nesse aspecto, vale ressaltar as lições de José Roberto dos Santos Bedaque:

Se já presentes os pressupostos legais no momento da propositura da ação, nada impede seja a antecipação concedida antes mesmo do ingresso do réu no processo.

Nem mesmo a exigência do contraditório constitui empecilho insuperável à posição ora adotada. São inúmeras as hipóteses de liminar *inaudita* no sistema processual. Tal solução, excepcional evidentemente, não viola o contraditório, pois a parte contrária, ao tomar conhecimento da medida, possui meios prontos e eficazes para alterá-la. E o princípio em questão, como, de resto, todos os demais, deve ser analisado em conformidade com os escopos maiores do sistema processual<sup>61</sup>.

Percebe-se, portanto, que tanto a doutrina quanto a jurisprudência caminham no sentido de indicar que as medidas liminares sem a audiência da parte contrária não configuram qualquer violação ao princípio do contraditório. Aliás, no exemplo que vem sendo discutido diversas vezes - *liminar inibitória evitando divulgação de matéria jornalística* – deverá ocorrer a necessária ponderação entre os princípios constitucionais.

---

<sup>60</sup> Aliás, Nelson Nery Júnior afirma que: “Há, contudo, *limitação imanente* à bilateralidade da audiência no processo civil, quando a natureza e a finalidade do provimento jurisdicional almejado ensejarem a necessidade de concessão de medida liminar, *inaudita altera pars*, como é o caso da antecipação da tutela de mérito (CPC, art. 273), do provimento cautelar ou das liminares em ação possessória, mandado de segurança, ação popular, ação coletiva (art. 81, parágrafo único, CDC) e ação civil pública. Isto não quer significar, entretanto, violação do princípio constitucional, porquanto a parte terá oportunidade de ser ouvida, intervindo posteriormente no processo, inclusive com direito a recurso contra a medida liminar concedida sem sua participação. Aliás, a própria provisoriação dessas medidas indica a possibilidade de sua modificação posterior, por interferência da manifestação da parte contrária, por exemplo”. (NERY JÚNIOR, Nelson, 2000. p. 143 –144). Ainda em nível doutrinário, Alexandre Freitas Câmara também observa que não há violação aos princípios constitucionais quando ocorre concessão de medidas liminares. De acordo com suas lições: “A possibilidade, assegurada ao demandado, de manifestar-se posteriormente sobre o provimento antecipatório não afasta o contraditório, mas apenas o difere para momento posterior”. (*Escritos de Direito Processual*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 104).

<sup>61</sup> BEDAQUE, José Roberto dos Santos, 2003. p. 368.

Deve-se ressaltar, por oportuno, que entre a tutela inibitória<sup>62</sup> e a resarcitória, deve-se dar preferência à primeira, justamente pelo fato de que possui como móvel evitar a ocorrência do ato ilícito.

Logo, como se mencionou anteriormente, seria discutível quanto à efetividade da tutela jurisdicional se acaso não fosse concedida medida liminar visando a obstar a veiculação da reportagem, resolvendo-se os danos supostamente causados no campo financeiro. Entre ‘apagar o incêndio’ e ‘evitar que ele ocorra’ deve o intérprete buscar a segunda solução; logo, deve ser concedida a tutela de urgência, adiando-se o atendimento ao contraditório e evitando-se que os danos à vida privada possam ocorrer.

Ademais, como mencionado anteriormente, o dano individual eventualmente sofrido em virtude da divulgação da matéria jornalística, jamais poderá ser ressarcido *in natura*. Sobre o assunto, cumpre destacar as lições de Sérgio Cruz Arenhart, ainda sobre a concessão de liminar *inaudita altera pars*:

De qualquer forma, é bom advertir-se: na dúvida, o privilégio sempre há de ser da vida privada. Diante da impossibilidade concreta de se encontrar a fronteira entre os conceitos, sempre é preferível tutelar a vida privada, em detrimento da liberdade de informação. Isto por uma razão óbvia: este direito, se lesado, jamais poderá ser recomposto em forma específica; ao contrário, o exercício do direito à informação sempre será possível a posteriori, ainda que, então, a notícia não tenha mais o mesmo impacto.<sup>63</sup>

---

<sup>62</sup> As tutelas inibitórias visam a justamente evitar o início ou a continuação do ato ilícito, sendo autônoma em relação à tutela resarcitória. Aliás, Luiz Guilherme Marinoni corretamente aduz que: “Quando a inibitória é proposta para impedir a continuação ou a repetição do ilícito, não há muita dificuldade para se demonstrar o perigo de ilícito. Quando um ilícito anterior já foi praticado, da sua modalidade e natureza se pode inferir com grande aproximação a probabilidade da sua continuação ou repetição no futuro”. (*Tutela inibitória: individual e coletiva*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 48).

<sup>63</sup> *A tutela inibitória na vida privada*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2000. p. 95.

Contudo, não se pode deixar de afirmar que a questão realmente é delicada, tendo em vista que enfrenta os limites da liberdade de imprensa. A colisão existe e deve ser analisada pelo intérprete visando a alcançar a melhor solução.

Em face de todo o exposto, havendo colisão de princípios nos casos de liminares sem a audiência da parte contrária, as regras de colisão devem ser aplicadas, prevalecendo, sob esse aspecto, a possibilidade de concessão de liminar *inaudita altera pars*, sem que se possa falar em violação a ampla defesa / contraditório.

## **CONCLUSÕES**

Com o presente trabalho conclui-se que:

- 1) Nas demandas judiciais comumente se discute quanto à correta interpretação dos princípios constitucionais;
- 2) Nas hipóteses envolvendo tutelas de urgência há colisão entre princípios constitucionais;
- 3) Essas tutelas de urgência visam a superar o problema atinente ao binômio: morosidade-efetividade, sendo um dos temais mais atuais dentro do chamado direito processual constitucional;
- 4) A busca da efetividade do processo passa, necessariamente, pelo enfrentamento das tutelas de urgência e sua aplicação em face do réu, exatamente pelo fato de que a Constituição Federal

Ihe assegura o acesso à justiça, o atendimento aos princípios do contraditório e da ampla defesa;

5) Os princípios constitucionais devem ser analisados em seu conjunto, de acordo com uma interpretação em consonância com a concepção de Estado de Direito e de realidade social;

6) A correta interpretação dos princípios constitucionais passa pelo enfrentamento das eventuais colisões com outros princípios;

7) No importante papel de dirimir litígios, deve o Poder Judiciário observar os princípios processuais constitucionais, dentre os quais o devido processo legal, sob pena de eivar a prestação jurisdicional de nulidade insanável;

8) Aliás, o devido processo legal é de importância fundamental para o atendimento aos demais princípios processuais, dentre os quais o da legalidade, ampla defesa e contraditório, sob pena de comprometer a integralidade e mesmo a justiça da decisão;

9) Os princípios e regras, que fazem o conjunto de normas jurídicas, constituem condutas, permissões e mandamentos, fazendo parte do juízo do dever ser;

10) Ocorrendo o choque entre princípio e regra, aquele deverá prevalecer, ao passo que se o caso concreto envolver colisão entre princípios, a solução passará pelo exame da lei de colisão;

11) Além do aspecto da generalidade, outra diferença importante entre princípios e regras diz respeito ao fato de que aqueles configuram ordem, e devem ser atendidos, enquanto as regras podem ser cumpridas ou não. Os princípios constituem ordem, não deixando margem para descumprimento;

12) Ocorrendo colisão entre princípios, deve-se interpretá-los para alcançar a solução para o caso concreto, mas jamais desatendê-los. Por outro lado, ocorrendo conflito entre regras, o problema será resolvido no campo da validade, observando-se cláusula de exceção;

13) Em cada caso concreto, deverá ser observado se o litigante atendeu aos ditames legais estabelecidos para a concessão de medidas liminares;

14) As decisões *inaudita altera pars* devem ser fundamentadas, evitando-se alegação de nulidade;

15) Estando presentes os requisitos legais, não há juízo discricionário ao intérprete quanto à concessão das medidas liminares;

- 16) As decisões *initio litis*, em que pese a existência de divergência de posicionamento em nível jurisprudencial, não configuram violação aos princípios do contraditório, ampla defesa ou devido processo legal;
- 17) Com efeito, estando presentes os requisitos legais, a concessão de medidas liminares em juízo de probabilidade apenas adiam o exercício do contraditório. A colisão entre princípios deve ser atendida dentro das circunstâncias de cada caso concreto, evitando-se 'deferimento' ou mesmo 'indeferimento' automático;
- 18) As tutelas inibitórias devem prevalecer, como regra, em relação às tutelas ressarcitórias, considerando que procuram evitar a ocorrência do ato ilícito. Entre 'apagar o incêndio' e 'evitar que ele ocorra', deve se buscar, ao máximo, a última solução;
- 19) A revogabilidade das medidas liminares também corroboram para a afirmação de que não geram violação aos princípios constitucionais assegurados ao réu. Nada impede, portanto, que após a concessão da medida, o julgador retifique sua decisão;
- 20) O acesso à justiça e à efetividade do processo passam, necessariamente, pela correta aplicação das medidas judiciais *inaudita altera pars*, assegurando-se, logo em seguida, o exercício do contraditório pelo réu.

## REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Centro de Estúdios Constitucionales : Madrid, 1993.
- ARAÚJO, José Henrique Mouta. *Acesso à Justiça e Efetividade do Processo*. Curitiba: Juruá, 2001.
- \_\_\_\_\_. Anotações sobre a ‘nova’ disciplina da execução provisória e seus aspectos controvertidos. *Revista Dialética de Direito Processual* n. 14, p.53-71, maio, 2004.
- ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela inibitória na vida privada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- ATALIBA, Geraldo. *República e Constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.
- \_\_\_\_\_. Palestra. II Ciclo de Conferências e debates sobre ICM. Brasília : Secretaria de Economia e Finanças, 1981. Apud PORTANOVA, Rui. *Princípios do Processo Civil*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Os elementos objetivos da demanda examinados à luz do contraditório. In: TUCCI, José Rogério Cruz e; BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Causa de Pedir e Pedido no Processo Civil: questões polêmicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- \_\_\_\_\_. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- BEZERRA, Paulo César Santos. *Acesso à justiça: um problema ético-social no plano da realização do direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BOCHENFORDE, Ernst Wolfgang. *Escritos sobre Derechos Fundamentales*. Baden – Baden: Nomos , 1993.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Escritos de Direito Processual*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e a Teoria da Constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1998.

CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1988.

CHIAVASSA, Tércio. *Tutelas de urgência cassadas: a recomposição do dano*. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2004.

CHIOVENDA. Giuseppe. Dell'azione nascente dal contratto preliminare. *Rivista di diritto commerciale*, Roma, 1911.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini e DINAMARCO, Cândido Rangel Dinamarco. *Teoria Geral do Processo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

COMELLA, Victor Ferreres. *Justicia constitucional y democracia*. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997.

DINIZ, Maria Helena. *As Lacunas no Direito*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. O devido processo legal e a responsabilidade do Estado por dano decorrente do planejamento. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, n.21, out./dez., 1996.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

\_\_\_\_\_. *O direito posto e o Direito Pressuposto*. São Paulo: Malheiros, 1996.

HASSEN, Helmann. *Teoria dos Valores*. Coimbra: Armênio Amado, ???

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1991.

KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. Tradução de Luiz Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

LASPRO, Oreste Nestor de Souza. *Duplo grau de jurisdição no direito processual civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Devido processo legal substancial*. Disponível em: [http://www.cpc.adv.br/doutrina/processual\\_civil/devido\\_processo\\_legal\\_substancial.htm](http://www.cpc.adv.br/doutrina/processual_civil/devido_processo_legal_substancial.htm).

\_\_\_\_\_. Garantia do tratamento paritário das partes. In: TUCCI, José Rogério Cruz e (Coord.) *Garantias Constitucionais do Processo Civil*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MARTINS, Luciana Mabilia. Interesse público e interesse privado : é possível colisão? *Revista da Procuradoria Geral do Estado do Rio Grande do Sul*, v. 24, n. 53, 2001.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

\_\_\_\_\_. *Tutela inibitória: individual e coletiva*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MORELLO, Augusto A. Morillo. *Antecipación de tutela*. La Plata: LEP, 1996, p. 24. *Apud* TUCCI, José Rogério Cruz e. *Tempo e Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

NERY JÚNIOR, Nelson; ANDRADE NERY, Rosa Maria de. *Código de Processo Civil Comentado e legislação processual civil extravagante em vigor*. 6. ed. São Paulo: RT, 2002.

PORTANOVA, Rui. *Princípios do Processo Civil*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

PUOLI, José Carlos Baptista. *Os poderes do juiz e as reformas do processo civil*. São Paulo : Juarez de Oliveira, 2002.

RAMOS JÚNIOR, Luiz Galdino. *Princípios Constitucionais do Processo: visão crítica*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000.

RODRIGUES. Marcelo Abelha. *Elementos de Direito Processual Civil*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

SADEK, Maria Tereza (org). *Acesso à justiça*. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 2001.

SILVA, José Afonso da. *Poder Constituinte e Poder Popular: estudos sobre a Constituição*. 1.ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

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

SOUZA JÚNIOR, Adugar Quirino do Nascimento. *Efetividade das decisões judiciais e meios de coerção*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Tutela Jurisdicional de Urgência: medidas cautelares e antecipatórias*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2001.

TUCCI, José Rogério Cruz e. *Tempo e Processo*. São Paulo: Revista dos

## **DESAPROPRIAÇÃO, BIODIVERSIDADE E INTERVENÇÃO HUMANA NA AMAZÔNIA - ELEMENTOS PARA CRÍTICA À LIMINAR DA MEDIDA CAUTELAR NA ADI N. 2.332/DF – ARGUMENTOS PARA INDEFERIMENTO DO MÉRITO**

*Ibraim Rocha*<sup>1</sup>

### **INTRODUÇÃO**

O presente texto surge a propósito de refletir sobre o critério de justa indenização de áreas desapropriadas na região amazônica, quando, por vezes, a sociedade é punida pela riqueza da biodiversidade presente na região, sem que o pretendente a indenização tenha contribuído em nada para esta biodiversidade, contribuindo, inclusive, no sentido contrário da sua preservação.

A grande verdade é que neste tema a justa indenização prepondera o tradicional olhar do prejuízo do privado, como se este estivesse sofrendo prejuízo por ação do poder público, quando em muitas situações a intervenção do poder público ocorre justamente porque há inação do particular que não cumpre o ônus constitucional da função social, elemento fundador e constitutivo do direito de propriedade.

Mas infelizmente esta forma de compreensão, data máxima venia, teve inclusive o seu reforço pela LIMINAR DA MED. CAUT. NA ADI N. 2.332/DF, em que o SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL por maioria de votos suspendeu diversos dispositivos do Decreto-Lei nº 3.365/41, com redação dada pela MP nº 2.027-43, de 27

---

<sup>1</sup> Procurador do Estado do Pará, Mestre em Direito pela UFPA, Coordenador da Procuradoria Fundiária, Secretário Estadual do IBAP- Pa ( Instituto Brasileiro da Advocacia Pública).

de setembro de 2000, decisão publicada na ATA nº 9, em 2/4/2004 -DJU, que justamente traziam elementos mais objetivos sobre o tema da justa indenização, colocando-se critérios mais bem fundados sobre a economia e o trabalho humano como gerador de direitos à indenização mais amplos. Como ainda não foi julgado o mérito, ousamos contribuir neste debate, acreditando que podemos levantar argumentos que possam fazer a Suprema Corte rever sua decisão no mérito, enquanto ainda há tempo para tanto, afastando as supostas inconstitucionalidades.

Mas como acreditamos que a experiência é elemento fundamental na demonstração de riqueza de um pensamento, ainda que nesta não se esgote, por ser um amazônica, não abrimos mão de colocar esta discussão com especial enfoque na nossa região.<sup>2</sup>

## **1 AVALIAÇÃO DAS TERRAS – CORRETA METODOLOGIA – IMPOSSIBILIDADE DE AVALIAR BENS NATURAIS COMO VALOR PRÓPRIO – INDEPENDENTE DA INTERVENÇÃO HUMANA**

Cabe refutarmos a tradicional contestação da injustiça da indenização de áreas desapropriadas que excluem do cálculo as áreas de floresta como critério a parte do valor da terra nua, por não estarem aplicadas a um uso econômico, pois não estão “considerando o lucro potencial dos recursos naturais ali existentes”.

---

<sup>2</sup>Embora no rigor de nossa compreensão constitucional da propriedade-função, aquela propriedade que não cumpre função social não passa de fato ilícito, que ensejaria inclusive uma responsabilidade para com a sociedade, excluindo qualquer direito indenizatório, como é o caso das propriedades com culturas psicotrópicas, art. 243 da Constituição Federal, mas reconhecemos que não há tal abertura elástica no sistema.

Demonstraremos como e quando se podem incluir e excluir as referidas espécies arbóreas do cálculo indenizatório da indenização de áreas desapropriadas pelo poder público.

#### 1.1 EXCLUSÃO DE ESPÉCIES ÁRBOREAS E TERRAS SEM EFETIVO USO – MERAS POTENCIALIDADES NÃO GERAM DIREITOS A LUCROS CESSANTES

Como destacado, pretendemos demonstrar que o dano ao direito de propriedade deve ser avaliado corretamente, sem atender as pretensões descabidas de proprietários, especialmente a de inserir no valor indenizatório as potencialidades de lucros dos recursos naturais existentes na área, ou seja, as espécies florestais lá existentes, sem um uso econômico, com efeito, como pretendem as chamadas perdas dos seus lucros cessantes.

Ora, sem provar efetivamente que existem determinados bens naturais numa área, que em tese pode ser até mesmo por uma criança estabelecido, pois todos sabemos da exuberância de nossa Amazônia, não há como indenizar. Além disso, deve o proprietário demonstrar a efetiva produtividade e utilização da terra, e logo dos recursos florestais, pelo efetivo aposseamento, que não deriva, como pretendem fazer acreditar, apenas do domínio.

Dado fundamental é que não se deve extrair da simples titulação o direito indenizatório de tudo quanto exista na área, considerando somente a potencialidade do uso, como se houvesse *pari passu* efetivo e objetivo uso econômico de todos os bens da natureza situados na área objeto da desapropriação, e, considerando as

características de nossa região, é elementar reconhecer como existentes tais elementos naturais independentes de vistoria, mas daí a indenizar é passo gigantesco a dar.

Enfrentando o tema da indenização da propriedade tradicional, a legislação pátria e alguns tribunais vêm afastando sistematicamente o abuso em processos de indenização, em que se supõem usos e perdas na exploração econômica de bens naturais que o proprietário alega perder com a exclusão da sua posse e domínio pelo poder público, exigindo a Lei e a Jurisprudência demonstração específica e inequívoca da perda do uso dos bens econômicos que são possibilidades potenciais e que estejam situadas na área de intervenção do Poder Público, embora, como veremos, tal orientação esteja em certo desacordo com as razões da liminar da medida cautelar da ADI 2332/DF.

Pois, de fato, uma correta metodologia não pode abrir mão da necessária demonstração de que tais recursos naturais sejam transformados em bens econômicos pelo trabalho, pois só assim poderia avaliar estes como independentes do valor da terra nua, com valor próprio.

Esta nova forma de encarar o domínio e aferir direito pela sua indenização é meio de valorar a efetiva posse, além do domínio estéril. O domínio é configurado, assim, apenas como premissa elementar para um processo de desapropriação, e deste não decorre necessariamente direito a indenização de recursos naturais que não foram sequer apossados como elemento à parte para ser indenizado.

Os critérios da Jurisprudência e legislação que nos servirão de apoio têm por objetivo evitar que bens construídos pela natureza, sem o trabalho direto do homem ou seu uso efetivo, possam ensejar direito a indenização pelo simples fato de estar situado em área onde era exercido o “domínio”, sem efetiva ação de valoração pelo

trabalho, fato muito especial na Amazônia, onde qualquer pedaço de terra pode ter facilmente sob o seu raio diversas e magníficas espécies animais e vegetais.

Neste passo, basta, comparativamente, observar as regras previstas pelo legislador nacional na Lei do Sistema Nacional de Unidades de Conservação (SNUC) (Lei nº 9.985/2000) cujo artigo 45 estabeleceu regras especiais no que tange a indenização referente à regularização fundiária das unidades de conservação, derivadas ou não de desapropriação, para excluir do seu cálculo, quatro hipóteses: 1º as espécies arbóreas declaradas imunes de corte pelo Poder Público; 2ª. - expectativas de ganhos e lucro cessante; 3ª; - o resultado de cálculo efetuado mediante a operação de juros compostos; 4ª as áreas que não tenham prova de domínio inequívoco e anterior à criação da unidade.

Destacam-se, ainda, as regras da Lei no. 8.629/93, que regulamenta a desapropriação por interesse social para fins de reforma agrária, cujo art. 12, §§ 1º. e 2º., ao definir o que se considera justa indenização toma o valor de mercado como limite da fixação da indenização, e decretando expressamente que integram o preço da terra as florestas naturais, matas nativas e qualquer outro tipo de vegetação natural, não podendo o preço apurado superar, em qualquer hipótese, o preço de mercado do imóvel.

Evidente que não se pode aferir qualquer valor para as meras potencialidades naturais, o que torna até mesmo desnecessária qualquer avaliação dos referidos bens naturais, porque não passíveis de indenização se não aplicados a um uso econômico, logo, nestes casos em que esta falta de aplicação econômica é declarada, deve de pronto o pedido de indenização das espécies florestais ser julgado

totalmente improcedente, indeferindo-se até mesmo o pedido de perícia, por ser de total despropósito.

1. 2 EXCLUSÃO DE INDENIZAÇÃO DE ÁREAS QUE O LEGISLADOR DEFINE COMO FORA DO USO ECONÔMICO – ESPÉCIES ARBÓREAS DECLARADAS IMUNES DE CORTE -ART. 45, INCISO I, DA LEI Nº 9.985.2000 C/C ART. 1º. A 4º DA LEI Nº 7.771/65 – CÓDIGO FLORESTAL - ÁREAS DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE E RESERVA LEGAL.

A primeira hipótese, definida pela Lei nº 9.985/2000, exclui do valor da indenização a ser paga as espécies arbóreas declaradas imunes de corte pelo Poder Público. Tal regra tem por escopo consolidar legislativamente a corrente jurisprudencial que vem sendo firmada pela 1<sup>a</sup> e 2<sup>a</sup> Turma do Superior Tribunal de Justiça -STJ, no sentido de que a desapropriação de área de preservação permanente não enseja indenização pela cobertura vegetal do imóvel se, anteriormente à dita desapropriação, configurada estava a impossibilidade de sua exploração econômica por força de lei, pois como já existia previsão de limitação administrativa em relação à cobertura vegetal, a desapropriação não enseja prejuízo, sendo incabível a indenização (Acórdão 1<sup>a</sup> T – RESP307535SP de:12/3/2002, DJ:13/05/2002 (unânime); 2<sup>a</sup> T-RESP196456SP- Decisão: 7/8/2001DJ :11/3/2002 (unânime)).

De fato, esta construção do STJ leva por base não só o conceito constitucional da justa indenização, e uma interpretação teleológica da Lei nº. 4.771/65 - Código Florestal.

Observamos que a dicção legal apresenta-se aparentemente mais restritiva do que a interpretação jurisprudencial, pois exclui da indenização apenas as espécies arbóreas não sujeitas a corte, logo, mesmo que a espécie da vegetação seja daquelas cujo corte não é vedado, e esteja em área que legislador define como de restrição ao uso, como as áreas de preservação permanente, estaria permitida a sua indenização. Ainda no caso de estar a área sendo explorada com ou sem projeto de manejo, embora o legislador defina a restrição de exploração, como, aliás, foi o motivo do voto dos incisos I e II do Art. 45 da Lei do SNUC pelo Presidente da República,<sup>3</sup> permitida estaria a indenização.

Na verdade, somente podemos adequadamente concluir, seguindo a teologia jurisprudencial, que apesar de a lei referir-se às espécies arbóreas, vedadas ao corte, como excluídas da indenização, observando-se o conceito de posse agro-ecológica, temos que a lei ao excluir da indenização as espécies cujo corte é proibido, autoriza a interpretação de que as espécies arbóreas localizadas em áreas que não estão sujeitas a uso, pois vedadas legalmente, embora não seja de espécie vedadas ao corte, também não podem ser indenizadas, ou sejam, mesmo que a área, embora usada em

---

<sup>3</sup>Art. 45 – Foram vetadas as hipóteses de exclusão das áreas que contenham vegetações consideradas de preservação permanente, conforme descritas no art. 2º da Lei nº 4.771, de 15 de setembro de 1965; - as áreas de reserva legal que não forem objeto de plano de manejo florestal sustentado ou estudo de impacto ambiental aprovado pelo órgão competente; “, que foram vetados aos seguintes fundamentos.” Quanto ao art. 45, que estabelece as hipóteses em que se excluem as indenizações referentes à regularização fundiária, dois de seus incisos ensejarão efeitos diversos daqueles pretendidos, devido a equívocos de redação.O inciso I, ao citar como não indenizáveis, as áreas que contenham vegetação de preservação permanente, mantém como indenizáveis as áreas que, em desrespeito ao disposto nos arts. 2º e 3º da Lei nº 4.771, de 15 de setembro de 1965, tenham sido desmatadas, não contendo mais vegetação de preservação permanente. Tal medida incentivaria, portanto, o desmatamento de áreas de preservação permanente. Ademais, o inciso II estabelece que serão indenizáveis as áreas de Reserva Legal que forem objeto de plano de manejo. Dessa forma, será incentivada a elaboração de planos de manejo para a exploração desses espaços, o que poderá ensejar uma excessiva exploração das áreas de Reserva Legal. Nestes termos, sugerimos voto aos incisos I e II do art. 45, tendo em vista contrariar o interesse público.

contrariedade a uma restrição legal ao seu uso, com evidente natureza de limitação administrativa, esta exploração por ser contrária a lei, está fora da fixação do *quantum indenizatório*.

Portanto, não se pode, no cálculo da indenização incluir áreas que o legislador define como de preservação e sujeitas a restrições legais, o que deve ser observado e serem excluídas do suposto dano indenizatório, sendo assim, qualquer pleito neste sentido deve ser julgado totalmente improcedente.

O juízo, ao entender que é necessária a realização de perícia do imóvel, deve determinar que seja apurada a área de preservação permanente, para que seja excluída da indenização não somente as espécies arbóreas imunes a corte por legislação especial, bem como toda a vegetação da área, pois situadas em espaço definido pelo legislador pátrio como sujeitas à restrições administrativas de uso, como no caso das áreas de preservação permanente, que como tais não são passíveis de utilização econômica.

Assim, destacamos, para deixar claro quais porções de vegetação estariam fora da apuração indenizatória, que a Lei nº. 4.771/65, que institui o Código Florestal, e regulamenta o uso das florestas existentes no território nacional e as demais formas de vegetação, embora reconhecendo a utilidade das terras que revestem as propriedades particulares, considera-as bens de interesse comum a todos os habitantes do País e, portanto, os direitos de propriedade devem ser exercidos com as limitações que estabelece, por isso qualifica as ações ou omissões contrárias às suas disposições na utilização e exploração das florestas como uso nocivo da propriedade(art. 1º. *caput*, §1º).

Quem contraria as disposições do Código Florestal pratica ato ilegal e, portanto, não passível de indenização por serem atos ilegítimos que ferem preceitos de ordem pública, destarte, mesmo no âmbito do direito privado considera-se como realizando ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede, manifestamente, os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes( art. 187 do Código Civil), e, assim, o exercício do direito de propriedade, mediante o uso de áreas que o legislador define como de preservação permanente, excede os limites do seu regular exercício.

Desta forma, a perícia deve detectar e identificar, na forma do art. 1º, § 2º, inciso II, c/c art. 2º. e 3º da Lei nº 4.771/65, as áreas que o legislador define como de preservação permanente, que têm a função ambiental de preservar os recursos hídricos, a paisagem, a estabilidade geológica, a biodiversidade, o fluxo gênico de fauna e flora, proteger o solo e assegurar o bem-estar das populações humanas. Alerta-se, ainda, que o perito deve verificar se, por ato do Poder Público, não há incidência de áreas que foram declaradas como de preservação permanente, e, portanto, deverão também ser excluídas do quantum indenizatório.<sup>4</sup>

---

<sup>4</sup>Lei nº 4.771/67 – Código Florestal- Art. 2º Consideram-se de preservação permanente, pelo só efeito desta Lei, as florestas e demais formas de vegetação natural situadas: a) ao longo dos rios ou de qualquer curso d'água desde o seu nível mais alto em faixa marginal cuja largura mínima será: 1 - de 30 (trinta) metros para os cursos d'água de menos de 10 (dez) metros de largura; 2 - de 50 (cinquenta) metros para os cursos d'água que tenham de 10 (dez) a 50 (cinquenta) metros de largura; 3 - de 100 (cem) metros para os cursos d'água que tenham de 50 (cinquenta) a 200 (duzentos) metros de largura; 4 - de 200 (duzentos) metros para os cursos d'água que tenham de 200 (duzentos) a 600 (seiscentos) metros de largura; 5 - de 500 (quinhentos) metros para os cursos d'água que tenham largura superior a 600 (seiscentos) metros; b) ao redor das lagoas, lagos ou reservatórios d'água naturais ou artificiais; c) nas nascentes, ainda que intermitentes e nos chamados "olhos d'água", qualquer que seja a sua situação topográfica, num raio mínimo de 50 (cinquenta) metros de largura; d) no topo de morros, montes, montanhas e serras; e) nas encostas ou partes destas, com declividade superior a 45º, equivalente a 100% na linha de maior declive; f) nas restingas, como fixadoras de dunas ou estabilizadoras de mangues; g) nas bordas dos tabuleiros ou chapadas, a partir da linha de ruptura do relevo, em faixa nunca inferior a 100 (cem) metros em projeções horizontais; h) em altitude superior a 1.800 (mil e

Destarte, a exclusão destas áreas do *quantum* indenizatório se faz por justiça, sem que se possa considerar como prejuízo ao proprietário, pois interditadas ao uso econômico, uma vez que a lei expressamente determina que a supressão total ou parcial de florestas em áreas de preservação permanente só será admitida com prévia autorização do Poder Executivo Federal, por meio do IBAMA, quando for necessária à execução de obras, planos, atividades ou projetos de utilidade pública ou interesse social, ou seja, somente aquelas hipóteses destinadas a atender situações de interesse público, assim declaradas pelo poder público (art. 2º, §1º, da Lei nº 4.771/65).

Presentes outros tipos de vegetação, em área de preservação permanente, somente poderá ser autorizada a sua supressão em caso de utilidade pública ou de interesse social, devidamente caracterizados e motivados em procedimento administrativo próprio, quando inexistir alternativa técnica e locacional ao empreendimento proposto, dependendo de ambiente de influência, além de autorização do órgão ambiental estadual competente, da anuência prévia, do órgão federal ou municipal de meio ambiente (art. 4º, § 1º, da Lei nº 4.771/65).

Evidente, assim, que em hipótese alguma podem ser destinadas áreas de preservação permanente a uso econômico pelo particular que importem na supressão total ou parcial da vegetação florestal, sendo permitido somente o acesso de pessoas e animais a estas áreas para obtenção de água, desde que não exija a supressão e não

---

oitocentos) metros, qualquer que seja a vegetação. Art. 3º Consideram-se, ainda, de preservação permanente, quando assim declaradas por ato do Poder Público, as florestas e demais formas de vegetação natural destinadas: a) a atenuar a erosão das terras; b) a fixar as dunas; c) a formar faixas de proteção ao longo de rodovias e ferrovias; d) a auxiliar a defesa do território nacional a critério das autoridades militares; e) a proteger sítios de excepcional beleza ou de valor científico ou histórico; f) a asilar exemplares da fauna ou flora ameaçados de extinção; g) a manter o ambiente necessário à vida das populações silvícolas; h) a assegurar condições de bem-estar público.

comprometa a regeneração e a manutenção a longo prazo da vegetação nativa (art. 2º. § 1º, c/c art. 4º, § 7º, da Lei nº 4.771/65).

Mas embora a lei seja tão rígida quanto à derrubada da vegetação de área de preservação permanente, cujo objeto de utilização econômica tenha esta atividade como foco principal, é possível a utilização econômica destas áreas, no caso de manejo florestal sustentado devidamente aprovado pelo órgão ambiental estadual, federal ou municipal, e no caso da eventual supressão de vegetação, seja apenas um meio para viabilizar determinadas atividades econômicas cuja exploração esteja ligada ao aproveitamento de frutos e produtos agro-florestais.

Portanto, somente nestes casos é que poderá o órgão ambiental competente autorizar a supressão eventual e de baixo impacto ambiental, assim definido em regulamento, da vegetação da área de preservação permanente. Neste caso, deve a aprovação do projeto indicar previamente a emissão da autorização para a supressão de vegetação as medidas mitigadoras e compensatórias que deverão ser adotadas pelo empreendedor (art. 4º.,§ 3º ,da Lei nº 4.771/65).

Na nossa região, podemos, por exemplo, indicar a exploração do açaí em áreas de várzeas, a colheita de frutos de árvores, permitindo-se, a derrubada de espécies arbóreas para a abertura de trilhas, por onde seguirá a retirada dos frutos, mas tudo devidamente autorizado pelo órgão ambiental que deverá liberar e emitir a autorização em vista de competente plano de manejo sustentável.

---

Destacamos que mesmo nas áreas indígenas, que por definição legal são consideradas áreas de preservação permanente, permite-se a utilização mediante plano de manejo florestal sustentado, e que se destina a atender a subsistência destas comunidades (art 2º, § 2º, c/c, art. 3º. da Lei nº 4.771/65).

Evidentemente, que as áreas de preservação permanente possuem a sua proteção legal independentemente da localização em área do domínio privado, e no caso de estarem localizadas no perímetro deste, devem ser excluídas do valor indenizatório do proprietário as espécies arbóreas que a integram.

Mas caso exista exploração econômica, devidamente estribada em plano de manejo florestal sustentável, autorizado e licenciado na forma da lei, o resultado desta exploração econômica é que deverá ser indenizado, com base no que efetivamente é produzido. Portanto, a regra é que o particular se encontra impedido de explorar os recursos naturais por ato legislativo de caráter genérico, como autêntica limitação administrativa, não ensejando indenização, devendo, o particular, para dar ensejo a direitos indenizatórios, além de demonstrar, objetivamente, o resultado econômico de exploração da riqueza agro-florestal, provar que a atividade está devidamente licenciada e autorizada pelo órgão ambiental.

Destaca-se, cumprindo este ônus, que o que será indenizado será a exploração dos frutos, pois somente estes foram autorizados pelo órgão ambiental, não a vegetação, especialmente espécies com valor comercial para a indústria madeireira, ou seja, aquelas espécies cujo valor comercial, decorre do seu tombamento ao solo, pois a vegetação, a princípio, está vedada ao corte, portanto, não tem expressão econômica. Lembre-se, inclusive, a regra do art. 18, § 1º da Lei nº 4.771/65, em que se

ressalva que nas terras de propriedade privada, nas quais seja necessário o florestamento ou o reflorestamento de preservação permanente, o Poder Público Federal poderá fazê-lo sem desapropriá-las, se não o fizer o proprietário, e somente possibilita a indenização se tais áreas estiverem sendo utilizadas com culturas, entretanto esta indenização da cultura, ocorre somente se a vegetação não foi derrubada para a plantação desta, sendo uma situação consolidada há muito tempo atrás, pois do contrário, ensejaria a que proprietários sempre procurassem substituir a vegetação, na certeza de que seriam indenizadas, caso assim, necessitasse atuar o poder público.

Independentemente da existência na propriedade particular nas áreas de preservação permanente, definidas legalmente como interditadas ao uso econômico pelo particular, salvo na forma da lei, o legislador determina o ônus ao proprietário de conservar parte do imóvel do uso econômico tradicional, a chamada *reserva legal*.

A área de Reserva Legal é aquela localizada no interior de uma propriedade ou posse rural, excetuada a de preservação permanente, necessária ao uso sustentável dos recursos naturais, à conservação e reabilitação dos processos ecológicos, à conservação da biodiversidade e ao abrigo e proteção de fauna e flora nativas, que deve ser averbada à margem da inscrição de matrícula do imóvel, no registro de imóveis competente, sendo vedada a alteração de sua destinação, nos casos de transmissão, a qualquer título, de desmembramento ou de retificação da área, salvo exceções leais ( art. 1º. § 2º. Inciso III c/c 16, §8º da Lei nº 4.771/65).

Na Amazônia legal a reserva legal, corresponde a no mínimo oitenta por cento da propriedade rural, não se permitindo que a vegetação seja suprimida, podendo

apenas ser utilizada sob regime de manejo florestal sustentável, de acordo com princípios e critérios técnicos e científicos estabelecidos no regulamento, ressalvada para cumprimento da manutenção ou compensação da área de reserva legal em pequena propriedade ou posse rural familiar, onde podem ser computados os plantios de árvores frutíferas ornamentais ou industriais, compostos por espécies exóticas, cultivadas em sistema intercalar ou em consórcio com espécies nativas.( art. 16, inciso I, §§ 2º a 4º , da Lei nº 4.771/65).

Pode ser reduzida, pelo Poder Executivo, para até 50% a reserva legal das propriedades na Amazônia, se tal for indicado pelo Zoneamento Ecológico Econômico - ZEE<sup>5</sup> e pelo Zoneamento Agrícola, ouvidos o CONAMA, o Ministério do Meio Ambiente e o Ministério da Agricultura e do Abastecimento, para fins de recomposição, excluídas, em qualquer caso, as Áreas de Preservação Permanente, os ecótonos, os sítios e ecossistemas especialmente protegidos, os locais de expressiva biodiversidade e os corredores ecológicos (art. 16, § 5º, da Lei nº 4.771/65).

Devemos alertar que as áreas de preservação permanente e reserva legal são calculadas, regra geral, de forma autônoma, tanto que a lei admite que o órgão ambiental competente realize o cômputo das áreas relativas à vegetação nativa existente em área de preservação permanente no cálculo do percentual de reserva legal, desde que não implique conversão de novas áreas para o uso alternativo do solo, e quando a soma da vegetação nativa em área de preservação permanente e reserva

---

<sup>5</sup> A Lei Estadual nº 6.506, de 2 de dezembro de 2002, fixa as diretrizes para a realização do Zoneamento Ecológico-Econômico no Estado do Pará.

legal exceder a oitenta por cento da propriedade rural localizada na Amazônia Legal (art. 16, § 6º, inciso I da Lei nº 4.771/65).

Fica evidente que a reserva legal atende a praticamente as mesmas finalidades da reserva permanente, apenas ficando claro que a primeira independe da localização da vegetação, sendo uma limitação administrativa que define a partir da dimensão do imóvel e sua localização nas macro-regiões do Brasil o percentual da área que deve ser conservado e utilizado apenas de forma manejada, para atender os fins ecológicos.

Aplicam-se, no que se refere a indenização destas áreas pelo poder público, os mesmos critérios expostos para as áreas de preservação permanente, ou seja, não ensejam indenização pelo simples fato de estar localizadas no perímetro da propriedade mas deve o proprietário, demonstrar perda econômica decorrente da exclusão de aposseamento efetivo, em atividade produtiva, mediante manejo florestal, devidamente autorizado pelo poder público.

### 1.3 IMPOSSIBILIDADE DE INDENIZAÇÃO DE LUCROS CESSANTES OU COMPENSATÓRIOS DE ÁREAS SEM EFETIVO USO ECONÔMICO – NÃO SE INDENIZAEM MERAS POTENCIALIDADES – SOMENTE O TRABALHO GERA RIQUEZA E DIREITOS INDENIZÁVEIS

Importante, comparativamente, ainda, estudar a segunda hipótese do Art. 45 da Lei do SNUC que exclui da indenização as expectativas de ganhos e lucro cessante, e que refletem a prática jurisprudencial que exclui do valor indenizatório aqueles elementos da área que não foram objeto do trabalho humano, ensejando uma

especial modalidade de enriquecimento sem causa, caso fossem indenizados bens apenas produzidos pela natureza e que o proprietário não explorava, mas que no processo de desapropriação direta ou indireta pretende ver indenizado, e que na linguagem jurisprudencial chamam-se *Juros Compensatórios*.

Esta forma de exclusão de indenização é muito comum nos processos de desapropriação para fins de reforma agrária, que agora o legislador estende e positiva no tema das unidades de conservação, nos casos em que, havendo a desapropriação por interesse social, em que o constituinte exige que o imóvel seja improdutivo, pretendem os proprietários auferir lucros cessantes de um uso que não realizavam na propriedade, não cumprindo a sua função social. Por exemplo, a seguinte decisão do E. STJ;

Acórdão RESP228481/MA; RECURSOESPECIAL1999/0078252-  
FonteDJDATA: 20/03/2000PG: 00046RIPVOL. 00008PG:00262RSTJ  
VOL.:00132 PG:00184 Relator Min. JOSÉ DELGADO (1105) Ementa  
ADMINISTRATIVO. DESAPROPRIAÇÃO POR INTERESSE SOCIAL  
PARA FINS DE REFORMA  
AGRÁRIA.TERRANUA.JUROS COMPENSATÓRIOS.

INAPLICABILIDADE. 1- Os juros compensatórios são devidos como forma de completar o valor da indenização, aproximando-o do conceito de ser 'justo', por determinação constitucional. 2 - Hipótese de desapropriação, por interesse social, para fins de reforma agrária, de imóvel rural que não cumpre sua função social, não auferindo produtividade, não pode ser agraciado com o percentual de compensação aludido, substitutivo que é dos chamados lucros cessantes. 3 - "Os juros compensatórios somente são devidos quando restar demonstrado que a exploração econômica foi obstada pelos efeitos da declaração expropriatória. Pois não são indenizáveis meras hipóteses ou remotas potencialidades de uso e gozo" (REsp nº 108.896/SP, Rel. Min. Milton Luiz Pereira, DJU 30/11/98). 4 - Recurso especial provido para o fim de afastar da condenação imposta ao INCRA a parcela referente aos juros compensatórios. Data da Decisão 24/2/1999 Orgão Julgador T1 - PRIMEIRA TURMA Decisão Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Exmos. Srs. Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, dar provimento ao recurso, nos termos do voto do Exmo.sr. Ministro Relator. Votaram com o Relator os Exmos. Srs. Ministros Garcia Vieira, Humberto Gomes de Barros e Milton Luiz Pereira. Ausente, justificadamente, o Exmo. Sr. Ministro Francisco Falcão.

Temos muitos outros precedentes, como as decisões nos acórdãos RESP 23432-SP, RESP 23198-PR, RESP 13702-SP, ERESP 100588-SP, EDRESP 70714-SP, RESP 179915-SP, RESP 108896-SP do STJ, no que foi feliz o legislador, pois sendo áreas que justamente têm a sua desapropriação em vista de atributos naturais conservados, não há de se indenizarem atributos construídos pela natureza sem a intervenção humana, ou seja, sem o trabalho que tenha produzido o valor.

Assim, mesmo que a área tenha vegetação exuberante, mas que a intervenção do poder público, embora tenha excluído uma efetiva posse dos proprietários, ainda não era considerada de riqueza, não cabe valoração a parte das espécies. Somente seria cabível a indenização dos chamados lucros cessantes, se fosse demonstrada cabalmente a utilização direta e imediata sobre o bem, ou seja, seu aposseamento agro-ecológico, pois não se indeniza uma riqueza que, embora potencial, nunca foi transformada em efetiva riqueza, sendo uma suposição, quando muito, uma indenização construída nas linhas de um documento unilateral e pela pena dos proprietários, portanto, incorreto obrigar-se a sociedade a indenizar estes supostos danos.

#### 1.4 CÁLCULO DA INDENIZAÇÃO E INCIDÊNCIA DE JUROS COMPENSATÓRIOS E DE MORA – CONSEQUÊNCIAS DA LIMINAR DA ADI 2332 – DF

Um dos temas mais incompreendidos no processo de indenização é o dos juros compensatórios, que tem a sua natureza confundida a toda hora com a mera mora, também denominada juros de mora. Importante destacar que os limites percentuais para incidência de juros compensatórios não devem ser confundidos com

as perdas e danos/lucros cessantes, que também são denominadas de juros compensatórios pela jurisprudência, causando certa confusão.

Assim, é fundamental evitar esta confusão, tema fundamental em processo de indenização, tendo-se clareza no cálculo destes juros e de seus limites percentuais. Devemos afastar de pronto a idéia de que não existem mais limites legais aos juros reais anuais(compensatórios), pois embora a Emenda Constitucional nº. 40, de 29 de maio de 2003, tenha alterado o art. 192 da Constituição Federal, excluindo o parágrafo 3º que limitava as taxas de juros reais a 12% ao ano, o tema da desapropriação possui regras próprias. O fato de ter sido referido dispositivo constitucional revogado, cujo escopo era o sistema de concessão de créditos, e que nunca foi observado pelos Bancos, não implica que o legislador não possa fixar limites às taxas de juros.

Como demonstraremos, estas existem no processo de desapropriação, mesmo que seja a indenização decorrente de desapropriação indireta.

Outrossim, não devemos confundir mora ou juros de mora que tem natureza de acréscimo pecuniário pelo atraso no cumprimento da obrigação, definida no código civil no artigo 394, com os juros compensatórios, como se conhece na jurisprudência, e que se aproxima da natureza das chamadas perdas e danos do Código Civil, art. 402, pois ambas se destinam a indenizar quem tem uma perda decorrente de ato de outrem, abrangendo além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar, também chamados *lucros cessantes*. Necessário, ainda, distinguir ambos da atualização monetária, que é mera correção dos valores em equivalente monetário que permitiria igual poder aquisitivo da moeda.

O Decreto-Lei nº 3.365, de 21 de junho de 1941, tradicional instrumento regulador da desapropriação por utilidade pública no direito brasileiro, com as

alterações legislativas que sofreu através do tempo, especialmente pela Medida Provisória nº 2.183-56, de 24 de agosto de 2001, apresenta-se como o instrumento legal mais didático para a perfeita compreensão e distinção das diversas modalidades de juros e multas antes referidas, mas que teve os seus dispositivos, que melhor regulamentavam a questão, suspensos por medida cautelar do Supremo Tribunal Federal, na ADI 2332-DF, como analisaremos.

Fundamental é ter em mente que, como o processo de desapropriação é uma forma de aquisição originária em que se visa ao atendimento de uma necessidade da coletividade, a princípio não há de se falar em juros de mora, nem compensatórios, mas tão somente em indenização pela perda do imóvel, ou seja, compensa-se o proprietário com o recebimento de indenização equivalente a que obteria em comércio pelo bem.

Daí, por exemplo, que a Lei nº 8.629/1993 considera como justa a indenização que reflita os preços atuais de mercado, considerando integrado o valor da *terra* às florestas naturais, matas nativas e qualquer outro tipo de vegetação natural, por isso a indenização não pode superar, em qualquer hipótese, o preço de mercado (art. 12 caput c/c § 3º.). Alerta-se, portanto que não se apura a vegetação no mercado como um valor a parte do valor da terra, mas a integra o *quantum in* comércio. Este é o ponto fundamental para evitar que o processo de desapropriação se torne meio incomum de enriquecimento indevido às custas da sociedade, como infelizmente vem sistematicamente ocorrendo.

Destarte, assim se comprehende claramente por que somente no caso da imissão prévia na posse, na desapropriação por necessidade ou utilidade pública e interesse social, inclusive para fins de reforma agrária, previa o legislador que,

havendo divergência entre o preço ofertado em juízo e o valor do bem fixado na sentença, expressos em termos reais, haveria a limitação dos juros compensatórios em até 6% (seis por cento) ao ano sobre o valor da diferença eventualmente apurada, a contar da imissão na posse (Art. 15-A – DL 3.365/41).

A parte do dispositivo que fixa o limite de juros teve suspensa sua vigência, decidindo a liminar do STF que “Relevância da argüição de constitucionalidade da expressão“ de até seis por cento ao ano ”no *caput* do artigo 15-A em causa em face do enunciado da súmula 618 desta Corte“. Como sabemos, o Enunciado 618 do STF define que “Na desapropriação, direta ou indireta, a taxa de juros compensatórios é de 12% (doze por cento) ao ano”.

Data vénia, o STF, ao determinar a aplicação da súmula 618, estabelece uma realidade em que o seu juízo sobre limite de juros na desapropriação é mais adequado que o do legislador, e que, dentro do que vimos expondo, na verdade a intenção do legislador é mais coerente com um paradigma que considere a justa indenização a partir de uma concepção materialmente construída, e não abstratamente, como o faz a súmula, pois já define previamente a incidência dos 12%. Se utilizasse o advérbio “até,” poderíamos até aceitar que considera um justo preço economicamente considerado, avaliado concretamente, pois este é o problema fundamental do tema da justa indenização, em que a justiça é aferida a partir de um critério que sempre assegura correções e juros ao proprietário, sem aferir se *in caso* tem dano efetivamente sofrido, e o quanto isto deve ser onerado de um *plus*.

Destarte, o critério legal permitia, além de uma limitação dos juros, uma flutuação de acordo com o que fosse efetivamente apurado, mas que agora é afastada pela aplicação linear de um percentual de 12% ao ano, como definido pelo STF.

Ora, se é para definir o patamar de incidência dos juros de forma a não afetar o “justo preço”, mais justo seria o Supremo afastar a constitucionalidade de qualquer limite, pois as limitações aos juros decorrem de um sopesamento do interesse público frente ao interesse privado, limitando a eventual sangria dos cofres públicos. Assim, mais legítima é a limitação dos juros pelo legislador, representante do povo, que poderia aprovar a Medida Provisória, do que aquela realizada pelo Tribunal, ainda que seja a Suprema Corte.

Entretanto, este é resultado de uma sobrevalorização do significado da “justa indenização”, e esta análise que fazemos ganha reforço quando observamos que na mesma ADI o Supremo decidiu que “Quanto à base de cálculo dos juros compensatórios contida também no *caput* desse artigo 15-A, para que não fira o princípio constitucional do prévio e justo preço, deve-se dar a ela interpretação conforme à Constituição, para se ter como constitucional o entendimento de que essa base de cálculo será a diferença eventualmente apurada entre 80% do preço ofertado em juízo e o valor do bem fixado na sentença.” Assim, modificou a base de cálculo eleita pela legislador para se aferirem os juros compensatórios.

Ora, veja-se que o legislador, no texto modificado pelo Supremo, a título de dar interpretação conforme a constituição, para não ferir o princípio constitucional do prévio e justo preço, buscava apenas estabelecer a base de cálculo para a incidência dos juros compensatórios, pois a diferença a que se referia a lei, e sobre a qual incidem os juros compensatórios de 12% ao ano, é o que o código civil denomina de perdas e danos ou lucros cessantes, e que a jurisprudência também denomina muitas vezes de “juros compensatórios”.

De fato, o valor apurado como excedente é que demonstra de forma cabal que havia uma parcela de riquezas produzidas pelo bem e que o poder público não considerou ou mal avaliou na indenização oferecida, e que a partir da sua imissão na posse impediu que o particular continuasse a produzir tais frutos.

No entanto, com a nova interpretação fixada pelo Supremo, a base de cálculo dos juros compensatórios na verdade deixa de considerar apenas o que foi acrescido, mas realiza uma operação matemática em que se subtrai do valor aferido na sentença, fixado em termos reais, apenas 80% do valor ofertado, deixando o restante como base de cálculo dos juros. Mantém na base de cálculo um valor que está devidamente sob a guarda judicial, sob a incidência de juros e correção monetária, provocando verdadeiro enriquecimento sem causa do réu, pois não lhe basta levantar este valor ao final, mas inclui este no cálculo dos juros compensatórios.

Evidentemente que isto aumenta a base de cálculo dos juros compensatórios, pois, embora o particular já tenha levantado estes mesmos 80%, no início da demanda, como a lei permite, os 20% restantes, ainda que estejam depositados em juízo, suprindo-se de juros e correção monetária, não serão considerados para aferir a base dos juros compensatórios, e, ainda, acrescidos do valor que for somado pelo novo valor definido pela sentença, como o “justo preço”.

Ora, evidente que os juros compensatórios estarão incidindo sobre um valor que já estava depositado e atualizado por juros e correção monetária, e, portanto, o particular não estava perdendo, o que levaria a justiça da sua exclusão da base de cálculo, não havendo razão para sobre eles também incidir juros compensatórios. Assim, mais correto era a redação do dispositivo original, pois estes incidiam apenas

sobre os valores a mais, aferidos pelo juízo, entre o valor ofertado e o valor devido pelo bem.

Um exemplo deixará mais claro o que estamos dizendo. Coloquemos o exemplo de um imóvel que foi desapropriado e que foi avaliado por R\$ 1.000.000,00 (hum milhão de reais). Tendo sido depositado o valor em juízo, o particular levantou R\$ 800.00,00 (oitocentos mil reais) contestando o valor da indenização, afirmando que o bem vale R\$ 1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais), ficando depositado na conta do juízo R\$ 200.000,00(duzentos mil reais).

Sendo julgado parcialmente procedente o pedido da desapropriado, o juízo reconhece como devido pelo imóvel o valor de R\$ 1.200.000,00. Pela redação anterior, antes da decisão do Supremo, a base de cálculo dos juros compensatórios seria de R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais), que é a diferença entre o valor ofertado R\$ 1.000.000,00 (hum milhão de reais) e o valor definido na sentença(R\$ 1.200.000,00). Pela interpretação fixada pela Supremo, a base de cálculo dos juros compensatórios seria de R\$ 400.000,00 (quatrocentos mil reais), pois esta é a diferença entre os 80% do valor ofertado (80% de 1.000.000 = R\$ 800.000,00 ) e o valor aferido na sentença R\$ 1.200.000,00.

Evidentemente a base de cálculo para os juros compensatórios de 12% ao ano, como previsto na Súmula 618 do STF, resultou em maior dano ao erário. Ou seja, no caso do exemplo, haveria 100% de aumento na base de cálculo dos juros compensatórios.

Hoje, aplicando-se a decisão do Supremo a seguinte redação do disposto no art. 15-A do Decreto-Lei nº 3.65/41:

Art. 15-A- No caso de imissão prévia na posse na desapropriação por necessidade ou utilidade pública e interesse social, inclusive para fins de reforma agrária, havendo divergência entre o preço ofertado em juízo e o valor do bem, fixado na sentença, expresso em termos reais, incidirão juros compensatórios de 12% (doze por cento) ao ano sobre a diferença eventualmente apurada entre 80% do preço ofertado em juízo e o valor do bem fixado na sentença, a contar da imissão na posse, vedado o cálculo de juros compostos.

Com o corolário deste raciocínio, o Supremo também suspendeu vigência do previsto pelo legislador de que os juros compensatórios destinam-se, apenas, a compensar a perda de renda comprovadamente sofrida pelo proprietário (art.15-A, § 1º. do DL nº 3.365/41), e de que não serão devidos juros compensatórios quando o imóvel possuir graus de utilização da terra e de eficiência na exploração iguais a zero (art. 15-A, § 2º. do Decreto-Lei nº 3.365/41) aduzindo que isto iria contra a lógica de seu raciocínio, fixada no *caput* de que haveria violação da prévia e justa indenização, decidindo pela “Relevância da argüição de constitucionalidade dos parágrafos 1º e 2º do mesmo artigo 15-A, com fundamento em ofensa ao princípio constitucional da prévia e justa indenização.”

Data máxima vênia, o STF confunde base de cálculo dos juros compensatórios, com os critérios para aferir a sua própria existência, que é o que fazia os 1º e 2º do artigo 15-A, sem perceber que poderia manter o referido dispositivo, mesmo alterando a base de cálculo, pois é evidente que, se um imóvel não produz riquezas, não cumpre a sua função social. Não há de se falar em juros compensatórios, assim não seria ofensivo a prévia e justa indenização, pelo contrário, seria em pleno acordo com esta, justamente porque inexistente elementos autorizadores para a existência de valor a mais a ser devido pelo poder público.

Importante perceber que o legislador havia fixado dois passos fundamentais na questão dos juros compensatórios. O primeiro, de fixar-se que existe uma diferença decorrente da interdição ao uso do bem, causando prejuízo ao proprietário, ensejando perdas e danos/lucros cessantes, sendo obrigatória a definição do seu montante, ou seja, deveria restar provado nos autos a existência de uma diferença entre o valor oferecido pelo poder público e efetivamente devido a ser fixado na sentença, que, como é direito constitutivo do réu, é seu o ônus da prova, não podendo ser deferida sob o fundamento de meras alegações. O segundo momento é sobre este valor que, uma vez apurado o montante, fixado em termos reais, declinado em valor monetário de padrão nacional perfeitamente delimitado na sentença, devidamente fundamentado em prova pericial, é que incidiriam os juros compensatórios de 12% ao ano.

Hoje, no entanto, devido a esta decisão liminar da ADI 2.232-DF, voltou à baila a confusão sobre estes passos, pois o Supremo suspendeu os §§ 1º e 2º do art. 15-A. Entretanto, como o STF apenas mudou o critério de como se afere a base de cálculo dos juros compensatórios, ao suspender os §§ 1º e 2º do art. 15-A, deixou aberta a questão de que realmente possam existir situações em que não há como ser devidos juros compensatórios, por não haver sobre o que incidir, o que na verdade era a inteligência do legislador, e que o STJ já vem aplicando em algumas das suas decisões, como citamos anteriormente.

Destarte, como o art. 15-A *caput* reporta-se a “diferença eventualmente apurada”, *mantida a constitucionalidade pelo STF*, é corolário que posso ter situações em que não serão devidos juros compensatórios, por não ter base de cálculo para a incidência, pois pode simplesmente ocorrer de o poder público ter oferecido o justo preço, aliás, como demonstram a decisões citadas do STJ, por não provar o particular

efetiva produção de riquezas no bem, e que, portanto, não foi avaliada, ou foi mal avaliado pelo poder publico na desapropriação.

Portanto, sustentamos que, apesar da Liminar do STF, permanece o princípio de que existem dois passos fundamentais na questão dos juros compensatórios.

O primeiro é verificar que existe uma diferença decorrente da interdição ao uso do bem, causando prejuízo ao proprietário, ensejando perdas e danos/lucros cessantes, sendo obrigatória a definição do seu montante, ou seja, deve restar provado nos autos a existência de uma diferença entre o valor oferecido pelo poder público e efetivamente devido a ser fixado na sentença que, como é direito constitutivo do réu, é seu o ônus da prova, não podendo ser deferida sob o fundamento de meras alegações.

Assim, no caso de desapropriação indireta, é preciso o autor provar além da perda ilegítima do bem, o que já gera uma indenização, que deixou de aferir determinadas riquezas que o bem produzia, as chamadas perdas e danos do código civil, e que a jurisprudência chama de “juros compensatórios” .

O segundo momento é que sobre o valor, uma vez apurado o montante, fixado em termos reais, declinado em valor monetário de padrão nacional perfeitamente delimitado na sentença, devidamente fundamentado em prova pericial, demonstrativo da existência de perdas e danos, e que serão subtraídos 80% do valor oferecido pelo poder público, e neles incidirão os juros compensatórios de 12% ao ano.

Alerta-se que a lei veda expressamente que na fixação dos juros compensatórios haja a incidência de juros compostos, art 15-A *in fine*, do Decreto-Lei nº 3.365/41. Com efeito, significa dizer que não se pode calcular juros sobre juros, erro evidente por se tomar este acessório como se fosse principal, quando na realidade os

juros compensatórios devem ser apurados em todo o período em percentuais anuais de 12% para, acumulado o total percentual pelo período entre a imissão na posse e a data de requisição de pagamento, calcular-se sobre a diferença apurada e fixada na sentença como devida pela justa indenização (lucros cessantes/juros compensatórios da Jurisprudência).

Por ser um erro evidente é que a Lei nº 9.985/2000, Lei do SNUC, no seu art. 45, inciso V, expressamente determina a exclusão da indenização o resultado de cálculo efetuado mediante a operação de juros compostos, como fez o legislador preventivamente no DL nº 3.365/41. Na realidade, a presente hipótese não é de exclusão da indenização, mas de vedação de incidência de juros sobre juros, prática usual nos cálculos dos tribunais, pois na realidade trata-se de erro na atualização do crédito, pois é a prática usada de sobre os juros incidir em novos juros, considerando esta parcela acessória como principal. Assim, na verdade, é uma prevenção do erro, pois uma vez que não exista este erro no cálculo nada há de se excluir, o que pode ser evitado se adotando a metodologia correta.

Os conceitos expostos evidentemente também se aplicam às ações ordinárias de indenização por apossamento administrativo ou desapropriação indireta, bem assim às ações que visem à indenização por restrições decorrentes de atos do Poder Público, em especial aqueles destinados à proteção ambiental, incidindo os juros sobre o valor fixado na sentença (art. 15-A, § 3º DL nº 3.365/41).

Somente por não ter considerado estes elementos de forma adequada é que pensamos levou o Supremo a decidir que “É relevante a alegação de que a restrição decorrente do § 4º do mencionado artigo 15-A entra em choque com o princípio constitucional da garantia do justo preço na desapropriação.” Suspendendo o referido

dispositivo, quando na realidade este apenas regulamentava que nas ações ordinárias de indenização por apossamento administrativo ou desapropriação indireta, bem assim, às ações que visem à indenização por restrições decorrentes de atos do poder público, em especial aqueles destinados à proteção ambiental, “não será o poder público onerado por juros compensatórios relativos a período anterior à aquisição da propriedade ou posse titulada pelo autor da ação”. Pois, na verdade, tentou apenas o legislador deixar claro que quem deve demandar é o legitimo proprietário e possuidor, em pleno gozo desta, assim, não haveria necessidade de suspender o dispositivo, mas apenas interpretar que o poder público deve pagar o principal, e os juros compensatórios, quem for o real titular do direito.

Por fim, cabe destacar que os juros moratórios, que sempre foram confundidos com a correção monetária, hoje estão claramente fixados na sua natureza e incidência pelo legislador, como demonstraremos. Mesmo nos termos da legislação civil, somente se considera em mora o devedor que não efetuar o pagamento e o credor que não quiser recebê-lo no tempo, lugar e forma que a lei ou a convenção estabelecer (art. 394 do CC). Assim, como poderia ser o poder público constituído em mora pelo pagamento de indenização, se somente pode pagar os valores na forma do art. 100 da CF, que exige decisão com trânsito em julgado, por meio do instrumento do precatório? Portanto, se for paga a indenização fixada por sentença, nos prazos do art. 100 da CF, não há mora, pois cumpriu a obrigação nos termos constitucionalmente fixados. Ainda mais que mesmo o código privado prevê que não havendo fato ou omissão imputável ao devedor, não incorre este em mora (art. 396 do CC).

Neste diapasão é que o art. 15-B, do Decreto-Lei nº 3.365/41, fixou que, nas ações de desapropriação, os juros moratórios destinam-se a recompor a perda

decorrente do atraso no efetivo pagamento da indenização fixada na decisão final de mérito, e somente serão devidos à razão de até 6% (seis por cento) ao ano, a partir de 1º de janeiro do exercício seguinte àquele em que o pagamento deveria ser feito, nos termos do art. 100 da Constituição, justamente, porque se cumprir tais prazos de pagamento no período de recebimento e prazo de quitação do precatório, não há de se falar em mora do poder público, se antes disso não pagou, não poderia, pois, sem sentença transitada e precatório expedido, não há como pagar, nem dívida líquida para incidir a mora.

Se o Supremo Tribunal Federal tivesse aplicado a mesma lógica empreendida no que tange ao art. 15-A, *caput*, deveria ter liminarmente suspenso os disposto no art. 15-B, mas não o fez, é bem verdade, porque não foi requerido pela OAB, mas se não foi requerido por esta, isto demonstra, a contrário senso, a plausibilidade jurídica da limitação pelo legislador, desde que não avilte o direito de propriedade, o que em nenhum caso ocorreria.

O preceito legal na realidade deixa explícito que, no caso das desapropriações, dado a sua natureza em que o poder público oferece o preço ou na indireta que a obrigação ainda não está líquida e pode até mesmo não existir, não se pode falar em mora de quem deve desde a citação, pois não é o seu objetivo postergar o pagamento do preço. Se isto ocorre, dá-se por discussão eventual do valor ou mesmo do fato de o aposseamento ter ocorrido, e, uma vez demonstradas e apurada a diferença entre o preço ofertado e o devido, devem incidir os juros compensatórios.

Logo, somente se pode falar em atraso no pagamento a legitimar a incidência de juros de mora, se o devedor não pagar o crédito no prazo legal, que, no caso da fazenda pública, somente pode-se dar por meio de precatório. Portanto,

somente se não cumprir o pagamento desta forma é que incidirão tais juros, aliás, já vem decidindo com semelhança a este respeito o Pleno do STF.

Feriria o princípio da legalidade, inscrito nos arts. 5º. e 37, *caput*, da Constituição Federal, ser o ente público obrigado a pagar valor extra a título de mora decorrente não da sua recalcitrância, mas da própria índole do instituto do precatório, uma vez que a eventual demora que ocorreu foi decorrente tão-somente do próprio mecanismo do precatório. Nem pode se entender em mora pelo simples fato de afirmar o valor que entende devido, que inclusive é oferecido no momento da desapropriação, permitindo a imissão prévia da posse, na forma do art. 15 do DL nº 3.365/41.

Como um dos princípios norteadores da Administração, não pode o administrador se afastar do princípio da Legalidade, sob pena de ser responsabilizado por esta violação. A eficácia de toda atuação da administração pública condiciona-se à Lei, não há liberdade ou vontade pessoal do administrador, o que importa é a obediência aos ditames e regras previstas no direito positivo, por isso que, referir-se ao princípio da legalidade é mencionar a total sujeição do administrador à vontade da Lei.<sup>6</sup>

No caso em questão, analisa-se que se o Estado vier a se submeter a critério diverso, está inevitavelmente renunciando à especial forma de regulação do dispositivo Constitucional supramencionado, art.100 da CF, corolário, também, leva à violação direta e literal dos disposto nos art. 5º. e 37, *caput*, da Constituição Federal, pois estará realizando fora da forma da lei.

Logo, como se verifica, realizado o pagamento no momento oportuno e na forma prevista em lei, a Fazenda Pública não pode ser punida pois, apenas cumpre o

---

<sup>6</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.p. 83.

que prevê a lei. Destacamos que o instrumento do precatório, odiado por muitos, serve para sedimentar o princípio constitucional da harmonia entre os poderes, previsto no art. 2º da Constituição Federal. Aliás, o pagamento mediante precatório vem sistematicamente sendo considerado pelos tribunais pátrios como procedimento meramente administrativo, justamente porque não se trata de verdadeira invasão no patrimônio público, como é remansosa a jurisprudência. Logo, se existisse demora, também em tese poder-se-ia se responsabilizar o E. Tribunal, o que evidente também seria absurdo.

Neste norte, pode-se compreender a decisão do Plenário do Supremo Tribunal Federal no Julgamento do RE 298616, no voto conduzido pelo Ministro Gilmar Ferreira Mendes, que excluiu os juros de mora no cálculo de atualização de precatório, decisão publicada no DJU nº 216, de 8/11/2002, Ata 38, processo julgado em 31.10.2002, pois o fundamento é que na realidade quando o Estado paga o precatório, dentro do período constitucionalmente previsto, até o final do exercício seguinte, não há mora, pois neste caso o Estado não está inadimplente e o atraso decorre tão-somente do mecanismo do precatório.

Válido lembrar que é praxe nas desapropriações movidas pelo poder público, o depósito prévio do valor da indenização, como dito, até mesmo para possibilitar a imissão prévia, embora já exista decisão do Supremo Tribunal Federal, que tenha considerado inconstitucional as regras da Lei Complementar nº 76/93, art. 5º, c/c art. 14 e 15, que exigem que, com a petição inicial, seja ofertado o valor em espécie das benfeitorias úteis e necessárias, pois entendeu a Suprema Corte que qualquer valor em dinheiro deve ser pago pelo mecanismo do precatório (RE

247866/CE- Relator: Min. Ilmar Galvão, Publicação: DJ, 24.11.00, p. 105, Ement. v. 02013-05, p. 983, julgamento 9/8/2000) (ADI 1187 MC/DF- Relator: Min. Ilmar Galvão, Concedeu Liminar, e posteriormente foi extinta sem julgamento do mérito), portanto, existe entendimento na suprema corte, a abonar o critério legislativo.

Esta lógica apresentada, além de garantir que a justa indenização não onera o poder público de forma incabível, respeitando os interesses do particular e da sociedade, deixa claro a natureza e significado de cada parcela que compõem o *quantum* indenizatório. Destacamos, inclusive, que o art. 25. do DL nº 3.365/41 preceitua que o principal e os acessórios serão computados em parcelas autônomas, deixando indene de dúvidas a finalidade moralizadora destes preceitos e a sua correção. Assim, se vier a ser provado o direito indenizatório dos proprietários, esta metodologia e forma de cálculo deve ser expressamente declarada em sentença.

## 1. 5 DOMÍNIO E INDENIZAÇÃO

Devemos lembrar, por fim, a quarta hipótese do Art. 45 da Lei do SNUC, que diz respeito a excluir da indenização as áreas que não tenham prova de domínio inequívoco e anterior à criação da unidade. Esta hipótese foi resultado da tomada de consciência de fragilidade dos registros de imóveis, onde por meio da prática da grilagem, particulares se apossaram de áreas do patrimônio público, sem demonstrar uma origem no desmembramento deste patrimônio privado.<sup>7</sup>

---

<sup>7</sup>Um breve relato sobre a formação da propriedade privada e terras públicas, confira nosso artigo *Teoria da Posse Agrária e Usucapião de Terras Públicas – Breve reflexão frente a Constituição do Estado do Pará*. In. Revista da Procuradoria Geral do Estado do Pará. Nº. 5. Belém: Imprensa Oficial do Estado.Jul-dez 2001. Aliás, foi a prática da grilagem desenfreada é que ensejou o advento da Lei Federal nº 6.739,

Na realidade não é que se tenha de excluir da indenização a área que não tenha prova de domínio, leia-se a terra nua, como definiu o legislador, mas é o caso de não ser o domínio indenizável, ou seja, não sendo provada a propriedade legítima, não existe propriedade a ser indenizada, pois do contrário o poder público estaria pagando ao particular por uma área que não lhe pertence, e evidente que esta deve ser anterior à criação de unidade de conservação, pois justamente a regularização visa a excluir mediante a desapropriação o domínio incompatível com a unidade, o caso é de ser objeto impossível de indenização.

Na prática, não pode o magistrado contentar-se com o simples registro imobiliário a ser considerado unilateralmente como válidos. Os TÍTULOS DE DOMÍNIO juntados aos autos devem ser remetidos aos órgãos fundiários, com toda a cadeia dominial, para ser confirmada a LEGITIMIDADE do desmembramento do patrimônio público, que é a origem de todo o patrimônio privado, isto deve ocorrer especialmente na desapropriação indireta, pois naquela movida pelo poder público, deve este, antes de ajuizar a ação, verificar a regularidade do domínio, para então ajuizar a competente ação, fornecendo ao juízo este elemento.

Alerta-se, porém, que a prova do desmembramento do patrimônio público, não possibilita certificar que o que se diz proprietário realmente o é. Isto é que justifica a regra de que se o juiz verificar que há dúvida fundada sobre o domínio, o preço ficará em depósito, ressalvados aos interessados a ação própria para disputá-lo.(art. 34, parágrafo único do DL nº 3.365/41).

---

de 5 de dezembro de 1979, que inclusive teve a sua constitucionalidade apreciada e declara pelo Supremo Tribunal Federal, quando apreciou a Representação nº. 1.070-8 –DF, proposta pelo Procurador Geral da República.

## CONCLUSÃO

Como demonstramos neste artigo, ainda não abandonou o sistema do código civil a concepção de uma propriedade que se possa apresentar e configurar a partir de um argumento cartulário e independente de uma configuração social, ou seja, ainda reconhece aquele direito apenas pelo registro imobiliário, mesmo que não faça qualquer uso deste bem, pois o legislador afirma expressamente no art. 1.228 *caput* do CC/2001, ser uma faculdade e não dever do proprietário o uso, podendo exercer outros atributos, como o gozar e o dispor. Apresenta-se, assim, uma concepção de propriedade que efetivamente é um entrave à plena realização dos direitos humanos.

Mas apesar desta, o sistema permite valorar de forma mais adequada a indenização da perda desta propriedade apenas cartulária, para que seja efetivamente justa dum ponto de vista social, e não apenas do ponto de vista do particular que recebe uma indenização a ser paga por toda a sociedade.

O dano ao direito de propriedade deve ser avaliado corretamente, sem atender as pretensões descabidas dos proprietários, especialmente de inserir no valor indenizatório as potencialidades de lucros dos recursos naturais existentes na área, ou seja, as espécies florestais lá existentes, sem um uso econômico objetivamente demonstrado.

Devem ser excluídas do *quantum* indenizatório áreas que o legislador define como fora do uso econômico, tais como as espécies arbóreas declaradas imunes de corte, áreas de preservação permanente e reserva legal, nestes últimos casos, somente

---

será possível a indenização pelo uso no caso de comprovado uma utilização econômica, devidamente autorizada pelos órgãos ambientais. A indenização destas áreas pelo poder público não é decorrente do simples fato de estar localizado, no perímetro da propriedade, mas deve o proprietário, demonstrar uma perda econômica vinculada a exclusão do apossamento efetivo das riquezas naturais, decorrente de atividade produtiva devidamente autorizada pelo poder público.

Fundamental é ter em mente que como o processo de desapropriação é uma forma de aquisição originária, em que se visa ao atendimento de uma necessidade da coletividade, a princípio não há de se falar em juros de mora, nem compensatórios, mas tão somente em indenização pela perda do imóvel, ou seja, compensa-se o proprietário com o recebimento de indenização equivalente a que obteria em comércio. Daí, que a Lei nº 8.629/1993, considera como justa a indenização que reflita os preços atuais de mercado, considerando integrando o valor da terra as florestas naturais, matas nativas e qualquer outro tipo de vegetação natural, logo a indenização não pode superar, em qualquer hipótese, o preço de mercado (art. 12, *caput* c/c § 3º.). Este é o ponto fundamental para se evitar que o processo de desapropriação se torne um meio incomum de enriquecimento indevido, ás custas da sociedade, como infelizmente vem sistematicamente ocorrendo.

É preciso lutar-se para que o STF casse a liminar da ADI 2.232-DF, mantendo-se a integridade dos dispositivos alterados no Decreto-Lei 3.365, de 21 de junho de 1941, pela Medida Provisória nº 2.183-56, de 24 de agosto de 2001, reconhecendo-se a sua constitucionalidade. Pois somente com este passaríamos a ter marcos legais claros sobre o tema da justa indenização. Desta forma temos por constitucionais tais dispositivos pois asseguram:

1- Que somente no caso de imissão prévia na posse, na desapropriação por necessidade ou utilidade pública e interesse social, inclusive para fins de reforma agrária, e havendo divergência entre o preço ofertado em juízo e o valor do bem, fixado na sentença, expressos em termos reais, é que incidirão juros compensatórios de até 6% (seis por cento) ao ano sobre o valor da diferença eventualmente apurada, a contar da imissão na posse (Art. 15-A – DL nº 3.365/41).

2- O valor apurado como excedente é que demonstra de forma cabal que havia uma parcela de riquezas produzidas pelo bem e que o poder público não considerou ou mal avaliou na indenização oferecida e que, a partir da sua imissão na posse, impediu que o particular continuasse a produzir tais frutos, pois como definido pelo legislador *os juros compensatórios destinam-se, apenas, a compensar a perda de renda comprovadamente sofrida pelo proprietário* (art.15-A, § 1º. do DL nº 3.365/41).

3- Um imóvel que não produz riquezas, não cumprindo a sua função social, não há como se aferir juros compensatórios, tanto que a lei é expressa em preceituar que *não serão devidos juros compensatórios quando o imóvel possuir graus de utilização da terra e de eficiência na exploração iguais a zero* (Art. 15-A, § 2º do DL nº. 3.365/41).

Por fim, cabe destacar, que não foi atingido pela liminar do STF a vedação expressa de que na fixação dos juros compensatórios haja a incidência de juros compostos, art 15-A *in fine*, do Decreto-Lei nº. 3.365/41, com efeito, significa dizer que não se pode calcular juros sobre juros, erro evidente em que se calcula sobre este acessório como se fosse principal, quando os juros compensatórios apurados em todo o período, devidamente acumulados o total percentual pelo período entre a emissão na posse e o pagamento.

Nas ações de desapropriação os juros moratórios destinam-se a recompor a perda decorrente do atraso no efetivo pagamento da indenização fixada na decisão final de mérito, e somente serão devidos a partir de 1º de janeiro do exercício seguinte àquele em que o pagamento deveria ser feito, nos termos do art. 100 da Constituição, justamente, porque se cumprir tais prazos de pagamento, período de recebimento e prazo de quitação do precatório, não há de se falar em mora do poder público, pois sem sentença transitada e precatório expedido não há como pagar, nem dívida líquida para incidir a mora.

Fundamental na indenização justa é a certeza do domínio, pois na realidade não é que se tenha de excluir da indenização a área que não tenha prova de domínio, leia-se a terra nua, mas é o caso de não ser o domínio indenizável, ou seja, não sendo provada a propriedade legítima, não existe propriedade a ser indenizada, pois do contrário o poder público estaria pagando ao particular por uma área que não lhe pertence.

**MEDIDA CAUTELAR EM ADI Nº 2.332/DF****RELATOR: MIN. MOREIRA ALVES**

**EMENTA:** Ação direta de inconstitucionalidade. Artigo 1º da Medida Provisória nº 2.027-43, de 27 de setembro de 2000, na parte que altera o Decreto-Lei nº 3.365, de 21 de junho de 1941, introduzindo o artigo 15-A, com seus parágrafos, e alterando a redação do parágrafo primeiro do artigo 27.

- Esta Corte já firmou o entendimento de que é excepcional o controle judicial dos requisitos da urgência e da relevância de Medida Provisória, só sendo esse controle admitido quando a falta de um deles se apresente objetivamente, o que, no caso, não ocorre.

- Relevância da argüição de inconstitucionalidade da expressão “de até seis por cento ao ano” no “caput” do artigo 15-A em causa em face do enunciado da súmula 618 desta Corte. Enunciado da Súmula 618

NA DESAPROPRIAÇÃO, DIRETA OU INDIRETA, A TAXA DOS JUROS

COMPENSATÓRIOS E DE 12% (DOZE POR CENTO) AO ANO.

- Quanto à base de cálculo dos juros compensatórios contida também no “caput” desse artigo 15-A, para que não fira o princípio constitucional do prévio e justo preço, deve-se dar a ela interpretação conforme à Constituição, para se ter como constitucional o entendimento de que essa base de cálculo será a diferença eventualmente apurada entre 80% do preço ofertado em juízo e o valor do bem fixado na sentença.

- Relevância da argüição de inconstitucionalidade dos parágrafos 1º e 2º do mesmo artigo 15-A, com fundamento em ofensa ao princípio constitucional da prévia e justa indenização.

- A única consequência normativa relevante da remissão, feita pelo § 3º do aludido artigo 15-A está na fixação dos juros no percentual de 6% ao ano, o que já foi decidido a respeito dessa taxa de juros.

- É relevante a alegação de que a restrição decorrente do § 4º do mencionado artigo 15-A entra em choque com o princípio constitucional da garantia do justo preço na desapropriação.

- Relevância da argüição de inconstitucionalidade do parágrafo 1º do artigo 27 em sua nova redação, no tocante à expressão “não podendo os honorários ultrapassar R\$ 151.000,00 (cento e cinqüenta e um mil reais)”.

Deferiu-se em parte o pedido de liminar, para suspender, no *caput* do artigo 15-A do Decreto-Lei nº 3.365, de 21 de junho de 1941, introduzido pelo artigo 1º da Medida Provisória nº 2.027-43, de 27 de setembro de 2000, e suas sucessivas reedições, a eficácia da expressão “de até seis por cento ao ano”; para dar ao final desse “caput” interpretação conforme a Constituição no sentido de que a base de cálculo dos juros compensatórios será a diferença eventualmente apurada entre 80% do preço ofertado em juízo e o valor do bem fixado na sentença; e para suspender os parágrafos 1º e 2º e 4º do mesmo artigo 15-A e a expressão “não podendo os honorários ultrapassar R\$ 151.000,00 (cento e cinqüenta e um mil reais)” do parágrafo 1º do artigo 27 em sua nova redação.

\* noticiado no Informativo 240

## REFERENCIAS

COMPARATO, Fábio Konder. Direitos e deveres fundamentais em matéria de Propriedade. IN: *A Questão Agrária e a Justiça*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2000.

\_\_\_\_\_. *Para Viver a Democracia: Escola de Governo e Cidadania do Pará*, primeiro semestre de 2003. (mimeo).

GRAU, Eros Roberto. *Parecer. A Questão Agrária e a Justiça*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2000.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo brasileiro*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

ROCHA, Ibraim. Teoria da Posse Agrária e Usucapião de Terras Públicas: breve reflexão frente à Constituição do Estado do Pará. *Revista da Procuradoria Geral do Estado do Pará*, Belém,n.5, p.171-183,,jul./dez., 2001.

# A RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA

*Roseli Laura Holanda de Mendonça Alves<sup>1</sup>*

## INTRODUÇÃO

Mudam-se os tempos, mudam-se as vontades, muda-se o ser, muda-se a confiança, todo o mundo é composto de mudança tomando sempre novas qualidades.<sup>2</sup>

Os direitos da humanidade surgiram nas conquistas oriundas de focos de instabilidade social. Visando a sanear estes fatos sociais, os legisladores ou aplicadores do Direito impuseram regras importantes, atendendo ao mesmo tempo os anseios sociais, como também delimitando os direitos e deveres inerentes à pessoa humana. Assim sendo, o direito não é pura teoria, mas força viva.

As antigas estruturas e as grandes instituições que anteriormente nos davam segurança, regulando cada etapa de nossas vidas, apresentam, nos dias atuais, falhas inquietantes e fraquezas insuspeitas. Os modelos do passado não são mais aceitos e os modelos do presente não estão ainda bem definidos.

Nessa profunda crise de civilização os homens parecem estar atordoados pelo turbilhão de liberdades e novas descobertas, levando os legisladores e processualistas a criar mecanismos que adaptem essas transformações sociais à legislação vigente, visando a aperfeiçoar a função jurisdicional do Estado, a fim de chegar a decisões justas prevalecendo a verdade dos fatos, estabelecendo “novos contornos interpretativos da questão da coisa julgada, contemporizando a realidade com a inspiração social da segurança, do lógico e, sobretudo, do justo”.<sup>3</sup>

---

<sup>1</sup> Advogada e pós-graduanda em direito processual pela Universidade da Amazônia (UNAMA)

<sup>2</sup> CAMÕES, Luis de. *Sonetos*: soneto 92. São Paulo: Martin Claret, 2002. p.106.

<sup>3</sup> SANTOS, Ernane Fidélis dos. Prefácio à 2<sup>a</sup> Edição. *apud* NASCIMENTO, Carlos Valder do. (Coord.). *Coisa julgada inconstitucional*. 3.ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003. p. 11.

A relativização da coisa julgada material visa a buscar mecanismos processuais contra decisões judiciais que violem as regras, os princípios e as garantias consagrados na Constituição Federal, pois estes são a base do ordenamento jurídico brasileiro, devendo ser dado aos magistrados um poder geral de controle incidental da constitucionalidade da coisa julgada.

É oportuno frisar, nesse sentido, que o enfoque que nos propomos a apresentar neste trabalho é abordar as novas reflexões sobre a coisa julgada, bem como, a necessidade de relativizar a coisa julgada material, buscando-se justiça nas decisões e não eternizando decisões inconstitucionais sob o manto da preservação da coisa julgada.

## **1 CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES SOBRE A COISA JULGADA**

A atual Constituição da República Federativa do Brasil, em seu preâmbulo, refere-se à Assembléia Nacional Constituinte, formada de representantes do povo brasileiro, buscando instituir um Estado Democrático, enunciando e garantindo os direitos individuais, políticos, sociais e econômicos, em um mundo fraterno e de paz, tendo como forma de Estado o regime federativo.

A expressão Estado Democrático de Direito (art. 1º, *caput*, CF/88), significa a subordinação do Estado à lei e à Constituição votada livremente pelo povo.

É oportuno ressaltar que o termo Estado de Direito provém da literatura jurídica alemã: *Rechtsstaat*, que significa o Estado subordinado ou submetido à legalidade constitucional e ao regime constitucional. Assim sendo:

O conceito de Estado de Direito não se define por via meramente formal, i. e., pelo aspecto correspondente à legalidade, sendo necessária a presença de uma efetiva legitimidade que fundamenta a ação estatal, bem como de valores jurídicos e sociais que realmente plenifiquem, na ordem política, a atuação dos poderes

governamentais.<sup>4</sup>

Portanto, o Estado Democrático de Direito, em linhas gerais, significa essencialmente que o Estado de Direito, deve ter conteúdo democrático, baseando-se em eleições livres e periódicas feitas pelo povo, visando a construir uma sociedade livre, justa e solidária, fundamentada na soberania, na cidadania, na dignidade da pessoa humana, nos valores sociais do trabalho, na livre iniciativa, no pluralismo político e na convivência pacífica com a humanidade.

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, inciso XXXVI, estabelece que “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”, sendo que este dispositivo está protegendo a coisa julgada material, formando uma decisão com força de definitiva, envolvendo-a com o manto da indiscutibilidade e da imutabilidade, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário (art. 467 do Código de Processo Civil), sendo, atualmente, considerada como uma qualidade dos efeitos (condenatório, constitutivo e declaratório) da sentença, atribuindo-lhe a necessária imutabilidade responsável pela estabilidade das relações jurídicas.

Nessa esteira, preleciona Marcelo Abelha Rodrigues: “A coisa julgada é uma situação jurídica que se alcança no momento em que a decisão deixa de ser mutável e passa a ser imutável”.<sup>5</sup>

Não é demais lembrar que, a segurança jurídica da coisa julgada gera a certeza e a estabilidade às relações jurídicas atingidas pelos efeitos da sentença, desde que tal decisão, tenha ocorrido de acordo com o trâmite processual e legal vigente, sem conter vícios que violem o ideal de justiça.

---

<sup>4</sup> FRANCA, Rubens Limongi. *Encyclopédia Saraiva do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1877. v. 33. p.486.

<sup>5</sup> RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Elementos de Direito Processual*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.v. 1. p. 343.

A propósito, o princípio da segurança jurídica é essencial ao Estado Democrático de Direito, pois este princípio respalda a inalterabilidade das decisões oriundas do órgão jurisdicional, exceto quando a elas concorrem circunstâncias relevantes por meio de procedimentos legalmente exigidos.

Vale a pena ressaltar, que a tendência atual exige que as sentenças sejam elaboradas levando-se em consideração o equilíbrio entre os princípios e garantias constitucionais, devendo o magistrado analisar a situação de ordem política, social e jurídica que envolvem cada caso concreto, assegurando, dessa maneira, decisões justas e coerentes, pois segundo Humberto Theodoro Júnior: “as sentenças abusivas não podem prevalecer a qualquer tempo e a qualquer modo, porque a sentença abusiva não é sentença”.<sup>6</sup>

Nessa linha de sustentação, forçoso é convir que a complexibilidade de tal situação, leva-nos a ter cuidado para com os casos extraordinários e raros, que deveriam ser tratados, pelos aplicadores do Direito, de acordo com critérios extraordinários, cabendo aos magistrados, de todos os graus de jurisdição, levarem em consideração a situação de ordem política, social e jurídica que envolvem cada caso concreto, assegurando, dessa maneira decisões justas e coerentes, equilibrando as exigências de segurança e de justiça nos resultados das experiências processuais, não levando longe demais a autoridade da *res iudicata* porém, não banalizando o instituto da coisa julgada, sem o qual o sistema processual perderia a confiabilidade, gerando insegurança social.

É oportuno citar, a afirmação feita pelo Ministro José Augusto Delgado, em Palestra proferida no IV Congresso Brasileiro de Processo Civil e Trabalhista, em

---

<sup>6</sup> Referência feita em pronunciamento pelo Ministro José Augusto Delgado, em Conferência realizada na cidade mineira de Poços de Caldas, no 1º semestre de 2000, *apud* DINAMARCO, Cândido Rangel. Relativizar a coisa julgada material. *Revista da Procuradoria Geral do Estado do Pará*. Belém, n. 5, p. 142-143.jul. 2001.

Natal/RN, em 22.9.2000:

... não posso conceber o reconhecimento de força absoluta da coisa julgada quando ela atenta contra a moralidade, contra a legalidade, contra os princípios maiores da Constituição Federal e contra a realidade imposta pela natureza. Não posso aceitar, em sã consciência, que em nome da segurança jurídica, a sentença viole a Constituição Federal, seja veículo de injustiça, desmorone ilegalmente patrimônios, obrigue o Estado a pagar indenizações indevidas, finalmente desconheça que o branco é branco e que a vida não pode ser considerada morte, nem vice-versa.<sup>7</sup>

A tendência moderna em nosso ordenamento jurídico é que o valor segurança não pode mais ser considerado de modo absoluto em detrimento do valor de justiça e efetividade, pois, anteriormente, a segurança era voltada mais ao individualismo do que já existia e era conhecido, mesmo que não fosse a melhor decisão, hoje a segurança está voltada para a busca da verdade real; como meio de alcançar e concretizar o justo processo legal, visando a segurança de que nas decisões prevalecerá os valores de justiça e efetividade, ficando explícito a valorização do interesse público e das necessidades da coletividade, ou seja, a valorização da segurança jurídica para todos respaldada no princípio da isonomia.

Para o nobre Ministro José Augusto Delgado:

Os valores absolutos de legalidade, moralidade e justiça estão acima de valor justiça. Aqueles são pilares, entre outros, que sustentam o regime democrático, de natureza constitucional, enquanto esse é valor infraconstitucional oriunda de regramento processual.<sup>8</sup>

Nessa linha de sustentação, a coisa julgada não pode se sobrepor aos princípios da moralidade e da legalidade, principalmente quando eivada de vícios que alterem o estado natural das coisas, pois “o *decisum* judicial não pode produzir

---

<sup>7</sup> DELGADO, José Augusto. Palestra proferida no IV Congresso Brasileiro de Processo Civil e Trabalhista, Natal-RN, 22.09.2000, *apud* THEODORO JÚNIOR, Humberto ;FARIA, Juliana Cordeiro de. *A coisa julgada inconstitucional e os instrumentos processuais para seu controle*. Disponível em: <http://www.agu.goo.Br/ce.pages/revista/arquivos/0504humbertocoisajulgada.pdf>. Acesso em: 8/10/2002.

<sup>8</sup> \_\_\_\_\_ . Efeitos da coisa julgada e os princípios constitucionais. *apud* NASCIMENTO, Carlos Valder do, 2003, p. 51.

resultados que materializem situações além ou aquém das garantidas pela Constituição Federal".<sup>9</sup>

Felizmente, a doutrina e os tribunais começam a despertar para a necessidade de reavaliar a garantia constitucional e o instituto técnico – processual da coisa julgada, pois não é legítimo eternizar injustiças a pretexto de que a coisa julgada é imutável, haja vista que existe a necessidade de produzir resultados justos, levando-se em consideração, também, os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade visando à segurança jurídica imposta pela coisa julgada, bem como atendendo a garantia constitucional expressa na Constituição Federal.

## 2 DELIMITAÇÃO DO TEMA PROPOSTO

A relativização da coisa julgada é tema atual e relevante do Direito Processual brasileiro moderno, indo de encontro à noção de intangibilidade da coisa julgada, que prevalecia até pouco tempo, em que somente poderia romper a *res indicata* se os fatos estivessem relacionados, dentro dos limites da Ação Rescisória, prevista no art. 485 do Código de Processo Civil, hoje, porém, a corrente doutrinária visa a romper com este manto protetor de coisa julgada, quando esta violar a Constituição Federal, desde que o prazo bienal da Ação Rescisória já se tenha expirado.

O art. 5º, inciso XXXVI, da Carta Magna apenas quis colocar a coisa julgada protegida de lei nova, ou seja, não podendo ser desfeita caso uma lei posterior desse tratamento jurídico diferente daquele dispositivo utilizado anteriormente pelo magistrado, decisão não mais sujeita a recurso, protegendo a coisa julgada apenas do efeito retroativo da lei nova.

---

<sup>9</sup> *Idem, ibidem*, p. 68.

Segundo os doutrinadores que apóiam a relativização da coisa julgada material, esta decorre:

1º) Devido estarmos em uma época em que se busca justiça nas decisões, não sendo justo eternizar decisões inconstitucionais com o argumento de preservação dos efeitos decorrentes da autoridade do *res indicata*;

2º) Os atos dos poderes Executivo e Legislativo podem ser revistos e declarados inconstitucionais a qualquer tempo, logo, as decisões judiciais também;

3º) Entende-se que uma sentença que vai contra a Constituição Federal e seus princípios, não pode ser considerada uma sentença, assim, como a coisa julgada é uma qualidade da sentença, e não há uma sentença propriamente dita, nem efeitos suscetíveis de ficarem imunizados, pode-se dizer que uma decisão inconstitucional não está acobertada sob o manto da coisa julgada;

4º) A absurda hipótese de admitir que a coisa julgada inconstitucional convalesça no tempo seria o mesmo que dar a ela maior importância que a própria lei.

Quando se fala em relativização da coisa julgada trabalha-se com as sentenças inconstitucionais, com as sentenças impossíveis, quando faltam os pressupostos processuais de existência, nos casos de sentenças aparentemente existentes, e nas sentenças após a nova redação do art. 741, parágrafo único, do Código de Processo Civil. Deste modo, começamos a vislumbrar as hipóteses em que poderá ocorrer a relativização da coisa julgada, adotando critérios para que haja relativização racional e equilibrada da coisa julgada.

Vale a pena ressaltar que a noção de intangibilidade da coisa julgada resulta de legislação ordinária contida no art. 467 do Código de Processo Civil, “lei infraconstitucional, que pode muito bem ser moldada e revisada de modo a não

entrar em conflito com a CF/88 e seus princípios".<sup>10</sup>

Nessa esteira de sustentação, forçoso é convir que a "imutabilidade e intangibilidade da coisa julgada, quando oriundas de uma sentença constitucional, que fere não só a Constituição, mas os princípios gerais de Direito, deve ser relativizada, flexibilizada".<sup>11</sup>

Na mesma esteira, é o entendimento do Ministro José Augusto Delgado:

A sentença trânsita em julgado pode ser revista, além do prazo para rescisória, quando a injustiça nela contida for de alcance que afronte a estrutura do regime democrático por conter apologia da quebra da imoralidade, da ilegalidade, do respeito à Constituição Federal e às da natureza.<sup>12</sup>

É imperioso diferenciar os termos: revisitação da coisa julgada e relativização da coisa julgada. O primeiro momento diz respeito a idéia de revisitar uma decisão anterior, analisando se esta violou a Carta Magna; se envolve aspecto social relevante; se a sentença não observou os pressupostos de existência, levando, assim, a sentença inexistente; se já foi ultrapassado o biênio da Ação Rescisória, e, ainda, se o jurisdicionado tivesse contra si uma decisão judicial constitucional passado em julgado, poderia requerer a sua desconstituição, por força do art. 741, parágrafo único, do Código de Processo Civil. Enquanto que o segundo momento diz respeito à relativização da coisa julgada, propriamente dita, sendo esta uma consequência da relativização da coisa julgada, pois, ao revisitar a coisa julgada, a situação (decisão) judicial poderá continuar a mesma ou nos dar motivos para relativizá-la.

Com o advento da Medida Provisória nº 2.180-35, de 24/8/2001, foi alterado o Código de Processo Civil, acrescentando o parágrafo único ao art. 741,

---

<sup>10</sup> BERALDO, Leonardo de Faria. A relativização da coisa julgada que viola a Constituição *apud* NASCIMENTO, Carlos Valder do. (Coord.), 2003, p. 148.

<sup>11</sup> *Idem, ibidem*, p. 153-154.

<sup>12</sup> DELGADO, José Augusto. *apud* NASCIMENTO, Carlos Valder do. (Coord.), 2003, p. 68.

com o qual se tornou inquestionável o dever de recusar a execução da sentença, quando a norma legal que lhe serviu de fundamento já tenha sido declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal. Deste modo, não caberá ao juiz dos embargos recusar a interpretação a que chegou a Suprema Corte, pois a inexigibilidade do crédito exequendo será automática em virtude do pronunciamento de inconstitucionalidade do Pretório Excelso, passando, assim, a constar expressamente no ordenamento jurídico brasileiro a possibilidade de relativizar a coisa julgada inconstitucional.

Urge salientar que, no âmbito do Direito do Trabalho, a mesma Medida Provisória, retromencionada, acrescentou o parágrafo 5º ao artigo 884 da Consolidação das Leis do Trabalho, com a redação quase idêntica à do Código de Processo Civil, ganhando força a discussão do controle dos atos jurisdicionais, prevalecendo a tese da nulidade da coisa julgada em descompasso com o dispositivo constitucional, podendo ser reconhecida independente de qualquer limitação de ordem processual.

Ressalta-se que, diante de flagrante ofensa à Constituição da República Federativa do Brasil, gerando decisões injustas e juridicamente impossíveis, tais decisões não possuem força para se impor sobre as normas ou princípios constitucionais.

Hoje, o mundo jurídico moderno conta com instrumentos jurídico-processuais postos à disposição dos aplicadores do Direito, que por seu intermédio podem resgatar a legitimidade, zelando pelo cumprimento dos princípios da igualdade, legalidade, impensoalidade e moralidade, defendendo, assim, a Constituição Federal brasileira.

É oportuno citar os casos em que ocorreram a relativização da coisa

julgada: o Recurso Especial n.º 2407121 SP, por unanimidade, foi conhecido parcialmente e provido nos termos do voto do Ministro Relator José Augusto Delgado, em que foi Recorrente a Fazenda do Estado de São Paulo, e Recorrido o Sr. James Ross e outros. Tratou-se de Recurso Especial que versou sobre os efeitos da tutela antecipada concedida, para que fossem suspensos pagamentos de parcelas acordadas em cumprimento a precatório expedido, em face da área reconhecida como desapropriada, por via de Ação Desapropriatória Indireta, pertencer ao vendido, não obstante a sentença transitada em julgado. Em seu voto, o Relator Ministro José Delgado adotou a relativização da coisa julgada, assim discorrendo:

Ressalto, nesta oportunidade, a minha posição doutrinária no sentido de não reconhecer caráter absoluto à coisa julgada material. Filio-me, a respeito, à determinada corrente que entende ser impossível a coisa julgada, só pelo fundamento de impor segurança jurídica, sobrepor-se aos princípios da moralidade pública e da razoabilidade nas obrigações indenizatórias assumidas pelo Estado.<sup>13</sup>

Ainda sobre o tema, com o julgamento do Recurso Especial n.º 226.436 PR, por unanimidade, foi conhecido e dado provimento, no sentido de que é possível a repetição de Ação Investigação de Paternidade que fora anteriormente ajuizada e julgada improcedente por falta de provas, e transitado em julgado. Tal recurso teve como Relator o Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, sendo julgado procedente em virtude da realização do mais moderno e preciso método do exame do DNA, permitindo determinar a paternidade com elevados índices de confiabilidade, permitindo tanto a exclusão quanto a inclusão de paternidade com precisão superior a 99,9999%, suprindo, assim, uma carência que sempre acompanhou a ciência jurídica: a falta de certeza quanto aos fatos.

---

<sup>13</sup> STJ - Recurso Especial 240712/SP (1999/0109732-0). Relator Ministro José Delgado. Data do Julgamento: 15/2/2000, Voto, p. 8.

Diante das situações retromencionadas, somente prevalecerá a coisa julgada em seu caráter de imutabilidade, se a decisão judicial estiver sido realizada de acordo com o trâmite processual legal vigente, tanto na aplicação do direito material quanto na do direito formal, respeitando a Constituição da República Federativa do Brasil.

### **3 TRAÇOS PRINCIPAIS DA COISA JULGADA**

#### **3.1 Coisa julgada material**

A coisa julgada material ou substancial é o fenômeno processual consistente na imutabilidade do ato decisório válido, correspondente à sentença definitiva, ou seja, que tenha julgado o mérito da causa, em virtude da preclusão dos prazos para a interposição de quaisquer recursos.

Preclusos os prazos para a interposição de recursos, e, por conseguinte, dada a imutabilidade da sentença como ato processual, em virtude da impossibilidade de revogação ou reforma do decidido (coisa julgada formal), ocorre a efetivação dos efeitos da sentença definitiva produzidos. Assim, invariável torna-se o conteúdo do ato decisório de mérito, cujo comando, traduzido na parte dispositiva e dotado de imperatividade, definitivo, inatacável, inimpugnável e, como tal, projeta-se fora do processo, não podendo mais ser desconhecido por quem quer que seja (partes e órgãos judicantes).

Tem-se, assim, que se torna inadmissível, em razão da coisa julgada material, novo exame e outra resolução diversa sobre a mesma relação jurídica litigiosa, entre as mesmas partes, seja pelo juízo ou tribunal que pronunciou o ato decisório do *meritum causae*, seja por qualquer outro. Dessa forma, podemos afirmar que na coisa julgada material, a imutabilidade da sentença judicial impede a

discussão do que já foi decidido em outro futuro processo que venha a envolver as mesmas partes, as mesmas pretensões e os mesmos bens ou o mesmo objeto.

Não é por demais lembrar que a coisa julgada, em nosso ordenamento jurídico, possui proteção constitucional e infraconstitucional. A coisa julgada material é regulada pelo art. 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal, e pelo art. 467, do Código de Processo Civil, lei infraconstitucional, *in verbis*:

Art. 5º – Todos são iguais perante, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e a propriedade, nos termos seguintes:  
.....;

XXXVI – a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”<sup>14</sup>

“Art. 467. Denomina-se coisa julgada material a eficácia que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário.<sup>15</sup>

A redação dos dispositivos legais acima há de ser entendida em seus devidos termos; inicialmente, o que a Carta Magna proíbe é a retroatividade da lei para influir em uma decisão passada em julgado, sendo “esta a única regra sobre a coisa julgada que adquiriu foro constitucional. Tudo o mais no instituto é matéria objeto de lei ordinária”.<sup>16</sup>

Portanto, como a coisa julgada é também regulada pelo Código de Processo Civil, supra mencionado, e, sendo este lei infraconstitucional, aquele poderá ser moldado e revisado de modo a não violar a Constituição Federal e seus princípios, quando apresentarem decisões cujos resultados efetivem situações além ou aquém das garantias constitucionais, estipulando obrigações para o Estado ou para o cidadão, ou, ainda, para pessoas jurídicas que não sejam respaldadas

---

<sup>14</sup> BRASIL. *Constituição da República Federativa*: promulgada em 5 de outubro de 1988. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2004.p.8.

<sup>15</sup> NERY JÚNIOR, Nelson; ANDRADE, Rosa Maria. *Código de Processo Civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor*. 6.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 767.

<sup>16</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto ; FARIA, Juliana Cordeiro de, 2002. p.14.

juridicamente.

### 3.2 Coisa julgada formal

A coisa julgada formal é o fenômeno processual consistente na imodificabilidade de ato decisório válido, no âmbito do processo em que foi proferido, seja em virtude da preclusão dos prazos para a interposição dos recursos cabíveis, seja porque se recorreu em desacordo com os requisitos de admissibilidade dos recursos, ou ainda, porque foram esgotados todos os meios recursais de que dispunham as partes e interessados naquele processo.

Com efeito, corroborando tais considerações às sentenças proferidas com base no art. 267 do Código de Processo Civil, que assim dispõe: “extingue-se o processo, sem o julgamento do mérito”, são, portanto, atingidas somente pela coisa julgada formal.

A propósito, para melhor entendimento, descreve Marione e Arenhart:

A coisa julgada formal, como se nota, é endoprocessual, e se vincula à impossibilidade de rediscutir o tema decidido dentro da relação jurídica processual em que a sentença foi prolatada. Já a coisa julgada material é extraprocessual, ou seja, seus efeitos repercutem fora do processo.<sup>17</sup>

É imperioso, contudo, ressaltar, que a coisa julgada formal não é objeto de garantia constitucional disposta no art. 5º, inciso XXXVI, da Carta Magna, pois esta protege apenas a autoridade da coisa julgada material, haja vista que na coisa julgada formal ocorre a imutabilidade de sentença no processo do que foi decidido, obstando qualquer discussão no processo em que a sentença foi prolatada sobre o que foi decidido.

---

<sup>17</sup> MARONI, Luiz Guilherme ; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.p. 659.

### 3.3 Coisa julgada ilegal

A coisa julgada ilegal é oriunda de decisões judiciais violadoras da legalidade infraconstitucional, contrariando a lei ordinária, cuja eficácia não constitui regra de competência dos tribunais, mas, sim, representa a solução de uma violação pelos tribunais à normas jurídicas vigentes dotada de legitimidade constitucional.

Para os doutrinadores, a coisa julgada ilegal deve permanecer imodificável e intangível, pois tanto a natureza da proteção da *res iudicata* quanto o dispositivo violado, são infraconstitucionais.

Outrossim, sobreleva ressaltar o entendimento doutrinário de Humberto Theodoro Júnior e Juliana Cordeiro de Faria:

A coisa julgada, mesmo que contemple uma ofensa à lei ordinária, nos mais variados ordenamentos jurídicos, está sujeita a ter validados definitivamente os seus efeitos quando ultrapassado o prazo para sua excepcional impugnação. O fundamento para tal solução pode ser facilmente encontrado e explicado pela segurança e certeza jurídicas. Tutela-se e empresta-se eficácia à coisa julgada ilegal, diante da necessidade de pacificação dos conflitos e segurança dos jurisdicionados, exatamente porque respeitam a Constituição.<sup>18</sup>

### 3.4 Coisa julgada inconstitucional

A coisa julgada inconstitucional é aquela que viola a Constituição Federal, ou seja, oriunda de uma decisão judicial que esteja em desconformidade com os princípios e garantias consagrados na Carta Magna.

Para os doutrinadores, se a decisão judicial viola a Constituição Federal, logo, o ato judicial existe, pois foi proferido por juiz investido de jurisdição, levando em consideração os requisitos formais e processuais, porém em desconformidade à exigência absoluta da ordem constitucional, faltando-lhe aptidão ou idoneidade para gerar efeitos, pois o ato judicial é nulo, podendo ser destituído

---

<sup>18</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto ; FARIA, Juliana Cordeiro de. 2002. p. 15.

judicialmente a qualquer momento, não estando sujeitos a prescrição os vícios que contaminam os atos inconstitucionais.

Tem-se, assim, que a coisa julgada inconstitucional é nula e, por conseguinte, não se sujeita a prazos prescricionais ou decadenciais, pois os atos judiciais nulos não dependem de ação rescisória para serem eliminados do mundo jurídico, podendo ser eliminados, ou seja, declarados nulos, em ação com esse objetivo ou em embargos a execução, ou até mesmo de ofício.

A propósito, “a coisa julgada inconstitucional submete-se ao mesmo regime de inconstitucionalidade aplicável aos atos do Poder Legislativo”,<sup>19</sup> (...) “deste modo a admissão da ação rescisória não significa a sujeição da declaração de inconstitucionalidade da coisa julgada ao prazo decadencial de dois anos, a exemplo do que se dá com a coisa julgada que contempla alguma nulidade absoluta....”<sup>20</sup>

Quanto aos efeitos da sentença que vem a ser declarada inconstitucional, o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus ministros, afirma que a decisão poderá restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado, ou de outro momento que venha a ser fixado.

Segundo Leonardo de Faria Beraldo:

Os mecanismos de controle que pensamos ser cabíveis para uma arguição de inconstitucionalidade da decisão judicial passado em julgado seriam: a) ação declaratória de nulidade de sentença; b) embargos de devedor; c) ação incidental em outro processo e, até mesmo, d) através de objeção de não executividade, com base no art. 741, par. único, do CPC.<sup>21</sup>

Sendo que o julgamento desses casos deveria ser de competência do

---

<sup>19</sup> *Idem, ibidem*, p. 19

<sup>20</sup> *Idem, ibidem*, p. 21

<sup>21</sup> BERALDO, Leonardo de Faria. A relativização da coisa julgada que viola a Constituição. *apud* NASCIMENTO, Carlos Valder. (Coord.). 2003, p. 192.

Supremo Tribunal Federal, em virtude de se tratar de matéria constitucional.

## **4 LIMITES À RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA**

### **4.1 Limites objetivos da coisa julgada**

Os limites objetivos da *res iudicata* estão dispostos nos arts. 468 e 469 do Código de Processo Civil, estabelecendo quais as partes da sentença que ficam protegidas sob o manto da coisa julgada.

A autoridade da coisa julgada se forma nos limites do pedido (art. 460, CPC). Sabemos que a sentença é composta pelo relatório, fundamentação e dispositivo. A coisa julgada material ocorrerá, somente, na parte dispositiva da sentença, na qual o juiz decide efetivamente a lide proferindo um comando que deve ser obedecido pelas partes. Portanto, o conjunto formado pelo pedido e o dispositivo são alcançados pela coisa julgada material, enquanto que o conjunto formado pela causa de pedir e fundamentação não seria atingido pela coisa julgada material, e, em face de tal situação, os fundamentos poderão ser reapreciados em outra ação.

### **4.2 Limites subjetivos da coisa julgada**

Os limites subjetivos da *res iudicata* estão dispostos no art. 472 do Código de Processo Civil, estabelecendo quem são as pessoas atingidas pelos efeitos da coisa julgada.

A autoridade da coisa julgada não pode beneficiar nem prejudicar terceiros estranhos ao processo, pois estes não tiveram direito ao contraditório, por isso não podem ser prejudicados pela imutabilidade da *res iudicata*. Portanto, a autoridade da coisa julgada atua apenas para as partes, enquanto que a eficácia natural da sentença vale para todos.

Não é demais lembrar que os efeitos subjetivos da sentença se produzirão

onde quer que seus destinatários se encontrem, porém, quando tratamos de ações coletivas, bem como nas ações civis públicas, nas ações populares, nas ações de deficientes, e ainda, nas ações coletivas de interesse dos consumidores, regra geral, a coisa julgada gera efeito *erga omnes*, atingindo, além das partes que atuaram no processo, todas as demais pessoas e entidades que teriam igual legitimidade para a demanda. Exceto se a demanda for julgada improcedente por deficiência de provas, a mesma ação, com os mesmos fundamentos, poderá ser novamente proposta, utilizando nova prova para tentar comprovar sua pretensão. No entanto, segundo Humberto Theodoro Júnior: “Caso contrário, a improcedência da ação coletiva intentada por um legitimado inibe outros legitimados de propor ação igual, embora não tenham figurado como sujeito do processo extinto”.<sup>22</sup>

É imperioso, contudo, ressaltar que, de acordo com o entendimento do parágrafo 3º, do art. 103, do Código de Defesa do Consumidor, nas situações previstas no inciso III do mesmo dispositivo legal, em caso de improcedência do pedido, os interessados que não tiverem intervindo no processo como litisconsortes poderão propor ação de indenização a título individual.

## 5 MEIOS PROCESSUAIS PARA A DISCUSSÃO DA RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA

No ordenamento jurídico brasileiro, como analisamos anteriormente, com o advento da Medida Provisória n.º 2.180-35, de 24.8.2001, passou a existir mecanismo expresso para o controle da coisa julgada constitucional, com o acréscimo do parágrafo único, ao artigo 741, do Código de Processo Civil. Ressaltando, que no artigo 102, inciso I, alínea “a”, da atual Constituição Federal, o

---

<sup>22</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 36. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.v. 1. p. 478.

legislador preocupou-se apenas com o controle de constitucionalidade dos atos do Legislativo e do Executivo dotados de força normativa, não contemplando os atos decisórios do Poder Judiciário sob o manto da coisa julgada, pois existem atos jurídicos oriundos do poder público sem mecanismos para controlar a sua validade, ficando à margem do ordenamento jurídicos as decisões judiciais que não estejam de acordo com a Carta Magna.

Nessa esteira, prelecionam Humberto Theodoro Júnior e Juliana Cordeiro Faria:

Os Tribunais, com efeito, não podem se furtar de, até mesmo de ofício, reconhecer a inconstitucionalidade da coisa julgada o que pode se dar a qualquer tempo, seja em ação rescisória (não sujeita a prazo), em ação declaratória de nulidade ou em embargos à execução.

.....;

Em face da coisa julgada que viole diretamente a Constituição, deve ser reconhecido aos juízes um poder geral de controle incidental da constitucionalidade da coisa julgada.<sup>23</sup>

Assim, ao se revisitar a coisa julgada e comprovar que a decisão judicial violou a Constituição Federal, cujo aspecto social é relevante, e que o prazo bienal para interpor Ação Rescisória expirou, deve-se optar pela relativização da *res iudicata* por meio da propositura de nova demanda igual à primeira, desconsiderando a coisa julgada; por meio da alegação *indidenter tantum* em algum outro processo, inclusive em peças defensivas; em ação declaratória de nulidade absoluta e insanável da sentença; em ação rescisória; em mandado de segurança (tal posicionamento não é unânime na doutrina); em ação declaratória de ineficácia; em ação declaratória de negativa de certeza; em embargos de devedor; em ação incidental em outro processo, ou, ainda, por meio da objeção de não executividade, por força do art. 741, parágrafo único, do Código de Processo Civil.

---

<sup>23</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto ; FARIAS, Juliana Cordeiro de. 2002, p. 23.

## CONCLUSÃO

Certos temas nos mais diversos segmentos das ciências, parecem inesgotáveis, eis que os debates em torno dos mesmos jamais se encerram.<sup>24</sup>

É notável como o mundo evoluiu mais, nestes últimos cinqüenta anos, do que em toda a história da humanidade. Essa evolução se acelera, ainda hoje, em quase todos os campos que concernem ao homem e à sociedade, surgindo fatos novos que serão envolvidos por “raios de luz” que é o ordenamento jurídico, regularizando as relações sociais, fazendo-nos afirmar que se refletem na vida jurídica os vícios que afetam profundamente a vida moral da sociedade.

O tema deste trabalho é muito polêmico, sabemos disto, visamos a uma reflexão e discussão sobre ele, fazendo análises das novas considerações sobre a imutabilidade da coisa julgada, para que se possa visualizar a matéria e gerar novas opiniões, contribuindo para o aprimoramento do Direito, garantindo a supremacia do interesse público frente do interesse privado daqueles que usam artifícios ou lacunas da lei para defender seus próprios interesses.

Como afirma Roberto Lyra Filho em seu livro: “A maior dificuldade, numa apresentação do Direito, não será mostrar o que ele é mas dissolver as imagens falsas ou distorcidas que muita gente aceita como retrato fiel”.<sup>25</sup>

A nova Carta Magna é composta por normas gerais definidoras do ordenamento jurídico no país, levando, na grande maioria das vezes, considerações à época atual com as suas respectivas transformações de costumes, de valores e de modo especial no que diz respeito ao novo contexto social e familiar, quando tratamos, principalmente, de ações de investigação de paternidade. Neste contexto, o Poder Judiciário não deve limitar-se à aceitação de conceitos ultrapassados que

---

<sup>24</sup> PORTO, Sérgio Gilberto. *Coisa julgada civil*. Rio de Janeiro, 1996. p. 9.

<sup>25</sup> LYRA FILHO, Roberto. *O que é o Direito*. São Paulo: Brasiliense, 1982. p. 7.

não mais se moldam à modernidade, “não se concebe imunizar efeitos cuja efetivação agrida a ordem jurídico-constitucional”,<sup>26</sup> pois lhe cabe a função de resolver os litígios buscando a verdade real e o ideal de justiça.

A relativização da coisa julgada é a expressão que demonstra o reestudo do instituto da coisa julgada e dos seus efeitos, não mais vista sobre o ângulo da doutrina tradicional, ou seja, sob o manto da imutabilidade, pois:

Já não corresponde mais às expectativas da sociedade, pois a segurança que, indubitavelmente, é o valor que está por detrás da construção do conceito da coisa julgada, já não mais se consubstancia em valor que deva ser preservado a todo custo, à luz da mentalidade que vem prevalecendo.<sup>27</sup>

Nessa linha de sustentação, forçoso é convir que se a coisa julgada material contrariar a Carta Magna ou seus princípios, não pode esta prevalecer sob o argumento de fazer valer a segurança jurídica, pois não é lícito assegurar a eternização de injustiças, de absurdos, de fraudes ou de inconstitucionalidades, deixando a sentença aparentemente coberta pela coisa julgada.

Quanto ao reconhecimento da inconstitucionalidade da coisa julgada material, filiamo-nos à tese jurídica do nobre doutrinador Dr. Cândido Rangel Dinamarco, para quem “o reconhecimento da inconstitucionalidade da coisa julgada em casos extremos pode e deve ser feito o redimensionamento da Ação Rescisória e dos limites de sua admissibilidade”,<sup>28</sup> pois sendo esta ação meio extraordinário para desconstituir a coisa julgada material, desde que invocados algum dos motivos de rescindibilidade dos julgados taxativamente previstos nos incisos do artigo 485 do Código de Processo Civil, devendo-se interpretar tais incisos levando-se em consideração a relativização da coisa julgada material, de modo que a Ação

---

<sup>26</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. 2001, p. 160.

<sup>27</sup> WAMBIER, Teresa Arruda Alvim ; MEDINA, José Miguel Garcia. *O dogma da coisa julgada: hipóteses de relativização*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 13.

<sup>28</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel, 2001. p. 164.

Rescisória sirva também de remédio contra as decisões flagrantemente inconstitucionais, de efeitos impossíveis, que como ato jurídico processual ela colocará fim ao processo, porém, faltar-lhe-á a eficácia pretendida, haja vista que sendo sentença juridicamente impossível, “só aparentemente elas produzem os efeitos substanciais programados, mas na realidade não os produzem porque eles são repelidos por razões superiores, de ordem constitucional”.<sup>29</sup>

Urge ressaltar que toda flexibilização de regras jurídicas traz consigo riscos, porém a ordem processual dispõe de meios para a correção de eventuais desvios ou exageros, sem, contudo, olvidar que devem ser propostos critérios objetivos e permanentes para relativizar racionalmente a autoridade da *res iudicata* estabelecendo linha de equilíbrio nas decisões, não banalizando o instituto da coisa julgada material, mas flexibilizando-a somente em caráter de extrema excepcionalidade, sob pena de se instaurar a desordem, em virtude da intranqüilidade que pode gerar insegurança social, alcançando o oposto do que visa a nova tendência doutrinária, que é a pacificação social, afastando absurdos, fraudes e infrações cometidas contra a Constituição Federal, atingindo, desta maneira, um sistema processual eficiente e justo.

Como afirma a Desembargadora Maria Berenice Dias, do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, *verbis*:

A Justiça não é cega nem surda. Precisa ter os olhos abertos para ver a realidade social e os ouvidos atentos para ouvir o clamor dos que por ela esperam. Mister que os juízes deixem de fazer suas togas de escudos para não enxergar a realidade, pois os que buscam a Justiça merecem ser julgados, e não punidos.<sup>30</sup>

Em suma, os desafios atuais estão exigindo transformações mais

---

<sup>29</sup> *Idem, ibidem*, p. 154.

<sup>30</sup> DIAS, Maria Berenice. A igualdade desigual. Revista Brasileira de Direito Constitucional, São Paulo, n. 2, p. 65, jul./dez. 2003. In: DELGADO, Mário Luiz ; ALVES, Jones Figueirêdo (Coords.). *Questões controvertidas no novo Código Civil*. p.281-282. Grandes Temas de Direito Privado, v. 2.

profundas, não basta renovar estruturas e editar novas leis, é preciso mudar e aprimorar atitudes pessoais e profissionais dos aplicadores do Direito, e, além disso, necessitamos de regulamentações mais efetivas, para que assim o Direito e a Justiça caminhem juntos com a Modernidade, pois: “É preciso ousar. Não importa que os moinhos de vento pareçam imbatíveis: o importante é que existam Don Quixotes”.<sup>31</sup>

---

<sup>31</sup> COGAN, José Damião Pinheiro Machado. *Mandado de segurança na justiça criminal e Ministério Público*, p. 7.

## REFERÊNCIAS

- BRASIL. *Constituição da República Federativa*: promulgada em 5 de outubro de 1988. 33 ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- CAMÕES, Luís de. *Sonetos*: Soneto 92. São Paulo: Martin Claret, 2002. Coleção A Obra-Prima de Cada Autor n.16, Texto Integral.
- FERREIRA, Pinto. *Comentários à Constituição brasileira*: Arts. 1º a 21º. São Paulo: Saraiva, 1989. v.1.
- DIAS, Maria Berenice. A igualdade desigual. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, São Paulo, n. 2, p. 65, jul./dez. 2003. IN: DELGADO, Mário Luiz ; ALVES, Jones Figueirêdo (Coords.). *Questões controvertidas no novo Código Civil*. p.281-282. Grandes Temas de Direito Privado, v. 2.
- DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo (coords.). *Questões controvertidas no novo Código Civil*. São Paulo: Método, 2004. Grandes Temas de Direito Privado, v. 2.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 11 ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- \_\_\_\_\_. Relativizar a coisa julgada material. *Revista da Procuradoria Geral do Estado do Pará*. Belém, n. 5, jul. 2001.
- FRANÇA, Rubens Limongi. *Encyclopédia Saraiva do Direito* (Coord.) São Paulo: Saraiva, 1977. Edição comemorativa do Sesquicentenário da Fundação dos Cursos Jurídicos no Brasil.
- LYRA FILHO, Roberto. *O que é o direito?* São Paulo: Brasiliense, 1982. Coleção Primeiros Passos, n. 62.
- HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991.
- MARIONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo; meio ambiente, consumidor e outros interesses difusos e coletivos*. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.
- MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 6 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- MIRANDA, Pontes. *Tratado de ação rescisória*. Campinas: Bookseller, 1998.
- NASCIMENTO, Carlos Valder do. (Coord.). *Coisa julgada inconstitucional*. 3 ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003.

NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 7 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

\_\_\_\_\_ ;ANDRADE, Rosa Maria. *Código de Processo Civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor*. 6 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

PORTE, Sérgio Gilberto. *Coisa julgada civil*. Rio de Janeiro: AIDE,1996.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Elementos de Direito Processual Civil*. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. v. 1.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 20 ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 36. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. v. 1.

\_\_\_\_\_ ; FARIA, Juliana Cordeiro de. *A coisa julgada inconstitucional e os instrumentos processuais para seu controle*. Disponível em:<http://www.agu.goo.Br/ce.pages/revista/arquivos/0504humbertocoisajulgada.pdf>, Acesso em: 8/10/2002.

WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. *Nulidades do processo e de sentença*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

\_\_\_\_\_ ; MEDINA. *O Dogma da coisa julgada: hipóteses de relativização*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

# **JUROS DE MORA DURANTE O PRAZO CONSTITUCIONAL DE PRECATÓRIO. NÃO CABIMENTO. EXPERIÊNCIA DA PROCURADORIA GERAL DO ESTADO DO PARÁ**

*Angelo Demetrius de A. Carrascosa<sup>1</sup>*

## **1 JUSTIFICATIVA E ADEQUAÇÃO DO TEMA**

O presente estudo encontra sintonia com o tema geral do Congresso, “A advocacia do interesse publico”, em especial com a alínea “c” do item Direito Processual, qual seja, “Cumprimento das decisões judiciais pelo Estado”.

O sistema de precatório, área de estudo no qual se insere o presente tema, é a forma constitucional de cumprimento das decisões judiciais de cunho pecuniário, sendo, portanto, de alta relevância os incidentes que podem ocorrer neste meio de cumprimento, e as possibilidades legais de defesa do interesse publico, mesmo quando já esgotada a discussão travada na fase de conhecimento e de execução.

A correta compreensão do texto constitucional se traduzirá na defesa pela fazenda do exato cumprimento das decisões judiciais, justificador, portanto, da impossibilidade de cobrança de juros de mora, penalidade esta imposta a quem não cumpre, na forma e prazo estabelecidos em lei, a sua obrigação.

Verificar-se-á que a forma de cumprimento das decisões judiciais dependerá da natureza desta decisão. Em sendo a mesma obrigação de dar (pagar), deve ser obedecido o imperativo constitucional do pagamento por meio de inclusão em sistema de precatório, com prazos e ordens delimitados, os quais, em sendo obedecidos, impedem, a nosso ver, a cobrança de juros de mora durante este prazo constitucional.

Por outro lado, a defesa do tema escolhido a partir da experiência vivida pela Procuradoria do Estado do Pará demonstrará a importância do

---

<sup>1</sup> Procurador do Estado do Pará

desenvolvimento de teses em prol do erário e a necessidade de sua defesa, mesmo que num primeiro momento afigure com poucas chances de êxito, pois somente diante da persistência dos Procuradores e da seriedade com que desenvolvem esses estudos, haverá ressonância destas teses nos tribunais pátrios, em especial, nas Cortes Superiores.

Desta feita, justificado o presente estudo e sua pertinência temática com os objetivos gerais do Congresso, e em especial com a alínea “c” do item Direito Processual, requer-se a essa Coordenadoria Científica a aprovação do presente estudo, no sentido de encaminhar às comissões temárias, para análise e relatoria.

## **2 CONSIDERAÇÕES SOBRE A ATUAÇÃO DA PROCURADORIA DE EXECUÇÕES DA PGE/PA**

Antes mesmo de adentrar no mérito da presente tese, mister se faz registrar a atuação da Procuradoria do Estado do Pará, em especial de seu setor voltado à representação do Estado nos processos de execução contra a fazenda pública, denominada como Procuradoria de Execuções.

Referido setor, criado há aproximadamente 7 anos, possibilitou a especialização do Estado na produção de teses de defesa nas execuções contra a fazenda pública, gerando economia considerável ao erário e evitando a cobrança de valores distorcidos, em total desarmonia com o próprio título executivo.

Um dos instrumentos dessa atuação foi denominado por esta Procuradoria como Pedido de Ordem Processual (P.O.P), baseado na IN 11 do TST, Item VIII, b (possibilidade de revisão pelo Presidente dos erros materiais e de cálculo), art. 5, XXXVI da CF/88 (respeito a coisa julgada), art. 610 e 463, I, ambos do CPC, art. 879, §1º, da CLT, além das decisões prolatadas na ADIMC 1662/SP e 1098-1/SP, art. 100, §2º, e art. 1-E da Lei nº 9.494/97 (redação pela MP 2.180-35).

Em suma: o estado do Pará, por meio de pedido de revisão aviado ao Presidente do Tribunal requisitante, no qual aponta erros materiais e erros de cálculo, sob alegação de desrespeito a coisa julgada, tem conseguido rever os valores requisitados que estejam em desconformidade com o título executivo, os ditames legais e constitucionais sobre a matéria.

Ressalta-se que a Procuradoria de Execução não age apenas na fase de precatório, somente o fazendo quando – por qualquer motivo – não foi possível travar referida discussão em fase de execução, momento oportuno e mais adequado ao êxito das alegações estatais.

Entre as teses defendidas pelo Estado, geradora de considerável economia, está a impossibilidade de cobrança de juros de mora durante o prazo constitucional para pagamento de precatório.

A situação do pagamento de precatórios em todo o Brasil é delicada, pois público o estado de atraso, com recursos insuficientes ao adimplemento de dívidas que se arrastam há anos, forçando uma condição indesejável – mas inevitável - de inadimplemento, acarretando os efeitos correlatos a tal situação, como os pedidos de intervenção no STF, ordens de seqüestro e, por vezes, até ameaças do Poder Judiciário de considerar referida condição de inadimplemento como crime de desobediência.

O estado do Pará ostenta com orgulho a condição de ter seus precatórios pagos rigorosamente em dia, tanto na esfera cível como trabalhista, condição esta que lhe atribui credibilidade junto aos tribunais do Estado, os quais analisam de forma mais criteriosa as alegações de erro material e erro de cálculo.

Nesse contexto, destacar-se-á a impossibilidade de cobrança de juros de mora durante o prazo constitucional para pagamento de precatório, baseado na correta interpretação do art. 100 da CF/88 que, após muita controvérsia, foi dirimida de forma definitiva pelo Supremo Tribunal Federal.

Por questão de justiça e lealdade aos colegas que compõem o setor de execução, registre-se que a presente tese é resultado de compilação das teses e pesquisas desenvolvidas por todos os seus componentes, união esta que – característica marcante do setor – tem possibilitado o desenvolvimento de teses extremamente favoráveis ao Estado.

### **3 NÃO CABIMENTO DE JUROS DE MORA ENTRE A DATA DA EXPEDIÇÃO DO PRECATÓRIO E O SEU PAGAMENTO**

As dívidas a serem suportadas pela Fazenda Pública são, em sua maioria,<sup>2</sup> pagas pelo sistema de precatório, consistindo este na inclusão em orçamento das importâncias a serem pagas em exercício posterior, obedecida a ordem cronológica de apresentação e a data de 1º de julho de um ano, para pagamento durante o ano subseqüente. Caso incluso em orçamento após 1º de julho, o pagamento ocorrerá durante o 2º exercício posterior ao ano de inclusão.

Referido sistema foi criado pelo constituinte a fim de possibilitar melhor gestão do erário, evitando gastos sem previsão, forçando, com isso, um necessário planejamento e zelo com as contas públicas.

Neste contexto, não há como falar em mora, e consequentemente, na cobrança de juros entre a data da expedição do precatório e seu efetivo pagamento pelo Estado quando dentro do prazo constitucional, ou seja, se a fazenda pública, utilizando o prazo constitucional acima, adimplir sua obrigação, jamais terá incorrido em atraso justificador da imposição de mora.

O lapso temporal entre a expedição da ordem e o efetivo cumprimento por meio do procedimento de precatório não significa desrespeito ao pagamento, mas sim modo especial e constitucional para quitar as dívidas públicas.

Neste diapasão, enquanto não aspirado o prazo que o Estado tem para pagar o que deve, não se pode cobrar juros de mora, pois mora não há.

---

<sup>2</sup> Maioria ante a previsão da EC. 37 que excepciona do sistema de precatório os débitos de pequeno valor.

Este entendimento foi consolidado pelo Supremo Tribunal Federal, em seção plenária, ocorrida em 31 de outubro de 2002, no julgamento do Recurso Extraordinário 298616,<sup>3</sup> em que se decidiu que não poderá haver a cobrança de juros de mora desde a expedição do precatório até o momento em que é garantido ao ente público pagar a dívida.

A Corte Suprema interpreta que só será devido o pagamento de juros caso o Estado não realize o pagamento do valor devido dentro do prazo que lhe é concedido no §1º do art. 100 da CF.

Neste sentido, destaca-se parte do brilhante voto do Ministro Sepúlveda Pertence:

Não está em mora quem tem prazo para pagamento, parte do qual lhe é impossível solver a obrigação. Com efeito, até a inclusão da verba no orçamento o pagamento é impossível e depois se fará nas forças do depósito na ordem cronológica dos Precatórios até o final do exercício.

Não se pode correr juros de mora porque dessa maneira haveria sempre precatórios complementares, porque a cada ano, no pagamento do Precatório complementar dos juros haveria novos juros a computar.

De acordo com o relatado, entre a data de inclusão em orçamento e o efetivo pagamento somente será devida *correção monetária*, fazendo, de fato atualização (art. 100, § 1º) e não condenação, como preceitua a norma constitucional:

Art. 100. ....

§1º É obrigatória a inclusão, no orçamento das entidades de direito público, de verba necessária ao pagamento de seus débitos oriundos de sentenças transitadas em julgado. Constantes de precatórios judiciais, apresentados até 1º de julho, fazendo-se o pagamento até o final do exercício seguinte, quando terão os seus valores atualizados monetariamente.

Não se pode admitir inovações no texto constitucional. Se este admitiu apenas a atualização, e esta se dá via correção monetária, não se pode deturpar ou inovar o preceituado na Lei Maior com cobrança de juros de mora.

---

<sup>3</sup> Decisão disponível na íntegra no site do STF.

Na tentativa de elucidar o assunto, no mesmo julgamento acima citado, o Ministro Sepúlveda Pertence adverte: “A atualização monetária é mera correção da expressão monetária da dívida, enquanto que juros de mora são a sanção pelo não pagamento da obrigação no prazo assinado ao devedor”.

A decisão do STF congrega decisões anteriores no mesmo sentido, *verbis*:

Constitucional. Processo Civil. Precatório. Juros de mora. Não cabimento. 1 - Pelo mecanismo estabelecido pela Constituição Federal, art. 100, § 1º, expedido o precatório, o pagamento dos débitos das entidades de direito público só é efetivado meses depois, não ocorrendo, portanto, mora, e, assim, não são devidos juros, pois atraso não houve ... 2 - Agravo provido.  
(Ac. Un. 3ª T do TRF da 1ª R. Ag. 93.01.37132-4-DF, Rel. Juiz Tourinho Neto, j. 21/02/94 - DJU 04/03/94, p. 9313)

Aliás, a matéria já se encontra sumulada no Tribunal Regional Federal – 1ª Região: “não é devida a inclusão de juros moratórios em precatório complementar, salvo se não foi observado o prazo previsto no art. 100, parágrafo 1º, da Constituição Federal, no pagamento do precatório anterior” (Súmula 45).

A questão versa sobre o real e verdadeiro sentido da palavra atualização, contida no art. 100, §1º, CF/88.

Sobre esse aspecto, ressalta o Ministro ILMAR GALVÃO, no voto proferido no Recurso Extraordinário 305.686 SP, publicado no Diário de Justiça em 18/10/2002, e relatado no Informativo nº 290 daquela Corte:

Há, portanto, que se apreender o sentido com que o constituinte empregou o termo atualização no citado § 1º do art. 100 da Constituição. Para tanto, é importante observar que tal expressão foi também utilizada no art. 33 do ADCT, que disciplinou o pagamento dos precatórios pendentes na data de promulgação da Carta de 1988, os quais poderiam ser resgatados ‘em moeda corrente, com atualização, em prestações anuais, iguais e sucessivas, no prazo máximo de 8 anos, a partir de 1º de julho de 1989...’ Neste caso, o Supremo Tribunal Federal, por ambas as Turmas, *decidiu que o pagamento parcelado não ensejava a imposição de juros, uma*

vez *inexistente a mora solvendi*. Citem-se, como exemplos, os REs 158.430 (Ministro Néri da Silveira) e 149.466 (Min. Octávio Gallotti), destacando-se neste último, a seguinte passagem do voto do relator: ‘*Essa exegese gramatical coincide com a lógica, pois os juros de mora são conceitualmente os decorrentes do retardamento no cumprimento da obrigação, não havendo razão para impô-los, em referência a uma dívida que, no caso, está sendo satisfeita dentro do prazo da Constituição*’. De crer-se que no raciocínio permanece válido na hipótese dos autos, sobretudo se considerar que o art. 1º da Lei nº 4.417, de 24.09.64, estabelece que as pessoas jurídicas de Direito Público responderão pelos juros de mora ‘*na forma do Direito Civil*’, dispondo o art. 955 do Código Civil<sup>4</sup>, por sua vez, que ‘*considera-se em mora o devedor que não efetuar o pagamento, e o credor que o não quiser receber no tempo, lugar e forma convencionados*’. Sendo assim, não pode ser tido em mora, com maior razão, o devedor que cumprir o prazo constitucionalmente estabelecido. (destaques nossos).

Após esclarecer tais aspectos, continua o Exmo. Ministro:

Ora, se tal conclusão foi encampada pela Corte, nas hipóteses em que o resgate parcelado da dívida constituía uma opção do devedor (art. 33 do ADCT), outra não pode ser a orientação quando se trata de pagamento abarcando lapso temporal, imposto pelo texto permanente da Carta. Se não há *inadimplência, ou mora debitoris, quando a entidade de Direito Público exerce a faculdade que lhe é mais favorável, não poderá haver quando utiliza a única forma de pagamento possível*. 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 juros moratórios representaria capitalização de tais juros, o que não se justificaria nem mesmo em face dos créditos de natureza alimentar*.

Reforçando, ainda mais, a tese ora apresentada, argumenta-se que a nova redação firmada pela Emenda Constitucional nº 30/2001 ao art. 100, CF/88, obriga a *atualização monetária* dos valores pagos em precatório. Ou seja, é especificado de forma clara que a *atualização será, apenas e tão-somente, a monetária*, não se aplicando, portanto, juros de mora.

Tal entendimento, aliás, foi reforçado em várias decisões do STF:

---

<sup>4</sup> Redação mantida quase que à integridade, no novo Código Civil, em seu art. 394.

1. *RE 298.616 SP, Rel. Min. Gilmar Mendes, 31/10/2002*
2. *RE 304.867 RS, Rel. Min. Moreira Alves;*
3. *RE 305.312 SP, Rel. Min. Moreira Alves;*
4. *RE 311.836 SP, Rel. Min. Moreira Alves.*

Por fim, para afastar completamente a tese ora atacada, mostra-se pertinente transcrever recente decisão exarada pelo Colendo STF sobre o assunto, que corrobora a argumentação ora construída, *in verbis*:

Precatório: Não-Cabimento de Juros de Mora

*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. Com base nesse entendimento, a Turma deu provimento a recurso extraordinário interposto pelo Instituto Nacional do Seguro Social - INSS para reformar acórdão do Tribunal de Alçada do Estado de São Paulo que entendera devida a incidência de juros moratórios até a data do efetivo pagamento de precatório relativo a crédito de natureza alimentar (CF, art. 100, § 1º: "É obrigatória a inclusão, no orçamento das entidades de direito público, de verba necessária ao pagamento de seus débitos constantes de precatórios judiciais, apresentados até 1º de julho, data em que terão atualizados seus valores, fazendo-se o pagamento até o final do exercício seguinte.").

*RE 305.186-SP, rel. Min. Ilmar Galvão, 17.9.2002. (RE-305186)* (destaques nosso)

De acordo com o relatado, entre a data de inclusão em orçamento e o efetivo pagamento somente será devida a correção monetária, o que, aliás, a norma constitucional faz expressa previsão ao afirmar: "(...) quando terão os seus valores atualizados monetariamente."

O próprio TST já teve oportunidade de se manifestar sobre o assunto, destacando-se voto da relatoria do eminente Ministro Rider de Brito, quando do julgamento do RR 524762/1999 (5ª Turma), em que este decidiu:

Infere-se, portanto, que na atualização de que trata o § 1º do art 100 da Constituição Federal *não incidem juros de mora* sobre o valor remanescente, para fins de emissão de precatório complementar.

Na verdade, a aplicação de juros de mora, em sucessivos precatórios, representaria a perpetuação da dívida e a incidência de juros sobre juros.

Assim, dou provimento ao Recurso de Revista para *excluir da condenação a incidência de juros de mora na expedição do precatório complementar* (destacamos).

Cabe destacar que o estado do Pará ostenta a orgulhosa situação de ser o único Estado da Federação a possuir seus precatórios rigorosamente em dia, não havendo nenhum pedido de intervenção no STF por falta ou atraso nos pagamentos.

Em assim sendo, pagando seus precatórios rigorosamente em dia, na estrita observância do sistema previsto no art. 100 da CF/88, deve-lhe aproveitar o esculpido no § 1º do mesmo diploma, o qual impõe o pagamento de forma atualizada, compreendendo tal expressão na aplicação, somente, de correção monetária.

Os juros de mora somente seriam devidos se o Estado não quitasse o precatório no prazo constitucional destinado a este fim, como, aliás, também já firmou entendimento o *Pleno do C. TST, verbis*:

TRIBUNAL: TST DECISÃO: 04 09 2003  
NUMERAÇÃO ÚNICA PROC: RXOFROAG - 3881-2001-000-21-00  
REMESSA "EX OFFICIO" E RECURSO ORDINÁRIO EM AGRAVO REGIMENTAL  
TURMA: TP  
ÓRGÃO JULGADOR - TRIBUNAL PLENO  
DJ DATA: 19-09-2003  
REMETENTE: TRT DA 21ª REGIÃO.  
RECORRENTE: UNIÃO FEDERAL.  
RECORRIDA: ROSILDA MARTINS DA CRUZ BEZERRA.  
Relator: MINISTRO JOÃO BATISTA BRITO PEREIRA

#### *EMENTA*

*ATUALIZAÇÃO DO PRECATÓRIO. ART. 100, § 1º, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. JUROS DE MORA. NÃO-INCIDÊNCIA NO PERÍODO COMPREENDIDO ENTRE A EXPEDIÇÃO DO PRECATÓRIO E O FIM DO ANO FISCAL EM QUE ESTE FOI INCLUÍDO NO ORÇAMENTO. INCIDÊNCIA APENAS SE O PAGAMENTO OCORREU APÓS O EXERCÍCIO FISCAL DO ORÇAMENTO A QUE SE REFERE.*

Segundo o entendimento do Supremo Tribunal Federal, não são devidos juros pela demora na tramitação do precatório,

*isto é, desde a sua expedição até o fim do ano em que foi incluído no orçamento. Entretanto, são devidos os juros se frustrado o pagamento do precatório no prazo fixado para sua satisfação, ou seja, até o final do ano fiscal em que houve sua inclusão no orçamento.*

De fato, apenas nessa última hipótese, poder-se-á cogitar de mora, pois o atraso no pagamento passa a ser imputável ao devedor, e não em decorrência do trâmite administrativo previsto no art. 100 da Constituição da República. Por isso, *imputar ao executado o pagamento de juros em virtude da demora na tramitação do precatório configura violação ao art. 100, § 1º, da Carta Magna.*

Recurso Ordinário e Remessa Oficial de que se conhece e a que se dá provimento para excluir os juros decorrentes da demora da tramitação do primeiro precatório.

#### ***DECISÃO***

Por unanimidade, conhecer da Remessa Obrigatória e do Recurso Ordinário e dar-lhes provimento para determinar a exclusão dos juros de mora do *precatório complementar.*"

As decisões acima transcritas corroboram integralmente a argumentação apresentada, isto é, o termo final para contagem de juros de mora é alcançado com a expedição do ofício requisitório, isto porque, após tal data, apenas aplica-se a correção monetária, não se computando mais aquela parcela por inexistir propriamente inadimplemento (mora) do Poder Público.

Destarte, o interregno temporal havido entre a data da determinação judicial de pagamento e o devido cumprimento da obrigação, não passa de mera implementação de cláusula constitucional imperativa da Fazenda Pública, que afasta, portanto, por completo, o cabimento de juros de mora.

A razão é bastante simples: se não houvesse tal limitação, a cada ano no pagamento dos precatórios haveria novos juros a serem computados e uma infinidade de precatórios complementares a serem pagos, numa sucessão interminável.

O princípio, portanto, é de que no intervalo existente entre a *data posterior a expedição do ofício requisitório até o efetivo pagamento do quantum debeatur, somente deverá arcar o ora Agravante com o pagamento de correção monetária*, conforme disposto no parágrafo primeiro, do art. 100, da *lex*

*fundamentalis* brasileira. Os juros de mora, repita-se novamente, *deverão incidir até a data da expedição do ofício requisitório*.

Em nossa região já ecoa referido posicionamento, destacando-se decisão da MM. Vara do Trabalho de Abaetetuba acolhedora de nossa tese, a qual sustenta:

*Pretende o exequente, a atualização dos cálculos, tendo em vista a demora no recebimento de seus créditos. O crédito trabalhista devido por ente público deve sofrer a incidência somente de correção monetária, conforme recentíssimo entendimento do E. STF, cabendo a expedição de no máximo dois precatórios, um para quitar o valor apurado até a expedição da ordem e outro para liquidar os acréscimos devidos entre aquela data e o efetivo pagamento, entendido esse como o momento em que o crédito fixado no primeiro é posto à disposição da parte, a fim de evitar eternização da dívida. Desse modo indefiro o pedido.” (Destacamos) (Manoel dos Santos Nunes e outros X Estado do Pará, Processo nº 101 – 3387/1991, Vara de Abaetetuba, D.O.E 29.837, p. 2)*

*Mutatis mutandis*, afigura-se flagrante inconstitucional a cobrança de juros de mora contra o Estado do prazo constitucional para pagamento do precatório, somente sendo devido, quando for o caso,<sup>5</sup> a cobrança de correção monetária.

#### **4 CONFIGURAÇÃO DA COBRANÇA DE JUROS DE MORA DURANTE O PRAZO PARA PAGAMENTO DE PRECATÓRIO COMO ERRO MATERIAL. CONTROVÉRSIA**

O processo de liquidação, incidente que antecede a própria execução, deve ser fiel ao título executivo que embasa e delimita os limites da execução.

Resta, portanto, vedado modificar em liquidação o que foi consignado no processo de conhecimento, como, aliás, expressamente prevê o art. 610, I, do CPC e o art. 879, §1º, da CLT, *verbis*:

---

<sup>5</sup> A EC. 37 determina que os precatórios sejam pagos já de forma atualizada, evitando, doravante, a expedição de precatórios suplementares nos quais são feitas essas atualizações o que, por certo, tornará a discussão ora travada matéria superada.

Art. 610. É defeso, na liquidação, discutir de novo a lide, ou modificar a sentença, que a julgou.

Art. 879 - Sendo ilíquida a sentença exequenda, ordenar-se-á, previamente, a sua liquidação, que poderá ser feita por cálculo, por arbitramento ou por artigos.

§ 1º - Na liquidação, não se poderá modificar, ou inovar, a sentença liquidanda nem discutir matéria pertinente à causa principal.

O processo de execução, em que pese sua incontroversa autonomia, possui ligações umbilicais com a fase de conhecimento, pois o título executivo formado nesta é que dará inicio e norteará aquela.

O juiz, condutor maior do processo, na fase de execução, não pode se limitar a homologar cálculos apresentados pelas partes ou mesmo pelo contador do juízo, tendo o dever de zelar pela estrita observância da coisa julgada, expurgando da execução tudo aquilo não deferido em fase de conhecimento.

Percebe-se, assim, que no processo de liquidação, e na fase de execução, devem ser respeitados os limites traçados no processo de conhecimento, sob pena de flagrante violação à coisa julgada, configurando o *plus inovador* acrescido nestas fases, e não deferido na fase cognitiva, verdadeiro erro material, e, portanto, passível de correção a qualquer tempo, como expressamente previsto na lei adjetiva civil:

Art. 463. Ao publicar a sentença de mérito, o juiz cumpre e acaba o ofício jurisdicional, só podendo alterá-la:

I - para lhe corrigir, de ofício ou a requerimento da parte, inexatidões materiais, ou lhe retificar erros de cálculo

Com base nesse entendimento, doutrina e a jurisprudência começaram a defender a possibilidade de correção dos erros materiais, em se tratando de Fazenda Pública, durante a tramitação do Precatório Requisitório.

A corrente contrária a este entendimento apontava a preclusão formada no processo executivo, em que – comumente – o Estado deixava de

impugnar referido erro material, ou mesmo concordava com os cálculos apresentados, como óbice ao conhecimento desta discussão em fase de precatório.

Felizmente, a corrente majoritária, na doutrina e jurisprudência, rebateu com muita propriedade tal argumentação, sob a justificativa de que a preclusão, ou mesmo a chamada coisa julgada formal, oriunda do processo executivo não poderia se sobrepor à coisa julgada formada no processo executivo, mormente porque erros materiais – por sua própria definição – não são passíveis de preclusão.

Reiterando a tese acima apresentada destaca-se os ensinamentos do mestre e ex-Ministro do TST, Dr. Ney Proença Doyle, que em elucidativo e revolucionário parecer sobre a matéria (juntamente com Arnaldo Sussekind), publicada na revista do TST, Brasília, v. 66, n.2, abr./jun., 2000. p.67, lecionou:

*Deste modo, sendo certo que não houve oposição de embargos à execução, a natureza do mérito ou não que se dê a sentença homologatória dos cálculos, nas situações objeto de consulta, não conduz à afirmação de existência de coisa julgada formada na execução, em óbice à possibilidade de correção, a qualquer tempo, dos erros materiais de cálculos embutidos no valor do débito requisitado nos predatórios. (destacamos)*

*Mutatis mutandis*, é dever do Juízo proteger e viabilizar o cumprimento na decisão que está sendo executada, nos moldes em que foi concedida, sob pena de afronta à coisa julgada (art. 5º, XXXVI, da CF/88).

Este não pode, de maneira descomprometida com a verdade real e com a coisa julgada, homologar cálculos que padecem de erros, os quais devem ser corrigidos de ofício.

O parecer acima destacado continua a enfrentar a matéria lecionando:

A impugnação, em se tratando do erro material de cálculo não questionado e não dirigido em sentença de embargos à execução regularmente passada em julgado, pode ocorrer a qualquer tempo. É que, *não sendo de mérito a decisão*

*homologatória de cálculos de liquidação, não produz coisa julgada material.* Se de mérito, a decisão fosse, deveria ela estar sujeita a obrigatoriedade do duplo grau de jurisdição, não surtindo qualquer efeito não substituída por decisão do Tribunal (sumula 423 do STF).

(...)

Se embora opositos oportunamente, os embargos atacam apenas dos cálculos de liquidação, omitindo questionamentos que poderiam ser formulados a respeito de outros pontos discrepantes da coisa julgada formada no processo de conhecimento, a sentença neles proferida não produz coisa julgada material na execução se não quanto aos pontos objeto da impugnação (CPC, art. 468). *O resultado oriundo de erro material sobre o qual não houve impugnação e julgamento não se solidifica por abrangência da coisa julgada formada em decisão dos embargos.*

(...)

*O que era impugnável e não o foi, sendo fruto de erro material, não fica alcançado por eficácia de coisa julgada material e assim pode ser objeto de impugnação a qualquer tempo, em razão do disposto nos artigos 463, I, 471 e 473 do CPC.*

(...)

*O que não tiver sido objeto de impugnação nos embargos, nem de apreciação “ex officio” pelo Juiz da execução e pelo Tribunal, permanece acobertado apenas pela decisão homologatória dos cálculos que, por não constituir sentença de mérito, submetida ao reexame necessário pelo Tribunal, não faz coisa julgada material.*<sup>6</sup>

Nesse sentido, posicionou-se o Pleno do STF em julgamento histórico da ADIN 1098-1 interposta pelo Governo do Estado de São Paulo, sendo firmado pelo i. Ministro relator:

*Precatório – Erros materiais – Correção – Competência. Constatado erros material ou inexatidão nos cálculos, compete ao Presidente do Tribunal determinar as correções, fazendo-a a partir dos parâmetros do título executivo judicial, ou seja, da sentença exequenda. (STF – Pleno, A. Din 1.098-1 – SP, rel. Min. Marco Aurélio, publ. DJU de 25.10.96, p. 41.026, e Revista JSTF, vol. 220, p. 20)*

Referida decisão, marco divisor de águas nos processos de execução, provocaram o acompanhamento da tese pelos TRT's nacionais, que passaram a decidir:

*Fidelidade a coisa julgada x preclusão. Entre a preclusão legal firmada na execução e a res judicata protegida constitucionalmente, impõe-se respeito a esta última. Ainda que parte dos créditos trabalhistas apurados sem liquidação já*

---

<sup>6</sup> Revista do TST, Brasília, v.66, n.2, p.79, 82, 85, abr./jun., 2000.

tenham sidos quitados, é devido o ajuste de seu valor aos limites da coisa julgada formada na fase do conhecimento. Art. 5º, XXXVI, da CF/88 (TRT – AP – 3.614/98, publ. MG de 7.5.99)

Cálculo – homologação. O Juiz não é um mero homologador de cálculos. Tem o *poder-dever* de zelar pelo cumprimento do julgado exequendo, independentemente da anuência ou não das partes quanto aos valores apresentados por uma delas. A preclusão ou não é instituto que se dirige à parte e não ao Juiz que, por sua vez, pode determinar a refazimento do cálculo, ou reabrir prazo às partes para a nova proposição, em fiel respeito a coisa julgada. (TRT – AP – 01483/95; Rel. Juíza Doclécia Amoreli Dias, DJMG de 30.9.95).

Inquestionável, portanto, a possibilidade de revisão dos cálculos, mesmo em fase de precatório, quando configurada a existência de erro material.

No interesse do presente estudo, resta saber se a inclusão de juros de mora durante o prazo constitucional para pagamento de precatório, mesmo tendo o ente público pago dentro do prazo, constitui, ou não, erro material.

A questão não é nada fácil e está longe de pacificação.

Aos defensores da impossibilidade de configuração de referida cobrança como erro material, e, portanto, impossível de revisão em sede de precatório, subsiste a argumentação de que, nesta fase, tida como administrativa, não é permitido rever critérios e metodologias de cálculos, matéria que, a seu ver, é pertinente aos embargos à execução.

Nessa esteira colaciona-se decisão recente do C. TST:

**“RECURSO ORDINÁRIO EM AGRAVO REGIMENTAL. PRECATÓRIO. ERRO MATERIAL. INEXATIDÃO DE CÁLCULO.**

1. Recurso ordinário contra decisão de TRT que, em agravo regimental em precatório, mantém decisão monocrática do respectivo Presidente indeferindo revisão de cálculos de liquidação.

2. Ao Presidente do Tribunal e ao próprio Tribunal, em precatório, é dado apenas corrigir inexatidões materiais no cálculo do débito, ou retificar virtual erro de operação aritmética (Instrução Normativa do TST nº 11, item VIII, alínea " b"). *Atuando em sede administrativa, não lhes cabe coartar eventual excesso de execução decorrente de critérios técnico-*

*jurídicos por que se deva pautar a elaboração do cálculo, seja porque lhes falece competência, seja porque matéria própria de embargos à execução, para o que, aliás, é citada a Fazenda Pública.*

3. Inviável em sede de precatório rediscutir os critérios utilizados para a apuração de juros de mora incidentes sobre o valor do crédito dos Exeqüentes.

4. Recurso ordinário em agravo regimental a que se nega provimento.

(TST – RXOFROAG n.º 795726/01 – DJ 13.2.2004)  
(Destacamos)

Em sentido contrário, e de forma ainda mais específica, a jurisprudência abalizadora da configuração dos juros de mora cobrado na fase de precatório como erro material e, portanto, passível de correção pelo Presidente do Tribunal requisitante, baseasse no texto constitucional para deferir a exclusão pedida em fase de precatório, *verbis*:

#### PRELIMINAR DE NÃO-CONHECIMENTO DE RECURSO ORDINÁRIO EM AGRAVO REGIMENTAL.

Nos termos do artigo 70, inciso I, letra i, do RI/TST, compete ao Tribunal Pleno, em matéria judiciária, julgar os recursos ordinários opostos a Agravo Regimental em que se tenha apreciado despacho de Presidente de TRT em sede de Precatório. Por outro lado, cabível a remessa ex officio, por ser Agravante a União Federal, que goza dos privilégios conferidos pelo Decreto-Lei nº 779/69.

(...)

**PRECATÓRIO. INCLUSÃO DE JUROS DE MORA.** O precatório constitui forma de execução contra a Fazenda Pública ante a impenhorabilidade dos bens públicos. O precatório complementar foi expedido em 1999. *Incide ao caso a redação anterior do § 1º do artigo 100 da Constituição da República quando a atualização monetária era feita até a inclusão no orçamento. Não se pode falar em mora por parte da instituição, pois a atualização só era feita até o momento em que incluído no orçamento e, se o pagamento for feito ao final do exercício seguinte, não há mora, até porque o pagamento é efetuado na forma da lei e da Constituição da República.* Se a instituição obedece ao procedimento da execução estabelecido na Constituição da República e, se há atraso na tramitação do precatório, não pode ensejar juros de mora, vez que ausente o elemento da culpa. Se não há culpa do devedor, somente cabe a correção monetária, para recuperação do valor, já apurado no primeiro precatório. Recursos providos para, no particular, excluir os juros de mora. (...). ( TST – RXOFROAG – 1700-2002-900-09-00; DJ 10.10.2003) (Destacamos).

No mesmo sentido:

ATUALIZAÇÃO DO PRECATÓRIO. ART. 100, § 1º, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. JUROS DE MORA. NÃO-INCIDÊNCIA NO PERÍODO COMPREENDIDO ENTRE A EXPEDIÇÃO DO PRECATÓRIO E O FIM DO ANO FISCAL EM QUE ESTE FOI INCLUÍDO NO ORÇAMENTO. INCIDÊNCIA APENAS SE O PAGAMENTO OCORREU APÓS O EXERCÍCIO FISCAL DO ORÇAMENTO A QUE SE REFERE.

Segundo o entendimento do Supremo Tribunal Federal, não são devidos juros pela demora na tramitação do precatório, isto é, desde a sua expedição até o fim do ano em que foi incluído no orçamento. Entretanto, são devidos os juros se frustrado o pagamento do precatório no prazo fixado para sua satisfação, ou seja, até o final do ano fiscal em que houve sua inclusão no orçamento.

De fato, apenas nessa última hipótese, poder-se-á cogitar de mora, pois o atraso no pagamento passa a ser imputável ao devedor, e não em decorrência do trâmite administrativo previsto no art. 100 da Constituição da República. *Por isso, imputar ao executado o pagamento de juros em virtude da demora na tramitação do precatório configura violação ao art. 100, § 1º, da Carta Magna.*

Recurso Ordinário e Remessa Oficial de que se conhece e a que se dá provimento para excluir os juros decorrentes da demora da tramitação do primeiro precatório." (RXOFROAG – 3881-2001-000-21-00; DJ 19.9.2003). (Destacamos).

Resta configurado, a nosso ver, a inclusão de juros de mora durante a fase constitucional para pagamento de precatório verdadeiro erro material, passível, via de consequência, de arguição a qualquer tempo, mormente em Pedido de Revisão apresentado ao Presidente do Tribunal requisitante.

## CONCLUSÃO

Por expressa previsão constitucional, somente é devida correção monetária no decurso de tempo entre a expedição do ofício requisitório e o pagamento do precatório, se este ocorreu dentro do prazo constitucional, afigurando-se como inconstitucional a cobrança de juros de mora no mesmo período por inexistir mora do ente estatal, salvaguardado em seu prazo pela Constituição Federal.

Cobrar juros de mora do ente público nestas circunstâncias, equivale a apenar alguém por cumprir a lei, que, no caso, é a mais alta norma vigente no ordenamento jurídico.

Outrossim, configurando referida cobrança verdadeiro erro material, torna-se passível de arguição a qualquer tempo, inclusive durante a requisição do precatório, com pedido de revisão a ser apresentado ao Presidente do Tribunal requisitante.

A questão, longe de ser pacífica, mormente em relação a configuração da cobrança como erro material, deve – a nosso ver – ser argüida pelas Procuradorias do Estado, como forma de defesa do erário e reafirmação dos limites constitucionais da matéria.

PARECER Nº 118/2003-PGE

PROCESSO Nº 200200002893

PROCEDÊNCIA: Sindicato dos Trabalhadores em Educação Pública do Pará (SINTEPP).

INTERESSADO: Sindicato dos Trabalhadores em Educação Pública do Pará (SINTEPP).

PROCURADOR: SANDOVAL ALVES DA SILVA<sup>1</sup>

PROCESSO DE MUNICIPALIZAÇÃO DO ENSINO FUNDAMENTAL POR MEIO DE CONVÊNIOS. POSSIBILIDADE. DEFINIÇÃO DE COMPETÊNCIA DOS ÓRGÃOS DE CONTROLE E DAS MEDIDAS POLÍTICAS, ADMINISTRATIVAS E JUDICIAIS CABÍVEIS EM CASO DE DESCUMPRIMENTO DAS CLÁUSULAS CONVENIADAS E DAS REGRAS DE ENSINO FUNDAMENTAL.

Exmo. Sr. Procurador Geral do Estado,

## I FATOS

O Exmº. Procurador Geral solicitou distribuição dirigida para que seja exarado parecer conclusivo sobre as medidas passíveis de serem adotadas pela Procuradoria, nos casos em que haja descumprimento da obrigação de prestar contas das verbas oriundas do FUNDEF por parte dos Municípios.

Por oportuno, aproveito o momento para analisar a competência dos órgãos de controle envolvidos no ensino fundamental e as medidas políticas, administrativas e judiciais cabíveis para o caso de descumprimento das cláusulas pactuadas e das regras atinentes ao ensino fundamental.

Em razão do exposto, passo a fazer a análise jurídica requerida.

## II ANÁLISE JURÍDICA

---

<sup>1</sup> Procurador do Estado do Pará, Professor da UFPA e mestrando na área de Cidadania, Constitucionalismo e Direitos Humanos

Cabe, como ponto de partida, esclarecer que a questão está confusa em razão de questões que têm regimes e efeitos jurídicos distintos, mas que têm em alguns momentos, pontos de contato. Com efeito, tais situações podem e devem ser tratadas de maneiras distintas, em que pese a existência de pontos conexos, pois todos esses assuntos constam do convênio em epígrafe.

As questões que se apresentam como distintas, mas que estão unidas em torno da municipalização do ensino fundamental são: a transferência de recursos financeiros e a cessão de servidores no processo de transição e manutenção do ensino fundamental na municipalidade escolhida.

Assim, vê-se que a transferência de recursos financeiros entre entes da federação tem regime jurídico próprio e distinto da cessão de servidores do Estado para os Municípios escolhidos. E, para tentar confundir mais ainda a questão, observa-se que o processo de municipalização de ensino fundamental têm suas próprias regras e que se utiliza dos regimes acima especificados, para fins de concretização dos seus objetivos.

Com efeito, buscar-se-á enfrentar os possíveis problemas levantados no processo de municipalização e as medidas para solucioná-los, sem com isso afirmar sobre a existência ou não de qualquer hipótese levantada, pois faltam elementos para tanto.

É de se informar, ainda, que a falta de elementos para apreciar *in concreto* a situação analisada se dá por uma ordem lógica, pois nenhuma das

medidas administrativas ou judiciais foram tomadas esse objetivo, consoante se perceberá da análise abaixo.

Por outro lado, percebe-se que os pontos debatidos nos presentes autos poderão ser objeto de discussão em outros processos de municipalização de ensino, razão pela qual as questões tomarão abrangência genérica para tentar absorver os demais processos de municipalização.

Considerando que o caso pode tomar proporções abrangentes em relação a outros processos de municipalização e diante da falta de elementos fáticos para definir em concreto a real situação do município de Altamira, por falta de medidas administrativas pelos órgãos públicos de controle, buscar-se-á enfrentar em abstrato as possibilidades judiciais a administrativas para resolver o problema, definindo as competências e remédios jurídicos a serem manejados.

Com efeito, além desse corte metodológico, que serve para esclarecer a confusão acerca do tema, e com o intuito de melhor apreciar as situações que se apresentam, faz-se mister analisar cada caso isoladamente, como: o processo de municipalização, a “transferência” de recursos humanos, as transferências financeiras, a competência dos órgãos administrativos e judiciais para resolver as questões suscitadas e as medidas administrativas, políticas e judiciais que poderão ser tomadas, sem a pretensão de exaustão do tema.

## **1 PROCESSO DE MUNICIPALIZAÇÃO DO ENSINO FUNDAMENTAL**

Cabe inicialmente enfrentar a questão referente à constitucionalidade ou não do processo de municipalização do ensino previsto na Emenda Constitucional n.º 14/96.

Com efeito, ponto que parecia merecer destaque no processo de municipalização seria o fato de saber se essa redistribuição do ensino feita pela Emenda Constitucional n.º 14/96 ofenderia a autonomia municipal e a forma federativa de Estado. Porém, o Supremo Tribunal Federal ao indeferir medida liminar em sentido inverso, considerou constitucional o processo de redistribuição de ensino proposto, sob o fundamento de insuficiência de relevo jurídico, conforme noticiado no Informativo n.º 326, nos seguintes termos:

Liminar indeferida, por insuficiência de relevo jurídico da assertiva de que, ao redistribuir receitas e encargos referentes ao ensino, estaria a promulgação da Emenda nº 14-96 (nova redação do art. 60 do ADCT) a contrariar a autonomia municipal e consequentemente a forma federativa de Estado (art. 60, I, da Constituição). (STF – ADI-MC 1749-DF, j. em 25/11/1999, DJ 24/10/2003 - ATA Nº 33/2003 OJ. Tribunal Pleno, Relator Min. OCTAVIO GALLOTTI, Relator do Acórdão Min. NELSON JOBIM).

Verificada a constitucionalidade, mesmo que em sede de ação cautelar, do processo de redistribuição do ensino nos termos proposto pela referida Emenda Constitucional, resta analisar como esse processo pode se concretizar.

Como é por todos sabido o problema da educação é competência comum, em que um ente da federação atua em complementariedade ao outro, nos termos da legislação em vigor, conforme se pode perceber dos dispositivos que tratam da obrigação educacional do Estado (em sentido lato).

Nesse diapasão, verifica-se que a responsabilidade e obrigatoriedade dos entes da federação com o ensino fundamental estão insertas em várias passagens da Constituição e de leis infraconstitucionais, principalmente, no que tange à sua universalização.

Em que pese o processo de municipalização ter iniciado com o ensino fundamental, houve paulatina ampliação do objeto do convênio para: 1) o ensino especial, por meio do 3º Termo Aditivo; e 2) para a educação indígena, por meio do 6º Termo Aditivo, razão pela qual a confusão que está instaurada pode chegar a patamares muito mais elevados do que os até agora experimentados.

Nesse contexto, caso o ensino especial e a educação indígena sejam atinentes ao ensino fundamental, não há problemas na presente análise jurídica, pois o presente parecer terá como objeto esta espécie de ensino, independentemente de ser o ensino regular, especial ou a educação indígena.

Entretanto, caso sejam o ensino fundamental e a educação indígena pertencentes à educação infantil ou ensino médio, sugere-se preliminarmente que essas matérias sejam municipalizados por instrumentos distintos, visto que as fontes de financiamento e as responsabilidades estipuladas pelo ordenamento jurídico são distintas, de acordo com cada esfera de ensino ou educação.

Assim sendo, como os problemas surgidos são inerentes ao ensino fundamental, só este, neste momento será objeto de análise, deixando-se para um segundo momento a análise de qualquer outra questão que não tenha sido abordada na presente peça opinativa.

Seguindo essa orientação, tem-se que em sede constitucional a competência comum dos entes federativos aparece em vários dispositivos, nos seguintes termos:

“Art. 6º. São direitos sociais a educação ....”

“Art. 205. A educação, *direito de todos e dever do Estado e da família....*”

“Art. 208. O *dever do Estado* com a educação será efetivado mediante a garantia de:

I – *ensino fundamental obrigatório e gratuito*, assegurada, inclusive, sua oferta para todos os que a ele não tiveram acesso na idade própria.”

§ 1º - O acesso ao *ensino obrigatório* é *direito público subjetivo*.

§ 2º - *o não-oferecimento do ensino obrigatório pelo Poder Público, ou sua oferta irregular, importa responsabilidade da autoridade competente.*”

“Art. 211 - A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios *organizarão em regime de colaboração seus sistemas de ensino.*”

§ 1º - A União organizará o sistema federal de ensino e o dos Territórios, financiará as instituições de ensino públicas federais e exercerá, em matéria educacional, função redistributiva e supletiva, de forma a garantir eqüalização de oportunidades de oportunidades educacionais e padrão mínimo de qualidade do ensino mediante assistência técnica e financeira aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios.

§ 2º - Os Municípios atuarão prioritariamente no *ensino fundamental* e na educação infantil.

§ 3º - Os Estados e o Distrito Federal atuarão prioritariamente no ensino fundamental e médio.

§ 4º - *Na organização de seus sistemas de ensino, os Estados e os Municípios definirão formas de colaboração, de modo a assegurar a universalização do ensino obrigatório.*

Como se percebe, já no § 4º do art. 211 da CRFB, vê-se a possibilidade de colaboração entre os entes da federação para assegurar a universalização dos ensino obrigatório.

Com efeito, para garantir a concretização dos ônus estabelecidos constitucionalmente, a própria Constituição, abriu uma exceção ao princípio da não afetação da receitas de impostos, nos termos do art. 167, IV da CRFB, para destinar ao atendimento do ensino partes dessas receitas, conforme dispõe o art. 212 da Carta Magna, *in verbis*:

Art. 212 - A *União* aplicará, anualmente, *nunca menos de dezoito, e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios vinte e cinco por cento*, no mínimo, da receita resultante de impostos, compreendida a proveniente de transferências, *na manutenção e desenvolvimento do ensino*.

[...]

§ 3º *A distribuição dos recursos públicos assegurará prioridade ao atendimento das necessidades do ensino obrigatório, nos termos do plano nacional de educação.* (destaques inseridos)

Nesse contexto, foi editada a Emenda Constitucional n.º 14 que, alterando a redação do art. 60 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), regulou a forma de aplicação, em nível constitucional, dos recursos dispostos no art. 212, senão vejamos:

Art. 60 - Nos 10 (dez) primeiros anos da promulgação desta Emenda os Estados, o Distrito Federal e os Municípios *destinarão* não menos de 60% (sessenta por cento) dos recursos a que se refere o caput do art. 212 da Constituição Federal, à manutenção e ao desenvolvimento do ensino fundamental, com o objetivo de assegurar a universalização de seu atendimento e a remuneração condigna do magistério.

§ 1º - *A distribuição de responsabilidades e recursos entre os Estado e seus Municípios a ser concretizadas com parte dos recursos definidos neste artigo na forma do disposto do art. 211 da Constituição Federal é assegurada mediante a criação, no âmbito de cada Estado e do Distrito Federal de um Fundo de*

*Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e de Valorização do Magistério, de natureza contábil.*

§ 2º - O Fundo referido no parágrafo anterior será constituído por pelo menos 15% (quinze por cento) dos recursos a que se referem os arts. 155, II; 158, IV; e 159, I, a e b, e II da Constituição Federal e será distribuído entre cada Estado e seus Municípios, proporcionalmente ao número de alunos nas respectivas redes de ensino fundamental.

§ 3º - A União complementará os recursos dos Fundos a que se refere § 1º, sempre que em cada Estado e no Distrito Federal seu Valor por aluno não alcançar o mínimo definido nacionalmente.

§ 4º - A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios ajustarão progressivamente, em prazo de 5 (cinco) anos, suas contribuições ao Fundo de forma a garantir um valor por aluno correspondente a um padrão mínimo de qualidade de ensino, definido nacionalmente.

§ 5º - *Uma proporção não inferior a 60% (sessenta por cento) dos recursos de cada Fundo referido no § 1º será destinado ao pagamento dos professores do ensino fundamental em efetivo exercício no magistério.*

§ 6º - A União aplicará na erradicação do analfabetismo e na manutenção e no desenvolvimento do ensino fundamental, inclusive na complementação a que se refere o § 3º, nunca menos que o equivalente a 30% (trinta por cento) dos recursos a que se refere o *caput* do art. 212 da Constituição Federal.

§ 7º- *A lei sobre a organização dos fundos, a distribuição proporcional de seus recursos, sua fiscalização e controle, bem como sobre a forma de cálculo do valor mínimo nacional por aluno* (Os destaques foram colocados).

Seguindo essa senda foi editada a Lei Nacional nº 9.424, de 24/12/1996, cujo objetivo foi regular a determinação do § 7º do art. 60 do ADCT, a qual regulou ainda o § 4º do art. 211 da CRFB ao tratar da colaboração entre Estados e Municípios.

Os arts. 2º, § 1º, I e 3º, § 9º da Lei nº 9.424/96, abaixo transcritos, demarcam claramente a responsabilidade dos entes federais em relação aos alunos da rede de ensino, facultando a transferência de alunos do Estado para o Município e vice-versa, mediante a celebração de convênio.

Art. 2º - Os recursos do Fundo serão aplicados na manutenção e desenvolvimento do ensino fundamental público, e na valorização de seu Magistério.

[...]

§ 1º - A distribuição dos recursos, no âmbito de cada Estado e do Distrito Federal, dar-se-á, entre o Governo Estadual e os Governos Municipais, na proporção do número de alunos matriculados anualmente nas escolas cadastradas das respectivas redes de ensino (sublinhamos), considerando-se para esse fim:

I – as matrículas da 1ª. a 8ª. séries do ensino fundamental;

[...]

Art 3º - Os recursos do Fundo previstos no artigo 1º serão repassados, automaticamente, para contas únicas e específicas dos Governos Estaduais, do Distrito Federal e dos Municípios, vinculadas ao Fundo, instituídas para esse fim e mantidas na instituição financeira de que trata o artigo 93 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966.

[...]

§ 9º. Os Estados e os respectivos Municípios poderão, nos termos do artigo 211, § 4º, da Constituição Federal, CELEBRAR CONVÊNIOS PARA TRANSFERÊNCIA DE ALUNOS, RECURSOS HUMANOS, MATERIAIS E ENCARGOS FINANCEIROS nos quais estará prevista a transferência imediata de recursos do Fundo correspondentes ao número de matrículas que o Estado ou o Município assumir (destacamos).

Desta feita, consoante se depreende da leitura dos dispositivos mencionados, tem-se que o ensino fundamental será custeado por meio de receitas de cada ente federativo, sejam provenientes das receitas de impostos, sejam de transferências financeiras intergovernamentais. Estas, por sua vez podem se dar de forma obrigatória, nos termos do *caput* do art. 3º da Lei nº 9.424/1996, que só tenta concretizar os artigos 212 da CRFB e 60 do ADCT; e de

forma voluntária pelo regime de colaboração, por meio de convênios, nos termos do § 9º do art. 3º da mesma Lei que, também, só busca concretizar as regras de ensino.

Há de se observar que o regime de colaboração entre os entes da federação também é autorizado de forma genérica pela CRFB por meio do artigo 241, que assim prescreve:

*Art. 241. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios disciplinarão por meio de lei os consórcios públicos e os convênios de cooperação entre os entes federados, autorizando a gestão associada de serviços públicos, bem como a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal e bens essenciais à continuidade dos serviços transferidos.*

Em nível infraconstitucional, tem-se o art. 116 da Lei de Licitações e Contratos – Lei n.º 8.666/93,<sup>2</sup> que dispõe sobre as regras e procedimentos para realização, aplicação e levantamento de contas de recursos arrecadados por meio de convênios.

Seguindo essa diretriz, vê-se que os serviços públicos de educação, concernentes ao ensino fundamental, podem ser financiados com recursos próprios do município de Altamira, decorrentes de receitas de impostos, de transferências compulsórias etc., e por meio de transferências voluntárias, decorrentes de convênios para assegurar a gestão associada ou compartilhada até que o Município tenha condição de atuar com seus próprios recursos no atendimento a essa necessidade pública.

---

<sup>2</sup>“Art. 116. Aplicam-se as disposições desta lei, no que couber, aos convênios, acordos, ajustes e outros instrumentos congêneres celebrados por órgãos e entidades da Administração.”

Entretanto, deve-se ressalvar que a colaboração entre os entes federativos em tela, não se restringe só a transferência financeira, podendo abranger recursos materiais e humanos também. Mas, para tanto, deve-se ter em mente que cada matéria transferida (recursos humanos, materiais e financeiros) segue regime jurídico próprio, mesmo que tenham algum ponto de contato (o processo de municipalização).

Com efeito, observa-se que foi exatamente com fundamento nesses dispositivos que o Convênio n.º 002/98, firmado entre o estado do Pará – SEDUC e o município de Altamira se pautou, transferindo, conforme a fase do processo de municipalização do ensino fundamental, recursos humanos e financeiros, concretizando o mandamento Constitucional na área da educação.

Nesse diapasão, passo a analisar o regime e os efeitos jurídicos de cada transferência isoladamente.

## **2 “TRANSFERÊNCIA” DE RECURSOS HUMANOS**

Prevê o § 9º do art. 3º da Lei Nacional n.º 9.424/1996, conforme já explicado, a possibilidade de repasse no processo de municipalização de recursos humanos do estado do Pará para o Município que se manifestar interessado em assumir a prioridade do ensino fundamental e ser beneficiado diretamente dos recursos do FUNDEF.

No presente caso, observa-se que houve “transferência” de servidores estáveis e temporários para o município de Altamira, para fins de atendimento no ensino fundamental naquela municipalidade.

Em caráter preliminar, deve-se observar que a forma de “transferência” de recursos humanos não deve contrariar o art. 37, II, da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB), o que se deve processar por meio do instituto da cessão de servidores com ônus para a municipalidade, nos termos do art. 31 da Lei Estadual n.º 5.810/94,<sup>3</sup> uma vez que qualquer outra forma se revela ofensiva à regra constitucional exposta.

Só que essa cessão de servidores se mostra como uma cessão especial, pois não há viabilidade de retorno dos servidores para o estado do Pará nos termos da Cláusula Décima Primeira do Convênio em tela, o que se revela incompatível com o instituto do convênio que é instrumento voluntário que pode a qualquer momento ser denunciado e rescindido (*rectius: extinto*).

*Prima facie*, vê-se a dificuldade de conceber a cessão de servidor temporário, pois a admissão se processa por meio de contrato administrativo e para necessidade excepcional e temporária.

Desta feita, a forma de processamento seria o distrato pelo Estado e a contratação pelo Município, o que parece ter ocorrido, mesmo que se tenha denominado por “transferência” por meio de convênio, nos termos indicado na cláusula 1.1.1.4 do Convênio em questão e nos termos do art. 5º do Decreto Estadual n.º 2.424/1997.

---

<sup>3</sup> “Art. 31- O servidor de cargo de provimento efetivo, mediante a sua concordância poderá ser colocado a disposição de qualquer órgão da administração direta ou indireta, da União, do Estado, do Distrito Federal e dos Municípios, com ou sem ônus para o estado do Pará, desde que observada a reciprocidade.”

Com efeito, é nesse prisma que se deve entender a conclusão feita pela i. Procuradora Carolina Ormanes ao revelar que o Estado seria irresponsável em relação aos servidores temporários.

Por outro lado, havendo a cessão de servidores públicos estáveis para o Município nos moldes previsto no citado Convênio e no art. 31 da Lei n.º 5.810/94, revela-se que remanescem alguns vínculos com o estado do Pará, quais sejam:

- a) o servidor continua sendo servidor público estadual, em que pese não ser do estado o ônus pela remuneração e encargos sociais;
- b) permanece o vínculo previdenciário com instituto de previdência próprio do estado do Pará, de vez que os benefícios decorrentes de idade avançada, doença etc, continuam a ser cobertos pelo sistema de previdência do Estado, na forma da Cláusula Nona, item 3 e 4 do Convênio, devendo o instituto de previdência cobrar as contribuições sociais que incidem sobre o pagamento da remuneração, inclusive com as prerrogativas e privilégios inerentes ao crédito tributário;
- c) o ônus pelo pagamento das verbas remuneratórias e encargos sociais fica a cargo do município de Altamira, já que é dele a responsabilidade para processar essa obrigação, bem como será ele (município de Altamira) que será o ente federal a receber do FUNDEF os recursos para tal desiderato, ressalvadas as hipóteses descritas na Cláusula Nona, item 1.3, que prescreve casos de responsabilidade do estado do Pará;
- d) permanecem válidas as obrigações decorrentes do convênio para o estado do Pará, por meio da SEDUC (Cláusula Nona, item 1) e por meio da SEAD (Cláusula Nona, item 2), bem como, do instituto de previdência do Estado (Cláusula Nona, item 3).

Nesse momento, chama-se a atenção para o problema inerente ao prazo de vigência do Convênio em tela, pois em que pese ser dividido em fase de transição, de pós-transição e de finalização, evidencia-se que há obrigações decorrentes do convênio que transcendem em muito os prazos estipulados, como, por exemplo, a situação funcional dos servidores cedidos ao município de

Altamira que só tem sua situação jurídica estabilizada com eventos como aposentadoria, morte etc.

Nesse diapasão, fica evidenciado que o prazo do Convênio em questão está sujeito a prazo indeterminado, em que se estipula o prazo, mas há incerteza quanto ao quando esse termo ocorre.

Nesse sentido, evidencia-se que é possível a transferência de recursos humanos do estado para os municípios paraenses, por meio de convênios, mas no presente caso, verifica-se a existência de obrigações incompatíveis com o convênio, seja no que concerne ao prazo, seja no que tange à impossibilidade de retorno dos servidores estaduais cedidos ao município de Altamira.

Em razão do exposto,vê-se que a “transferência” de recursos humanos do estado do Pará para os Municípios pode se processar por meio da cessão de servidores públicos estáveis com ônus para o ente federado receptor, na forma do art. 31 da Lei Estadual n.º 5.810/94, permanecendo o vínculo previdenciário com o instituto próprio do estado do Pará, não restando qualquer obrigatoriedade do ente transferidor com o pagamento de servidores, cujo ônus foi repassado. Entretanto, pode o estado do Pará exigir o cumprimento do que foi pactuado, inclusive por meio judicial, conforme se verá adiante.

### **3 TRANSFERÊNCIA DE RECURSOS FINANCEIROS E A COMPETÊNCIA DOS ÓRGÃOS JURISDICIONAIS E DE CONTROLE DAS ATIVIDADES FINANCEIRAS ESTATAIS**

No que concerne a esse item, cabe inicialmente fazer a distinção entre transferências voluntárias e compulsórias. E tal distinção se faz de maior relevância porque tem implicação direta na competência dos órgãos jurisdicionais e de controle das atividades estatais.

A definição de transferências financeiras, que são subdivididas em correntes e de capital, fornecida pelos §§ 2º e 6º do art. 12 da Lei n.º 4.320/64, a qual tem como principal característica a dotação de gasto para o setor público ou privado que não corresponda a contraprestação direta em bens e serviços, conforme se depreende da transcrição dos dispositivos em comento:

Art. 12..

[...]

§ 2º Classificam-se como Transferências Correntes as dotações para despesas as quais não corresponda contraprestação direta em bens ou serviços, inclusive para contribuições e subvenções destinadas a atender à manifestação de outras entidades de direito público ou privado.

[...]

§ 6º São Transferências de Capital as dotações para investimentos ou inversões financeiras que outras pessoas de direito público ou privado devam realizar, independentemente de contraprestação direta em bens ou serviços, constituindo essas transferências auxílios ou contribuições, segundo derivem diretamente da Lei de Orçamento ou de lei especialmente anterior, bem como as dotações para amortização da dívida pública.”

A Lei n.º 4.320/64, que hoje tem natureza de Lei Complementar nos termos do § 9º do art. 165 da CRFB, só cuidou de fazer a distinção de acordo com a classificação econômica da despesa, ou seja, entre transferência corrente e de capital, não cuidando em classificar nos termos aqui perquiridos, qual seja, entre transferências voluntárias e compulsórias.

Por oportuno, é cabível a demonstração de corte metodológico, para demarcar que a transferência ora analisada é a realizada entre entes públicos, não se reportando a qualquer transferência feita ao setor privado.

Nesse sentido, a transferência voluntária pode ser definida como a entrega de recursos correntes ou de capital a outro ente da Federação, a título de cooperação, auxílio ou assistência financeira, que não decorra de determinação constitucional, legal ou os destinados ao Sistema Único de Saúde.<sup>4</sup>

Obviamente, que uma leitura de forma inversa define transferência compulsória como sendo a entrega de recursos correntes ou de capital a outro ente da Federação que decorra de determinação constitucional, legal ou os destinados ao Sistema Único de Saúde.

A essa altura pode surgir a indagação: qual a importância para a questão em análise da definição ora suscitada? A resposta é simples: sem ela não se consegue definir a competência dos órgãos jurisdicionais e de controle das atividades financeiras do Estado.

Só para fins de melhor definição, tem-se que as transferências voluntárias são uma espécie de doação com encargo, que se configura na obrigação ou dever de prestar contas e se realiza, normalmente, por meio de convênios. E, em assim sendo, os recursos só integram em definitivo o patrimônio do donatário (*rectius*: beneficiário), quando o encargo for integralmente cumprido.

---

<sup>4</sup> Essa foi a definição dada pelo art. 25 da Lei Complementar n.º 101/2000, que apesar de ser de ano posterior à realização do Convênio em questão serve para conceituar o instituto.

Já a transferência compulsória se constitui em receita que ingressa nos cofres públicos sem nenhum encargo, livre e desembaraçado, sem nenhuma correspondência a dever ou obrigação com o ente repassador.

Nesse contexto, vê-se que na transferência voluntária, enquanto o encargo não for cumprido, permanece a competência dos órgãos de controle do ente transferidor, só se desincumbindo quando o encargo não mais existir, momento em que a competência passa para os órgãos de controle do ente beneficiado.

Já na transferência compulsória ou legal, normalmente, a competência sempre é do ente que recebe os recursos, não remanescendo nenhuma possibilidade de sujeição a fiscalização dos órgãos ligados ao ente que faz a transferência.

É exatamente nesse contexto que o art. 71, VI, da Constituição da República Federativa do Brasil estabelece ser da Competência do Tribunal de Contas da União (TCU) a fiscalização da aplicação de quaisquer recursos repassados pela União mediante convênio, acordo, ajuste ou outros instrumentos congêneres a Estado, ao Distrito Federal ou a Município. E no mesmo sentido prescreve o art. 116, V, da Constituição do Estado do Pará em relação ao Tribunal de Contas do Estado (TCE).

No que tange à competência para fiscalizar os recursos que integram de forma definitiva o patrimônio do ente beneficiado, porque decorre de obrigação

legal ou constitucional, a regra é a estabelecida no inciso II do art. 71 da CRFB para o TCU e 116, II, da CE para o TCE.

Desta forma, tem-se que, se a União fizer uma transferência voluntária para o estado do Pará, a competência de fiscalizar a aplicação desses recursos é dos órgãos de controle interno da União e do TCU até ser cumprido encargo estabelecido, em especial, o de prestar contas. De forma inversa se a transferência decorrer de lei ou da Constituição, como por exemplo os recursos previstos no art. 157 (Fundo de Participação dos Estados e Distrito Federal (FPE), 212 (Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e de Valorização do Magistério (FUNDEF)<sup>5</sup> etc., a competência já é, *ab initio*, dos órgãos de controle vinculados ao ente beneficiário da transferência.

Essas são as regras que devem pautar qualquer problema advindo de questões semelhantes às que se apresentam, as quais inclusive foram utilizadas pelo Superior Tribunal de Justiça na definição de competência jurisdicional para crimes decorrentes de desvio de verbas transferidas, nos seguintes termos:

*“COMPETE À JUSTIÇA FEDERAL PROCESSAR E JULGAR PREFEITO MUNICIPAL POR DESVIO DE VERBA SUJEITA A PRESTAÇÃO DE CONTAS PERANTE ORGÃO FEDERAL”* (STJ, Súmula 208.j. em 27/05/1998, DJ DATA:03/06/1998 PG:00068, RSTJ VOL.:00108 PG:00257, RT VOL.:00753 PG:00172, OJ. S3 - TERCEIRA SEÇÃO)

*“COMPETE À JUSTIÇA ESTADUAL PROCESSAR E JULGAR PREFEITO POR DESVIO DE VERBA TRANSFERIDA E INCORPORADA AO PATRIMÔNIO MUNICIPAL”* (STJ, Súmula 209, j. em 27/05/1998, DJ DATA:03/06/1998 PG:00068,

---

<sup>5</sup> Aproveita-se a oportunidade para se afirmar que o FUNDEF é uma TRANSFERÊNCIA OBRIGATÓRIA nos termos dos artigos 167, IV, e 212 da CRFB; art. 60 do ADCT e da Lei n.º 9.424/96.

RSTJ VOL.:00108 PG:00271, RT VOL.:00753 PG:00172, OJ. S3 - TERCEIRA SEÇÃO).

Como se percebe, essas são as matrizes a serem seguidas para definição de qualquer dúvida acerca de problemas de atribuições e competências jurisdicionais e dos órgãos de controles estatais.

Com efeito, no que concerne direta e especialmente à questão de levantamento de contas, o Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade de dispositivo de lei que transferia para os Tribunais de Contas dos Estados e equivalentes a competência para fiscalizar recursos decorrentes de transferências voluntárias da União, nos seguintes termos.

Ação direta de inconstitucionalidade. Impugnação da Lei nº 9.604, de 5 de fevereiro de 1998. - Quanto ao artigo 1º e seu parágrafo único da Lei em causa, são relevantes as alegações de ofensa ao artigo 71, VI, da Constituição Federal e de inconstitucionalidade do sistema de prestação de contas adotado por esse dispositivo legal. - No tocante ao artigo 2º da mesma Lei, a fundamentação jurídica invocada para a declaração de inconstitucionalidade dela não se apresenta, em exame compatível com o pedido de liminar, com a relevância suficiente para o deferimento deste. Pedido de liminar deferido em parte, para suspender "ex nunc" a eficácia do artigo 1º e seu parágrafo único da Lei federal nº 9.604, de 5 de fevereiro de 1998. (Destaque postos) (STF- ADI 1934 MC/DF, j. em 01/09/1999, DJ DATA-22-10-99 PP-00057 EMENT VOL-01968-01 PP-00155. OJ. Tribunal Pleno, Relator(a): Min. MOREIRA ALVES).

Esse entendimento serviu também para o Supremo Tribunal Federal considerar inconstitucionais dispositivos de normas federais que conferiam ao Tribunal de Contas da União competência para fiscalizar recursos decorrentes de transferências compulsórias aos demais entes federados, conforme se depreende da leitura abaixo:

O Tribunal deferiu mandado de segurança impetrado pelo Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro, contra decisão do Tribunal de Contas da União - que proclamara ser da competência exclusiva deste último a fiscalização da aplicação dos recursos

recebidos a título de royalties, decorrentes da extração de petróleo, xisto betuminoso e gás natural, pelos Estados e Municípios - e declarou a inconstitucionalidade do art.1º, inciso XI e do art.198, II, ambos do Regimento Interno do TCU e do art. 25, parte final, do Decreto 1/91. Considerou-se ser da competência do Tribunal de Contas estadual, e não do TCU, a fiscalização da aplicação dos citados recursos, tendo em conta que o art. 20, §1º da CF qualificou os royalties como receita própria dos Estados, Distrito Federal e Municípios, devida pela União àqueles a título de compensação financeira. Entendeu-se também, não se tratar, no caso, de repasse voluntário, não havendo enquadramento nas hipóteses previstas pelo art. 71, VI da CF que atribui ao Tribunal de Contas da União a fiscalização da aplicação de quaisquer recursos repassados pela União mediante convênio, acordo, ajuste ou outros instrumentos congêneres, a Estado, ao Distrito Federal ou a Município. MS 24.312-RJ, rel. Ministra Ellen Gracie, 19.2.2003. (MS-24312)" (Informativo n.º 298).

Como se percebe, esse raciocínio também é considerado pelas mais altas Cortes do país, para fins de definição de competência de órgãos jurisdicionais e de controle das atividades financeiras estatais.

Cabe nesse momento fazer uma ressalva para explicar que o alcance do art. 11 da Lei n.º 9.424/1996,<sup>6</sup> também está adstrita aos parâmetros traçados pela legislação e pela jurisprudência.

Nesses termos, a competência do TCU está adstrita ao cumprimento do art. 212 no que se refere às obrigações da União e às transferências voluntárias a outros entes da federação até o cumprimento dos encargos; será do TCE a fiscalização do cumprimento do art. 212, no que tange às suas obrigações com o ensino e às transferências voluntárias realizadas pelo estado do Pará a outros entes da federação até o cumprimento dos encargos; e, finalmente,

---

<sup>6</sup>Art. 11. Os órgãos responsáveis pelos sistemas de ensino, assim como os Tribunais de Contas da União, dos Estados e Municípios, criarão mecanismos adequados à fiscalização do cumprimento pleno do disposto no art. 212 da Constituição Federal e desta Lei, sujeitando-se os

segundo o mesmo raciocínio, será do Tribunal de Contas dos Estados ou do Município ou dos Conselhos ou Tribunais de Contas dos Municípios, onde houver, a competência para controlar o cumprimento das exigências expostas no mesmo artigo já citado, bem como de qualquer transferência voluntária feita a qualquer outro ente da federação até o adimplemento do encargo contraído em função do repasse.

Assim, conclui-se que não é competência do Tribunal de Contas do estado do Pará a fiscalização da aplicação de recursos oriundos de transferências compulsórias ao município de Altamira, incluindo-se as transferências decorrentes do FUNDEF, sob pena de ferir o pacto federativo.

Entretanto, fica ressalvado dessa regra o caso de intervenção estadual nos municípios por ato político do Governador, por descumprir o art. 212 na hipótese do artigo 35, III da CRFB, dependendo de representação fundamentada com pedido de intervenção realizada pelo Tribunal de Contas dos Municípios ou da Câmara Municipal, consoante prescreve o art. 85, II, da Constituição Estadual.

Desta feita, retornando ao tema sobre transferências governamentais, tem-se que *in casu* a competência é dos órgãos de controle do estado do Pará em caso de transferências voluntárias até o adimplemento dos encargos decorrentes da transferência. É dos órgãos de controle vinculados ao município de Altamira em caso de transferências compulsórias e após o adimplemento dos encargos nas transferências voluntárias.

---

Estados e o Distrito Federal à intervenção da União, e os Municípios à intervenção dos respectivos Estados, nos termos do art. 34, inciso VII, alínea e, e do art. 35, inciso III, da Constituição Federal.”

Em razão do exposto infere-se, em abstrato, que: 1) a competência para julgar ou fiscalizar questões advindas de transferências voluntárias até o adimplemento dos encargos decorrentes da transferência, ou seja, antes de se incorporar ao patrimônio do ente beneficiário, é dos órgãos de controle vinculados ao ente repassador ou dos órgãos jurisdicionais que tenham competência *ratione personae*; 2) a competência para julgar ou fiscalizar questões advindas de transferências compulsórias ou voluntárias após o adimplemento do encargo contraído, ou seja, após se incorporar ao patrimônio do ente beneficiário, é dos órgãos de controle vinculados ao ente beneficiado ou dos órgãos jurisdicionais que tenham competência *ratione personae*.

#### **4 MEDIDAS ADMINISTRATIVAS CABÍVEIS EM CASO DE PROBLEMAS DECORRENTES DO INADIMPLEMENTO DE OBRIGAÇÕES NO PROCESSO DE MUNICIPALIZAÇÃO**

##### **4.1 FISCALIZAÇÃO E DENÚNCIA DO CONVÊNIO E COMUNICAÇÃO AOS ÓRGÃOS DE CONTROLE DAS ATIVIDADES ESTATAIS**

a) A primeira medida administrativa que se revela óbvia é o exercício da fiscalização da fiel execução dos termos conveniados, conforme consta da Cláusula Nona, item 1.5, do Convênio n.º 02/98, que assim prescreve:

CLÁUSULA NONA:  
DAS RESPONSABILIDADES GERAIS:  
1. COMPETE À SEDUC:  
[...]  
1.5. Acompanhar e supervisionar, através de suas Diretorias, Assessorias e Unidades Regionais de Educação – URE's, a fiel execução do objeto deste convênio.

Além do mais, há de se observar que a responsabilidade de fiscalização da execução de convênio é exigência do art. 58, III, da Lei n.º 8.666/93, que se aplica aos convênios por força do art. 116 do mesmo diploma legal.

Em razão do exposto, infere-se que a primeira medida administrativa a ser tomada compete à SEDUC, no que tange à fiscalização da fiel execução do convênio, momento em que, verificada uma irregularidade, podem e devem os convenentes procurar todos os meios possíveis de solução dentro do âmbito de responsabilidade de cada interessado.

b) Em caso de descumprimento de qualquer cláusula conveniada e, ultrapassada a etapa anterior, pode o Estado do Pará denunciar o convênio como forma de fazer cessar a vigência do referido convênio.

Entretanto, essa questão parece complicada em razão da “transferência” de recursos humanos, pois na transferência realizada há vedação de retorno dos servidores cedidos.

Com efeito, a cláusula que veda o retorno aos quadros do estado do Pará dos servidores cedidos ao município de Altamira se mostra como incompatível com o instituto do convênio que por natureza pode ser a qualquer momento denunciado e extinto.

Contudo, no caso de denúncia e extinção do convênio, sugere-se seja a cessão de servidores realizada por meio de portaria estipulando as regras que

se entenderem cabíveis, desvinculando o convênio dos efeitos de tal cessão, para posterior extinção.

Outra questão que se mostra perturbadora é prazo de vigência do Convênio em relação à “transferência” de recursos humanos, uma vez que não se restringe ao prazo de vigência do Convênio para os casos de transferências voluntárias de recursos financeiros.

Nesse sentido, a melhor interpretação seria nesse caso adotar o prazo com a característica de *certus an* e *incertus quando*, evidenciando que a vigência do contrato ocorreria para a “transferência” de recursos humanos até o último servidor cedido se desvincular da atividade laboral.

Para se adotar esse entendimento, há de se compatibilizar ou afastar a regra do art. 57, inciso II, que estipula o prazo máximo de 60 (sessenta) meses de vigência dos contratos, prorrogável por mais 12 (doze) meses; e a regra do § 3º da Lei n.º 8.666/93, que veda o contrato com prazo de vigência indeterminado, já que as regras atinentes aos contratos se aplicam aos convênios, no que couber, por força do art. 116 da Lei n.º 8.666/93.

No que concerne aos dispositivos em questão, entendo não se aplicarem a convênios que não dependem de recursos orçamentários, como é o caso da “transferência” de recursos humanos em que o ônus é do município de Altamira e não do estado do Pará.

Entretanto, como forma de compatibilização, poder-se-ia estipular prazo razoável nos termos dos dispositivos em comento, prorrogando-se

sucessivamente o termo final até a extinção total dos efeitos decorrentes das obrigações contraídas das cláusulas do Convênio em epígrafe.

c) Outra atitude que pode ser tomada pelo estado do Pará é comunicação aos órgãos de controles estatais das possíveis irregularidades ocorridas na execução do convênio por parte do município de Altamira, pois o cumprimento das regras do art. 212, além de ensejar uma série de medidas administrativas e judiciais, é condição para transferência de recursos financeiros, conforme dispõe o § 6º do art. 87 da Lei de Diretrizes e Bases da Educação (Lei nº 9.394/96), *in verbis*:

Art.  
87.....  
[...]  
§ 6º. A assistência financeira da União aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, bem como a dos Estados a seus Municípios, ficam condicionadas ao cumprimento do art. 212 da Constituição Federal e ao cumprimento dos dispositivos legais pertinentes pelos governos beneficiados (Destaques não constantes do texto legal).

Nesse diapasão, sugere-se a comunicação de qualquer irregularidade na execução do convênio em epígrafe aos seguintes órgãos, conforme o caso: aos Parlamentos Estadual e Municipal; aos Ministérios Públicos Federal e Estadual; aos Tribunais de Contas do Estado e dos Municípios; ao Conselho Estadual do FUNDEF; e aos órgãos de controle interno da União, do estado do Pará e do município de Altamira, se houver, para que adote as medidas administrativas ou judiciais que julgarem cabíveis.

#### 4.2 LEVANTAMENTO DE CONTAS

A primeira solução que vem à mente em nível administrativo, após utilização dos meios normais de solução do impasse, é a utilização dos instrumentos de levantamento de contas, para solucionar problemas decorrentes da transferência de recursos, seja voluntária, seja obrigatória.

Antes de fazer qualquer conclusão acerca do instrumento adequado para utilizar em caso de omissão de prestação de contas do município de Altamira, pede-se vênia para tecer algumas considerações sobre o instituto do levantamento de contas.

O controle do orçamento público se processa pela atuação dos controles interno e externo mediante análise e instrução do processo de levantamento de contas, o qual tem como espécies a prestação e tomada de contas.

Nesse sentido, conforme determinação do parágrafo único do art. 70 da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB),<sup>7</sup> quem quer que utilize, guarde ou gerencie bens, valores e dinheiros públicos terá de justificar seu emprego na conformidade da Constituição, das Leis, Regulamentos e normas emanadas das autoridades administrativas.

Seguindo essa orientação, tem-se que prestação de contas é o procedimento pelo qual o responsável está obrigado, dentro dos prazos fixados e por iniciativa pessoal, a comprovar perante o órgão competente o uso, o emprego

---

<sup>7</sup> “Art. 70...**Parágrafo único.** Prestará contas qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assuma obrigações de natureza pecuniária.”

ou movimentação dos bens, numerários e valores que lhe foram entregues ou confiados.<sup>8</sup>

Já a tomada de contas consiste no levantamento organizado pelo serviço de contabilidade, baseado na escrituração dos atos e fatos praticados na movimentação de créditos orçamentários, recursos financeiros e outros bens públicos, por um ou mais responsáveis pela gestão financeira e patrimonial a cargo de uma unidade administrativa e seus agentes, em determinado exercício ou período de gestão. A tomada de contas ocorre nos casos em que a legislação não obriga o responsável à modalidade de prestação de contas, ou, quando esta é exigida, o responsável não a cumpra.<sup>9</sup>

Com efeito, a diferença básica entre a prestação e a tomada de contas consiste em que, na primeira, é o próprio ordenador de despesa que faz o levantamento das contas, enquanto na segunda o levantamento é feito por um órgão, ente ou setor *extraneus* ao ordenador de despesa.

É de se observar, ainda, que a prestação e a tomada de contas também são subdivididas em espécies.

A prestação de contas pode ser ANUAL e EXTRAORDINÁRIA. A prestação de contas ANUAL é elaborada ao final do exercício financeiro, enquanto que a EXTRAORDINÁRIA é elaborada quando ocorrer a extinção, fusão, incorporação, transformação, liquidação ou privatização de entidades da

---

<sup>8</sup> SILVA, Lino Martins da. *Contabilidade Governamental: um enfoque administrativo*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1996. p. 310.

<sup>9</sup> *Op. Cit.*, p. 314.

administração indireta, inclusive as fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público.

No mesmo sentido, a tomada de contas pode ser ANUAL, EXTRAORDINÁRIA e, divergindo da classificação anterior, ESPECIAL.

A tomada de contas ANUAL é levantada ao final do exercício financeiro; a EXTRAORDINÁRIA é levantada quando ocorrer a extinção, dissolução, transformação, fusão ou incorporação de unidade gestora ou órgão; a ESPECIAL é levantada pelos órgãos ou entidades diversas *extraneus* ao ordenador de despesa, que ocorreu desfalque, desvio de bens, ou outra irregularidade de que resulte prejuízo para a Fazenda Pública, ou quando se verificar que determinada conta não foi prestada pelo responsável pela aplicação dos recursos públicos, no prazo e na forma fixados.

Em que pese a existência da classificação feita para tomada de contas, entendo não existir as tomada de contas anual e extraordinária. E, faço essa afirmação com fulcro nos artigos 70, parágrafo único e 84, XXIV da CRFB, que prescreve a obrigação de prestar contas, inclusive quanto ao Presidente da República, sem deixar margem de dúvida quanto à existência de pessoa que possa estar desobrigada a prestar contas.

Entretanto, concordo com a existência da tomada de contas especial, pois a própria Constituição previu tal mecanismo, em caso de omissão de prestar contas ou “de extravio, perda ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário”, conforme se pode concluir da leitura dos artigos 51, II, e 71, II, *in fine*.

Porém, como já está assente esse entendimento, deixo como hábil a classificação acima exposta.

É de bom alvitre relembrar que a explicação foi realizada exclusivamente para fins de melhor entendimento, pois o instituto a ser utilizado em qualquer problema decorrente da aplicação dos recursos transferidos voluntária ou obrigatoriamente, seria a tomada de contas especial, seja pelos órgãos de controle do estado do Pará (transferências voluntárias), seja pelos órgãos de controle Municipal (transferências compulsórias).

O instituto da tomada de contas especial está previsto no art. 33 da Lei Complementar Estadual n.º 12/93<sup>10</sup> e nos incisos XVI e XVII do art. 5º<sup>11</sup> da Lei Estadual n.º 6.176/98, alterada pela Lei n.º 6.275/99,<sup>12</sup> seguindo os procedimentos constantes da Instrução Normativa TCU n.º 013 de 04/12/96, por expressa inteligência do art. 88 da mesma Lei Complementar, a qual remete subsidiariamente à legislação do Tribunal de Contas da União os casos não regulados pelas normas do estado do Pará acerca do assunto.

Entretanto, deve-se alertar que a tomada de contas especial é medida de exceção, só sendo justificada quando não for possível a solução dos

---

<sup>10</sup> Em Relação ao Tribunal de Contas da União a Tomada de Contas Especial é regulada pelo art. 8º e §§ da Lei Federal n.º 8.443/93 e no que concerne ao Tribunal de Contas dos Municípios do Estado do Pará pelos art. 45 e §§ e 83 da Lei Complementar Estadual n.º 25/94.

<sup>11</sup> “Art. 5º - A Auditoria-Geral do Estado, órgão ligado diretamente ao Chefe do Poder Executivo, tem as seguintes atribuições:”

[...]

XVI - cientificar formalmente a autoridade administrativa competente, para que instaure tomada de contas, sempre que for constatada ilegalidade ou irregularidade;

XVII - realizar tomada de contas especial, quando as medidas do inciso XVI não surtirem eficácia, pronunciando-se sempre sobre os resultados obtidos.”

problemas via procedimento de rotina, isso é o que determina o parágrafo único do art. 1º da Instrução Normativa TCU n.º 013 de 4/12/96.

Esse alerta se revela necessário por força do princípio da economicidade insculpido no art. 70 da CRB, pois a SEDUC tem o dever de fiscalizar a fiel execução do convênio, nos termos da Cláusula Nona item 1.5 do Convênio em epígrafe, momento em que possíveis falhas podem ser sanadas.

Com efeito, é sabido que a responsabilidade dos atos inerentes à gestão da SEDUC é do gestor máximo, sendo esta responsabilidade ilidida com a instauração da tomada de contas especial – TCE – a que se refere o art. 33 da Lei Complementar n.º 12/93 c/c o artigo 5º, incisos XVI e XVII da Lei Estadual n.º 6.176/98, alterada pela Lei n.º 6.275/99.

O Regimento Interno do E. Tribunal não regulamentou a matéria tampouco precisava, visto que, consoante já afirmado, tanto o art. 88 da Lei Complementar Estadual n.º 12/93, quanto o próprio Regimento Interno do Tribunal de Contas do Estado do Pará (RITCE/PA) no art. 281 remetem à legislação do TCU os casos omissos na legislação estadual concernente ao assunto. Com efeito, a matéria é regulada pela Instrução Normativa TCU n.º 013 de 4/12/96.

Logo, há de se inferir que a forma de sanar as falhas em questão seria mediante a instauração do procedimento determinado no art. 33 da Lei Orgânica da Corte de Contas Estadual e no artigo 5º XVI da Lei da Auditoria Geral do estado do Pará, pautada nos procedimentos da citada resolução do TCU.

---

<sup>12</sup> Lei que institui o Sistema de Controle Interno, cria a Auditoria-Geral do Estado no âmbito do Poder Executivo.

No âmbito do controle externo estadual, a tomada de contas realizada diretamente pelo TCE/PA ocorre quando os responsáveis sujeitos a modalidade de prestação de contas pelo RITCE/PA, por algum motivo não a tenham feito dentro do prazo legal (Art. 158 RITCE/PA).

A tomada de contas, nesses casos, é autorizada pela Presidência do TCE/PA, dentro do prazo de 30 dias após vencido o prazo para ingresso das contas no Tribunal. E o levantamento das contas será feito pelo Departamento de Controle Externo à vista dos documentos e de outros elementos colhidos pelo Tribunal, bem como das informações contidas em seu banco de dados. O encerramento da instauração processual da tomada de contas será de 90 dias, a contar da data do despacho do Presidente ( Arts. 160, 161 e 162 do RITCE/PA).

Feitas as observações legislativas acerca do tema, vislumbra-se *prima facie* certa confusão, pois segundo o art. 33 da Lei Complementar Estadual n.º 12/93 c/c o art. 5º, XVI da Lei Estadual n.º 6.176/98, alterada pela Lei n.º 6.275/99, quem deve levantar as contas é a autoridade administrativa competente, sob pena de responsabilidade solidária, ou seja, o ordenador de despesa, que é a autoridade obrigada a prestar contas.

De acordo com o mesmo art. 5º, mais inciso XVII da Lei de criação da Auditoria Geral do Estado (AGE), cabe a esta a incumbência de levantar as contas caso a autoridade administrativa competente não as levante. Já em

conformidade com os artigos 156 a 162 do RITCE/PA, compete à Corte de Contas do Estado proceder a tal levantamento.

Assim, questiona-se, quem na verdade tem competência para levantar as contas? Há incompatibilidade legislativa no tratamento do assunto no âmbito do estado do Pará? A resposta ao primeiro questionamento, a meu ver, parece ser a ordem explicada acima, ou seja, a competência é do ordenador de despesa, da Auditoria Geral e do Tribunal de Contas do Estado do Pará, exatamente nessa ordem em caso de falha sucessiva dos órgãos responsáveis até o Tribunal de Contas do Estado do Pará que é o órgão máximo nessa questão. Com esse raciocínio, responde-se negativamente ao segundo questionamento.

Em razão do exposto, infere-se que: no que concerne às transferências voluntárias de recursos financeiros, cabe inicialmente ao Gestor do ente federal beneficiário (município de Altamira) a obrigação de prestar contas da aplicação dos recursos repassados do tesouro do estado do Pará.

Entretanto, se houver qualquer irregularidade que cause dano ao erário do estado do Pará, por meio de transferência voluntária, ou omissão no dever de prestar contas cabe à SEDUC, à AGE e ao TCE, sucessiva e prejudicialmente levantar as contas do Município faltante.

Já no que tange às transferências compulsórias de recursos financeiros, como é o caso do FUNDEF, o caso deve ser regulado pelo Tribunal de Contas dos Municípios, na forma disposta no art. 45 e §§ da Lei complementar Estadual n.º 25/94 e pela legislação de cada Município, conforme o caso.

E, por último, cabe relembrar que o processo de prestação e tomada de contas é objeto de julgamento pelas Cortes de Contas, conforme prescreve o art. 71, II, da CRFB e 116, II, da CE/89, em que, após o julgamento, se for apurada qualquer responsabilidade patrimonial, deve-se proceder à execução judicial dos respectivos valores apurados, pois tais decisões se constituem em título executivo extrajudicial, conforme prescreve o art. 71, § 3º, da CRFB,<sup>13</sup> o qual foi repetido no art. 116, § 3º da Constituição do Estado de 1989, por força do art. 75 da mesma Carta Magna de 1988.

## **5 MEDIDA POLÍTICA CABÍVEL EM CASO DE PROBLEMAS DECORRENTES DE INADIMPLEMENTO DE OBRIGAÇÕES NO PROCESSO DE MUNICIPALIZAÇÃO**

Em caso de descumprimento do mínimo a ser aplicado no ensino, nos termos do art. 212 da CRFB, cabe representação fundamentada da Câmara Municipal de Altamira ou do Tribunal de Contas dos Municípios para fins de solicitação de intervenção do estado do Pará no município de Altamira, nos termos dos artigos 35, III da Carta Magna c/c os artigos 84, III e 85, I da Constituição do Estado do Pará de 1989.

Para desempenhar esse desiderato, deve ser oficiado ao Parlamento Municipal de Altamira e ao Tribunal de Contas dos Municípios para fins de

---

<sup>13</sup> “Art. 71....

[...]

§ 3º. As decisões do Tribunal de que resulte imputação de débito ou multa terão eficácia de título executivo.”

verificação da violação dos dispositivos em comento e posterior formulação fundamentada da representação exigida pela Constituição do Estado.

Adotadas essas medidas cabe ao Chefe do Poder Executivo Estadual decretar a intervenção requerida, a qual será apreciada pela Assembléia Legislativa nos moldes do art. 85, § 3º da Constituição do Estado do Pará de 1989.

## **6 MEDIDAS JUDICIAIS CABÍVEIS EM CASO DE PROBLEMAS DECORRENTES DO INADIMPLEMENTO DE OBRIGAÇÕES NO PROCESSO DE MUNICIPALIZAÇÃO**

Sob a ótica judicial, o estado do Pará pode tomar uma série de medidas para fazer cumprir as obrigações decorrentes do convênio em questão. Nesse diapasão, serão elencadas algumas medidas judiciais que poderão ser aplicados na inexecução do convênio em epígrafe, porém tal elenco não tem o condão de exaurir as possibilidades de manejo das ações judiciais cabíveis à espécie.

a) A primeira delas já foi indicada nos pareceres anteriores, que é a propositura de ação de improbidade administrativa, seja por esta Procuradoria Geral, seja pelo Ministério Público do Estado, conforme dispõe o art. 17 da Lei Nacional n.º 8.429/92, que assim dispõe:

Art. 17. A ação principal, que terá o rito ordinário, será proposta pelo *Ministério Público ou pela pessoa jurídica interessada*, dentro de trinta dias da efetivação da medida cautelar (Destaque postos).

Para que se adote essa medida pela Procuradoria Geral do Estado, faz-se mister analisar os descumprimentos realizados em face das hipóteses de cabimento da Lei n.º 8.429/92.

b) Outra medida judicial que pode ser adotada por esta Procuradoria Geral do Estado é a propositura de ação de obrigação de fazer com fulcro no art. 461 do Código de Processo Civil com as cominações e meios coercitivos inerentes às tutelas específicas, em especial, as medidas expostas no § 5º do artigo em comento.

Com essa medida o estado do Pará pode interferir em prol dos servidores cedidos de forma reflexa, pois exigindo o cumprimento dos termos do convênio, o Município será obrigado a efetuar o pagamento dos vencimentos dos servidores cedidos no processo de Municipalização.

c) Cabe, ainda, fazer referência que descabe a propositura de ação de prestação de contas, por falta de interesse de agir, conforme abaixo será exposto.

A tutela jurisdicional só funciona se provocada, conforme dispõe o art. 2º do CPC. Entretanto, para que essa provocação seja existente ou válida, faz-se necessário uma série de requisitos processuais e de condições de provimento final.

Dentre as condições para o exercício do poder de ação, ou seja, de provocação da tutela jurisdicional, está o interesse processual para agir, que é representado pelo binômio “interesse-necessidade” e “interesse-adequação”, pois

o Estado-Juiz não pode exercer suas atividades senão quando esta atuação se revele absolutamente necessária.

Nesse sentido é a posição do ilustre jurista Alexandre Freitas Câmara, no que concerne às condições da ação (*rectius*: condições de provimento final):

o interesse de agir é verificado pela presença de dois elementos, que fazem com que esse requisito do provimento final seja verdadeiro binômio: 'necessidade de tutela jurisdicional' e 'adequação do provimento pleiteado'. Fala-se, assim, em 'interesse-necessidade' e em 'interesse-adequação'. A ausência de qualquer dos elementos componentes deste binômio implica ausência do próprio interesse de agir (Destaque nosso).<sup>14</sup>

Mostra-se evidente, no presente caso, a ausência do primeiro elemento do interesse de agir, qual seja, a necessidade de tutela jurisdicional, pois o Tribunal de Contas e os órgãos de controle interno do estado do Pará podem de ofício levantar as contas dos responsáveis sem necessidade de recorrer à tutela jurisdicional.

Com efeito, vê-se que o gestor tem obrigação de prestar contas e, se assim não proceder, cabe aos órgãos de controle interno do Estado e do Município, bem como, ao próprio Tribunal de Contas da União, do Estado e dos Municípios, conforme o caso, proceder ao levantamento das contas (*rectius*: tomada de contas especial) de forma auto-executória, sem necessidade de interferência do Poder Judiciário.

Nesse sentido, cabe aqui alertar que a gestão de recursos públicos é de interesse indisponível, o que cabe fazer um paralelo com o princípio da indisponibilidade processual, que é regido pela regra da oficialidade, a qual se

desdobra na existência de uma autoridade pública e na oficiosidade, que representa o poder de agir de ofício.<sup>15</sup>

No caso do controle dos gastos públicos os Tribunais de Contas atuam como essa autoridade pública, na forma do 71, VI c/c o art. 75 da CRFB, que no caso do Tribunal de Contas do Estado do Pará está prescrito no art. 116, V, da Constituição do Estado de 1989. No mesmo sentido é a regra da oficiosidade, pois os Tribunais de Contas podem agir de ofício, consoante prescreve o art. 71, IV c/c o art. 75 do Texto Constitucional, que se repetiu em relação ao estado do Pará no art. 116, IV, da Carta paraense.

Assim, se os órgãos de controle externo podem, inclusive, tomar as contas daqueles que obrigados a prestar não o fizeram, não há necessidade de recorrer ao Poder Judiciário para se desempenhar essa função, pela simples razão de que os órgãos de controle podem fazer prescindindo do Poder Judiciário.

É de se notar que essas razões independem da discussão acerca da natureza jurídica dos Tribunais de Contas, pois as atribuições por eles exercidas nesse caso não recaem sobre essa celeuma.

Por via de consequência, também, não cabe ao Tribunal de Contas do Estado a propositura da referida Ação de Prestação de Contas, pois, consoante já asseverado ele mesmo tem os elementos necessários para desempenhar esse

---

<sup>14</sup> CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. 7. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2002. V. I. p. 111.

<sup>15</sup> GRINOVER, Ada Pelegrini et alli. *Teoria Geral do Processo*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 64.

desiderato. *Ad argumentandum*, mesmo que se admitisse a viabilidade da propositura da referida ação, não poderia o Tribunal de Contas propô-la, mas, sim, a Procuradoria Geral do Estado *ex vi* do art. 132 da CRFB e do art. 187 da Constituição do Estado de 1989, que conferem a este órgão o poder de representação judicial do Estado.

Assim sendo, torna-se perceptível o não cabimento da ação de prestação de contas em casos de competência dos Tribunais de Contas.

Porém, em que pese o raciocínio até aqui desenvolvido, deve-se registrar que há posições em sentido contrário, em especial do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, para os casos de desmembramento de municípios, conforme se depreende do aresto abaixo:

APELAÇÃO CÍVEL. BAGÉ. AÇÃO DE PRESTAÇÃO DE CONTAS. OBRIGAÇÃO DO MUNICÍPIO DESMEMBRADO A PRESTAR CONTAS DA ADMINISTRAÇÃO DO NOVO MUNICÍPIO ATÉ SUA INSTALAÇÃO. PRELIMINAR REJEITADA. PODE O JUDICIÁRIO DECLARAR A OBRIGAÇÃO DE PRESTAR CONTAS SEM VIOLAR A COMPETÊNCIA CONSTITUCIONAL DO TRIBUNAL DE CONTAS. O MUNICÍPIO DE HULHA NEGRA, EMANCIPADO EM 24 DE MARCO DE 1992 TEM O DIREITO DE POSTULAR PRESTAÇÃO DE CONTAS, DA ADMINISTRAÇÃO REALIZADA PELO MUNICÍPIO DE BAGÉ, ATÉ SUA INSTALAÇÃO. RECURSO ADESIVO NÃO CONHECIDO POR INTEMPESTIVO. APELAÇÃO DESPROVIDA. RECURSO ADESIVO NÃO CONHECIDO. SENTENÇA CONFIRMADA EM REEXAME. (9 FLS.) (APELAÇÃO CÍVEL Nº 598385458, QUARTA CÂMARA CÍVEL, TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RS, JULGADO EM 15/12/1999, OJ. QUARTA CÂMARA CÍVEL, RELATOR: VASCO DELLA GIUSTINA).

Com efeito a jurisprudência dominante do Superior Tribunal de Justiça é no sentido do raciocínio desenvolvido, ou seja, da inviabilidade de propositura da ação em comento, nos seguintes termos:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE PRESTAÇÃO DE CONTAS CONTRA EX-PREFEITO. CONVÊNIO ENTRE ESTADO E MUNICÍPIO. CARÊNCIA DA AÇÃO. COMPETÊNCIA. TRIBUNAL DE CONTAS.

*I - É pacífica a jurisprudência desta colenda Corte, no sentido de que compete ao Tribunal de Contas o processo e o julgamento da ação de prestação de contas contra ex-prefeito, não cabendo ao Poder Judiciário tal mister, ex vi do artigo 71, c/c o artigo 75, ambos da CF/88. II - Recurso especial improvido. (STJ – RESP 200347/ RO, j. em 22/04/2003, DJ DATA:23/06/2003 PG:00243, OJ. 1ª T, Rel. Min. FRANCISCO FALCÃO).*

PROCESSO CIVIL - AÇÃO DE PRESTAÇÃO DE CONTAS: IMPROPRIEDADE. 1. O Prefeito Municipal presta suas contas ao Tribunal de Contas do Município. 2. Extinção do processo por carência de ação. 3. Recurso improvido. (STJ – 225381 / PR, j. em 07/03/2002, DJ DATA:22/04/2002 PG:00186, OJ. 2ª T, Rel. Min. ELIANA CALMON).

Diferente, também, não é o entendimento do Supremo Tribunal Federal, em sede de decisão monocrática, que acolheu a tese ora exposta, *in verbis*:

*Despacho. DECISÃO PRESTAÇÕES DE CONTAS - DIREITO PÚBLICO - ACESSO AO JUDICIÁRIO. 1. O Tribunal de Justiça do Estado do Amapá manteve sentença que implicara o indeferimento da inicial e a extinção do processo sem julgamento de mérito, ante fundamentos assim sintetizados: PROCESSUAL CIVIL - Ação de prestação de contas movida pelo Estado contra Município - Repasse de verbas através de convênio - Competência do Tribunal de Contas do Estado - Aplicação do art. 112, inc. VI, da Constituição Estadual - 1) Nos termos do art. 112, inc. VI, da Constituição Estadual, compete ao Tribunal de Contas do Estado fiscalizar e julgar a aplicação de quaisquer recursos repassados pelo Estado, em razão de convênios, aos municípios - 2) Não pode o Estado exigir do Judiciário a realização de atividade que compete exclusivamente à Corte de Contas e à Assembléia Legislativa (folha 29). No extraordinário cujo trânsito almeja, interposto com alegada base na alínea "a" do permissivo constitucional, o estado do Amapá articula com o malferimento do inciso XXXV do artigo 5º da Carta Política da República. Aduz que a competência do Tribunal de Contas é limitada à averiguação do acerto das contas, não se confundindo com decisão judicial e, portanto, não revestindo a conclusão do Órgão da autoridade da coisa julgada. Vai além, ressaltando haver constituído negativa de prestação jurisdicional a recusa do Judiciário, a quem cabe apreciar o conflito de interesses resultante do convênio firmado entre os interessados, em julgar a ação (folha 41 à 44). O Juízo*

primeiro de admissibilidade disse da falta de prequestionamento da matéria, salientando também que não ficou demonstrada analiticamente a violência ao preceito indicado (folha 50 à 52). Conforme certificado à folha 57, o Agravado não apresentou contraminuta. 2. Na interposição deste agravo, foram observados os pressupostos de recorribilidade que lhe são inerentes. A peça, subscrita por procuradora do Estado e acompanhada dos documentos previstos no artigo 544, § 1º, do Código de Processo Civil, restou protocolada no prazo em dobro a que tem jus o Agravante. As regras civilistas disciplinadoras da prestação de contas sofre substancial mitigação em se tratando de relação jurídica de direito público. É justamente isso que ocorre na espécie dos autos. O estado do Amapá buscou a prestação de contas, tendo em vista convênio firmado com o Município de Amapá, relativamente aos recursos por este recebidos para aquisição de material de educação, saúde e higiene destinado a escolas públicas municipais e estaduais nele situadas. O Agravante açãoou, de imediato, o Judiciário e pediu mais que, não oferecendo impugnação ou se negando a prestar as contas pretendidas, o Município fosse condenado a fazê-lo no prazo de quarenta e oito horas, sendo que, apurado o débito, viesse a consubstanciar título executivo. *Bem andou o Tribunal de origem ao sinalizar a existência da Corte de Contas estadual. Trata-se de hipótese a ser equacionada, de início, sem a participação do Judiciário. É o que decorre da Carta da República, no que contém preceito de observância obrigatória, como foi, nos Estados - artigo 75. Por tais razões, não se pode assentar a transgressão à garantia constitucional asseguradora do livre acesso ao Judiciário.* 3. Conheço do pedido formulado neste agravo, mas a ele não acolhida. 4. Publique-se. (destaques insertos) (STF – AI 287470/AP, j. em 19/02/2001, DJ DATA-08/05/2001 P - 00118 Rel. Min. MARCO AURÉLIO).

Para se buscar melhor definição das atribuições do Controle Parlamentar Externo Financeiro, peço vênia para transcrever um aresto do Superior Tribunal de Justiça que bem resume o assunto, *in verbis*:

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. CONTROLE EXTERNO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. ATOS PRATICADOS POR PREFEITO, NO EXERCÍCIO DE FUNÇÃO ADMINISTRATIVA E GESTORA DE RECURSOS PÚBLICOS. JULGAMENTO PELO TRIBUNAL DE CONTAS. NÃO SUJEIÇÃO AO DECISUM DA CÂMARA MUNICIPAL. COMPETÊNCIAS DIVERSAS. EXEGESE DOS ARTS. 31 E 71 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. Os arts. 70 a 75 da Lex Legum deixam ver que o controle externo – contábil, financeiro, orçamentário, operacional e patrimonial – da administração pública é tarefa atribuída ao *Poder Legislativo* e ao

*Tribunal de Contas. O primeiro, quando atua nesta seara, o faz com o auxílio do segundo que, por sua vez, detém competências que lhe são próprias e exclusivas e que para serem exercitadas independem da interveniência do Legislativo. O conteúdo das contas globais prestadas pelo Chefe do Executivo é diverso do conteúdo das contas dos administradores e gestores de recurso público. As primeiras demonstram o retrato da situação das finanças da unidade federativa (União, Estados, DF e Municípios). Revelam o cumprir do orçamento, dos planos de governo, dos programas governamentais, demonstram os níveis de endividamento, o atender aos limites de gasto mínimo e máximo previstos no ordenamento para saúde, educação, gastos com pessoal. Consubstanciam-se, enfim, nos Balanços Gerais prescritos pela Lei nº 4.320/64. Por isso, é que se submetem ao parecer prévio do Tribunal de Contas e ao julgamento pelo Parlamento (art. 71, I c./c. 49, IX da CF/88). As segundas – contas de administradores e gestores públicos, dizem respeito ao dever de prestar (contas) de todos aqueles que lidam com recursos públicos, captam receitas, ordenam despesas (art. 70, parágrafo único da CF/88). Submetem-se a julgamento direto pelos Tribunais de Contas, podendo gerar imputação de débito e multa (art. 71, II e § 3º da CF/88). Destarte, se o Prefeito Municipal assume a dupla função, política e administrativa, respectivamente, a tarefa de executar orçamento e o encargo de captar receitas e ordenar despesas, submete-se a duplo julgamento. Um político perante o Parlamento precedido de parecer prévio; o outro técnico a cargo da Corte de Contas. Inexistente, “in casu”, prova de que o Prefeito não era o responsável direto pelos atos de administração e gestão de recursos públicos inquinados, deve prevalecer, por força ao art. 19, inc. II, da Constituição, a presunção de veracidade e legitimidade do ato administrativo da Corte de Contas dos Municípios de Goiás. Recurso ordinário desprovido. (Destques Postos) (STJ ROMS – 11060/GO, j. em 25/06/2002, DJ DATA:16/09/2002 PG:00159, OJ. 2ª T, Rel. Min. LAURITA VAZ, Rel. do Acórdão Min. PAULO MEDINA).*

Em razão do exposto, sou de parecer pela inviabilidade da propositura

da Ação de Prestação de Contas nos termos 914 a 919 do Código de Processo Civil, por falta de interesse processual.

d) Deve-se ressaltar que o descabimento da ação de prestação de contas não elide a hipótese de propositura de ação ordinária de reparação de

danos, pois não se confunde com o levantamento de contas do ordenador de despesa, conforme já decidiu o Supremo Tribunal Federal.

*COMPETÊNCIA - AÇÃO ORDINÁRIA DE REPARAÇÃO DE DANOS - PREFEITO. Em se tratando de ação ordinária de reparação de danos, a competência para julgá-la é do Juízo. PREFEITO - PRESTAÇÃO DE CONTAS X RESPONSABILIDADE CIVIL - Descabe confundir a tomada de contas do Prefeito, a cargo do tribunal de contas competente e da Câmara Municipal, com ação ordinária visando a responsabilizá-lo por danos causados. (STF - RE 179852 / MG, j. em 21/11/2000, DJ DATA-04-05-01 PP-00035 EMENT VOL-02029-04 PP-00847, OJ. 2ª T, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO).*

Em face do exposto, tem-se que a última medida judicial sugerida é a ação ordinária de reparação de danos, em caso de prejuízos sofridos pelo estado do Pará na execução do convênio em tela.

e) E, por último, caso os Tribunais de Contas (Estado ou Municípios) já tenham julgado o possível dano, apurado em processo de levantamento de contas, cabe à Procuradoria Geral do Estado ou quem tiver a representação judicial dos Municípios, propor ação de execução com base na decisão das Cortes de Contas, com fulcro no art. 71, § 3º da CRFB, que foi repetido no art. 116, § 3º, da Constituição do Estado de 1989, por força do art. 75 da Carta Magna de 1988

## **CONCLUSÃO**

Em face das razões expostas e considerando a ausência de elementos para definir em concreto a situação do município de Altamira, é possível extrair as seguintes conclusões acerca da questão em análise:

a) QUANTO AO PROCESSO DE MUNICIPALIZAÇÃO:

- a.1) o processo de redistribuição do ensino fundamental proposto pela Emenda Constitucional n.º 14/96 é constitucional, conforme já decidiu o STF;
- a.2) no processo de municipalização do ensino fundamental pode ser utilizado o instrumento denominado convênio para transferir recursos, humanos e materiais, e encargos financeiros, conforme prescreve os artigos 211, § 4º, e o art. 241 da CRFB e o art. 3º, § 9º, da Lei n.º 9.424/96;
- a.3) os serviços públicos de educação, concernentes ao ensino fundamental, podem ser financiados com recursos próprios do Município decorrentes de receitas de impostos, de transferências compulsórias etc., e por meio de transferências voluntárias, decorrentes de convênios para assegurar a gestão associada ou compartilhada até que o Município tenha condição de atuar com seus próprios recursos no atendimento a essa necessidade pública;
- a.4) cada matéria transferida (recursos humanos, materiais e financeiros) segue regime jurídico próprio, mesmo que tenham algum ponto de contato (o processo de municipalização);
- b) QUANTO À “TRANSFERÊNCIA” DE RECURSOS HUMANOS:

b.1) o servidor continua sendo servidor público estadual, em que pese não ser dele o ônus pela remuneração e encargos sociais;

b.2) permanece o vínculo previdenciário com instituto de previdência próprio do estado do Pará, de vez que os benefícios decorrentes de idade avançada, doença etc, continuam a ser coberto pelo sistema de previdência do Estado, na forma da Cláusula Nona, item 3 e 4 do Convênio, devendo o instituto de previdência cobrar as contribuições sociais que incidem sobre o pagamento da remuneração, inclusive com as prerrogativas e privilégios inerentes ao crédito tributário;

b.3) o ônus pelo pagamento das verbas remuneratórias e encargos sociais fica a cargo do município de Altamira, já que é dele a responsabilidade para processar essa obrigação, bem como, será ele (município de Altamira) que será o ente federal a receber do FUNDEF os recursos para tal desiderato, ressalvadas as hipóteses descritas na Cláusula Nona, item 1.3, que prescreve casos de responsabilidade do estado do Pará;

b.4) permanecem válidas as obrigações decorrentes do convênio para o estado do Pará, por meio da SEDUC

(Cláusula Nona, item 1) e por meio da SEAD (Cláusula Nona, item 2), bem como, do instituto de previdência do Estado (Cláusula Nona, item 3).

c) QUANTO À COMPETÊNCIA DOS ÓRGÃOS DE CONTROLE:

c.1) a competência para julgar ou fiscalizar questões advindas de transferências voluntárias até o adimplemento dos encargos decorrentes da transferência, ou seja, antes de se incorporar ao patrimônio do ente beneficiário, é dos órgãos de controle vinculados ao ente repassador ou dos órgãos jurisdicionais que tenham competência *ratione personae*;

c.2) a competência para julgar ou fiscalizar questões advindas de transferências compulsórias ou voluntárias após o adimplemento do encargo contraído, ou seja, após se incorporar ao patrimônio do ente beneficiário, é dos órgãos de controle vinculados ao ente beneficiado ou dos órgãos jurisdicionais que tenham competência *ratione personae*.

d) QUANTO ÀS MEDIDAS ADMINISTRATIVAS CABÍVEIS  
EM CASO DE INADIMPLEMENTO DAS OBRIGAÇÕES  
PACTUADAS:

d.1) a primeira medida administrativa a ser tomada compete à SEDUC, no que tange à fiscalização da fiel execução do

convênio, momento em que, verificada uma irregularidade, podem e devem os convenentes procurar todos os meios possíveis de solução dentro do âmbito de responsabilidade de cada interessado;

d.2) denúncia do convênio firmado, em caso de persistência no descumprimento das obrigações pactuadas, caso em que as regras atinentes à “transferência” de recursos humanos poderiam ser reguladas por portaria;

d.3) comunicação de qualquer irregularidade na execução do convênio em epígrafe aos seguintes órgãos, conforme o caso: aos Parlamentos Estadual e Municipal; aos Ministérios Públicos Federal e Estadual; aos Tribunais de Contas do Estado e dos Municípios; ao Conselho Estadual do FUNDEF; e aos órgãos de controle interno da União, do estado do Pará e dos Municípios inadimplentes, se houver, para que adote as medidas administrativas ou judiciais que julgarem cabíveis;

d.4) se houver qualquer irregularidade que cause dano ao erário do estado do Pará, por meio de transferência voluntária, ou omissão no dever de prestar contas, cabe à SEDUC, à AGE e ao TCE, sucessiva e prejudicialmente levantar as contas do Município faltante (tomada de contas

especial). Em caso de transferências compulsórias, o caso deve ser regulado pelo Tribunal de Contas dos Municípios, na forma disposta no art. 45 e §§ da Lei complementar Estadual n.º 25/94 e pela legislação de cada Município, conforme o caso.

e) QUANTO À MEDIDA POLÍTICA CABÍVEL EM CASO DE INADIMPLEMENTO DAS OBRIGAÇÕES DO ART. 212 DA CRFB:

e.1) Como medida política, no caso de descumprimento do mínimo a ser aplicado no ensino nos termos do art. 212 da CRFB, cabe representação fundamentada da Câmara Municipal ou do Tribunal de Contas dos Municípios para fins de solicitação de intervenção do estado do Pará no Município inadimplente, nos termos dos artigos 35, III da Carta Magna c/c os artigos 84, III e 85, I da Constituição do Estado do Pará de 1989;

f) QUANTO ÀS MEDIDAS JUDICIAIS CABÍVEIS EM CASO DE PROBLEMAS DECORRENTES DO INADIMPLEMENTO DE OBRIGAÇÕES NO PROCESSO DE MUNICIPALIZAÇÃO:

f.1) propositura de ação de improbidade administrativa, seja por esta Procuradoria Geral, seja pelo Ministério Público do

Estado, nas hipóteses preconizadas pela Lei Nacional nº 8.429/92;

f.2) propositura de ação de obrigação de fazer com fulcro no art. 461 do Código de Processo Civil com as cominações e meios coercitivos inerentes às tutelas específicas, em especial, as medidas expostas no § 5º do artigo em comento;

f.3) inviabilidade da propositura da Ação de Prestação de Contas nos termos 914 a 919 do Código de Processo Civil, por falta de interesse processual;

f.4) propositura de ação ordinária de reparação de danos, em caso de prejuízos sofridos pelo estado do Pará na execução do convênio em tela, pois o descabimento da ação de prestação de contas não elide a hipótese de reparação de danos;

f.5) propositura de ação de execução com base na decisão das Cortes de Contas, com fulcro no art. 71, § 3º, da CRFB, que foi repetido no art. 116, § 3º, da Constituição do Estado de 1989, por força do art. 75 da Carta Magna de 1988, em caso de já haver julgamento, nos processos de prestação ou tomada de contas dos valores repassados, pelas Cortes de Contas a que o recursos forem vinculados.

Belém/PA, 31 de outubro de 2003.

*SANDOVAL ALVES DA SILVA*

Procurador do Estado do Pará



PARECER Nº 118/2003-PGE

PROCESSO Nº 200200002893

PROCEDÊNCIA: Sindicato dos Trabalhadores em Educação Pública do Pará (SINTEPP).

INTERESSADO: Sindicato dos Trabalhadores em Educação Pública do Pará (SINTEPP).

PROCURADOR: SANDOVAL ALVES DA SILVA<sup>1</sup>

PROCESSO DE MUNICIPALIZAÇÃO DO ENSINO FUNDAMENTAL POR MEIO DE CONVÊNIOS. POSSIBILIDADE. DEFINIÇÃO DE COMPETÊNCIA DOS ÓRGÃOS DE CONTROLE E DAS MEDIDAS POLÍTICAS, ADMINISTRATIVAS E JUDICIAIS CABÍVEIS EM CASO DE DESCUMPRIMENTO DAS CLÁUSULAS CONVENIADAS E DAS REGRAS DE ENSINO FUNDAMENTAL.

Exmo. Sr. Procurador Geral do Estado,

## I FATOS

O Exmº. Procurador Geral solicitou distribuição dirigida para que seja exarado parecer conclusivo sobre as medidas passíveis de serem adotadas pela Procuradoria, nos casos em que haja descumprimento da obrigação de prestar contas das verbas oriundas do FUNDEF por parte dos Municípios.

---

<sup>1</sup> Procurador do Estado do Pará, Professor da UFPA e mestrando na área de Cidadania, Constitucionalismo e Direitos Humanos

Por oportuno, aproveito o momento para analisar a competência dos órgãos de controle envolvidos no ensino fundamental e as medidas políticas, administrativas e judiciais cabíveis para o caso de descumprimento das cláusulas pactuadas e das regras atinentes ao ensino fundamental.

Em razão do exposto, passo a fazer a análise jurídica requerida.

## **II ANÁLISE JURÍDICA**

Cabe, como ponto de partida, esclarecer que a questão está confusa em razão de questões que têm regimes e efeitos jurídicos distintos, mas que têm em alguns momentos, pontos de contato. Com efeito, tais situações podem e devem ser tratadas de maneiras distintas, em que pese a existência de pontos conexos, pois todos esses assuntos constam do convênio em epígrafe.

As questões que se apresentam como distintas, mas que estão unidas em torno da municipalização do ensino fundamental são: a transferência de recursos financeiros e a cessão de servidores no processo de transição e manutenção do ensino fundamental na municipalidade escolhida.

Assim, vê-se que a transferência de recursos financeiros entre entes da federação tem regime jurídico próprio e distinto da cessão de servidores do

Estado para os Municípios escolhidos. E, para tentar confundir mais ainda a questão, observa-se que o processo de municipalização de ensino fundamental têm suas próprias regras e que se utiliza dos regimes acima especificados, para fins de concretização dos seus objetivos.

Com efeito, buscar-se-á enfrentar os possíveis problemas levantados no processo de municipalização e as medidas para solucioná-los, sem com isso afirmar sobre a existência ou não de qualquer hipótese levantada, pois faltam elementos para tanto.

É de se informar, ainda, que a falta de elementos para apreciar *in concreto* a situação analisada se dá por uma ordem lógica, pois nenhuma das medidas administrativas ou judiciais foram tomadas esse objetivo, consoante se perceberá da análise abaixo.

Por outro lado, percebe-se que os pontos debatidos nos presentes autos poderão ser objeto de discussão em outros processos de municipalização de ensino, razão pela qual as questões tomarão abrangência genérica para tentar absorver os demais processos de municipalização.

Considerando que o caso pode tomar proporções abrangentes em relação a outros processos de municipalização e diante da falta de elementos

fáticos para definir em concreto a real situação do município de Altamira, por falta de medidas administrativas pelos órgãos públicos de controle, buscar-se-á enfrentar em abstrato as possibilidades judiciais a administrativas para resolver o problema, definindo as competências e remédios jurídicos a serem manejados.

Com efeito, além desse corte metodológico, que serve para esclarecer a confusão acerca do tema, e com o intuito de melhor apreciar as situações que se apresentam, faz-se mister analisar cada caso isoladamente, como: o processo de municipalização, a “transferência” de recursos humanos, as transferências financeiras, a competência dos órgãos administrativos e judiciais para resolver as questões suscitadas e as medidas administrativas, políticas e judiciais que poderão ser tomadas, sem a pretensão de exaustão do tema.

## **1 PROCESSO DE MUNICIPALIZAÇÃO DO ENSINO FUNDAMENTAL**

Cabe inicialmente enfrentar a questão referente à constitucionalidade ou não do processo de municipalização do ensino previsto na Emenda Constitucional n.º 14/96.

Com efeito, ponto que parecia merecer destaque no processo de municipalização seria o fato de saber se essa redistribuição do ensino feita pela Emenda Constitucional n.º 14/96 ofenderia a autonomia municipal e a forma

federativa de Estado. Porém, o Supremo Tribunal Federal ao indeferir medida liminar em sentido inverso, considerou constitucional o processo de redistribuição de ensino proposto, sob o fundamento de insuficiência de relevo jurídico, conforme noticiado no Informativo n.º 326, nos seguintes termos:

Liminar indeferida, por insuficiência de relevo jurídico da assertiva de que, ao redistribuir receitas e encargos referentes ao ensino, estaria a promulgação da Emenda nº 14-96 (nova redação do art. 60 do ADCT) a contrariar a autonomia municipal e consequentemente a forma federativa de Estado (art. 60, I, da Constituição). (STF – ADI-MC 1749-DF, j. em 25/11/1999, DJ 24/10/2003 - ATA Nº 33/2003 OJ. Tribunal Pleno, Relator Min. OCTAVIO GALLOTTI, Relator do Acórdão Min. NELSON JOBIM).

Verificada a constitucionalidade, mesmo que em sede de ação cautelar, do processo de redistribuição do ensino nos termos proposto pela referida Emenda Constitucional, resta analisar como esse processo pode se concretizar.

Como é por todos sabido o problema da educação é competência comum, em que um ente da federação atua em complementariedade ao outro, nos termos da legislação em vigor, conforme se pode perceber dos dispositivos que tratam da obrigação educacional do Estado (em sentido lato).

Nesse diapasão, verifica-se que a responsabilidade e obrigatoriedade dos entes da federação com o ensino fundamental estão insertas em várias passagens da Constituição e de leis infraconstitucionais, principalmente, no que tange à sua universalização.

Em que pese o processo de municipalização ter iniciado com o ensino fundamental, houve paulatina ampliação do objeto do convênio para: 1) o ensino especial, por meio do 3º Termo Aditivo; e 2) para a educação indígena, por meio do 6º Termo Aditivo, razão pela qual a confusão que está instaurada pode chegar a patamares muito mais elevados do que os até agora experimentados.

Nesse contexto, caso o ensino especial e a educação indígena sejam atinentes ao ensino fundamental, não há problemas na presente análise jurídica, pois o presente parecer terá como objeto esta espécie de ensino, independentemente de ser o ensino regular, especial ou a educação indígena.

Entretanto, caso sejam o ensino fundamental e a educação indígena pertencentes à educação infantil ou ensino médio, sugere-se preliminarmente que essas matérias sejam municipalizados por instrumentos distintos, visto que as fontes de financiamento e as responsabilidades estipuladas pelo ordenamento jurídico são distintas, de acordo com cada esfera de ensino ou educação.

Assim sendo, como os problemas surgidos são inerentes ao ensino fundamental, só este, neste momento será objeto de análise, deixando-se para um segundo momento a análise de qualquer outra questão que não tenha sido abordada na presente peça opinativa.

Seguindo essa orientação, tem-se que em sede constitucional a competência comum dos entes federativos aparece em vários dispositivos, nos seguintes termos:

“Art. 6º. São direitos sociais *a educação ...*”

“Art. 205. A educação, *direito de todos e dever do Estado e da família....*”

“Art. 208. O *dever do Estado* com a educação será efetivado mediante a garantia de:

I – *ensino fundamental obrigatório e gratuito*, assegurada, inclusive, sua oferta para todos os que a ele não tiveram acesso na idade própria.”

§ 1º - *O acesso ao ensino obrigatório é direito público subjetivo.*

§ 2º - *o não-oferecimento do ensino obrigatório pelo Poder Público, ou sua oferta irregular, importa responsabilidade da autoridade competente.*”

“Art. 211 - A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios *organizarão em regime de colaboração seus sistemas de ensino.*”

§ 1º - A União organizará o sistema federal de ensino e o dos Territórios, financiará as instituições de ensino públicas federais e exercerá, em matéria educacional, função redistributiva e supletiva, de forma a garantir eqüalização de oportunidades de oportunidades educacionais e padrão mínimo de qualidade do

ensino mediante assistência técnica e financeira aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios.

§ 2º - Os Municípios atuarão prioritariamente no *ensino fundamental* e na educação infantil.

§ 3º - Os Estados e o Distrito Federal atuarão prioritariamente no ensino fundamental e médio.

§ 4º - *Na organização de seus sistemas de ensino, os Estados e os Municípios definirão formas de colaboração, de modo a assegurar a universalização do ensino obrigatório.*

Como se percebe, já no § 4º do art. 211 da CRFB, vê-se a possibilidade de colaboração entre os entes da federação para assegurar a universalização dos ensino obrigatório.

Com efeito, para garantir a concretização dos ônus estabelecidos constitucionalmente, a própria Constituição, abriu uma exceção ao princípio da não afetação da receitas de impostos, nos termos do art. 167, IV da CRFB, para destinar ao atendimento do ensino partes dessas receitas, conforme dispõe o art. 212 da Carta Magna, *in verbis*:

Art. 212 - A *União* aplicará, anualmente, *nunca menos de dezoito, e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios vinte e cinco por cento, no mínimo, da receita resultante de impostos, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino.*

[...]

§ 3º *A distribuição dos recursos públicos assegurará prioridade ao atendimento das necessidades do ensino obrigatório, nos termos do plano nacional de educação.* (destaques inseridos)

Nesse contexto, foi editada a Emenda Constitucional n.º 14 que, alterando a redação do art. 60 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), regulou a forma de aplicação, em nível constitucional, dos recursos dispostos no art. 212, senão vejamos:

*Art. 60 - Nos 10 (dez) primeiros anos da promulgação desta Emenda os Estados, o Distrito Federal e os Municípios destinarão não menos de 60% (sessenta por cento) dos recursos a que se refere o caput do art. 212 da Constituição Federal, à manutenção e ao desenvolvimento do ensino fundamental, com o objetivo de assegurar a universalização de seu atendimento e a remuneração condigna do magistério.*

*§ 1º - A distribuição de responsabilidades e recursos entre os Estado e seus Municípios a ser concretizadas com parte dos recursos definidos neste artigo na forma do disposto do art. 211 da Constituição Federal é assegurada mediante a criação, no âmbito de cada Estado e do Distrito Federal de um Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e de Valorização do Magistério, de natureza contábil.*

*§ 2º - O Fundo referido no parágrafo anterior será constituído por pelo menos 15% (quinze por cento) dos recursos a que se referem os arts. 155, II; 158, IV; e 159, I, a e b, e II da Constituição Federal e será distribuído entre cada Estado e seus Municípios, proporcionalmente ao número de alunos nas respectivas redes de ensino fundamental.*

*§ 3º - A União complementará os recursos dos Fundos a que se refere § 1º, sempre que em cada Estado e no Distrito Federal seu Valor por aluno não alcançar o mínimo definido nacionalmente.*

*§ 4º - A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios ajustarão progressivamente, em prazo de 5 (cinco) anos, suas contribuições ao Fundo de forma a garantir um valor por aluno correspondente a um padrão mínimo de qualidade de ensino, definido nacionalmente.*

*§ 5º - Uma proporção não inferior a 60% (sessenta por cento) dos recursos de cada Fundo referido no § 1º será destinado ao pagamento dos professores do ensino fundamental em efetivo exercício no magistério.*

§ 6º - A União aplicará na erradicação do analfabetismo e na manutenção e no desenvolvimento do ensino fundamental, inclusive na complementação a que se refere o § 3º, nunca menos que o equivalente a 30% (trinta por cento) dos recursos a que se refere o *caput* do art. 212 da Constituição Federal.

§ 7º- *A lei sobre a organização dos fundos, a distribuição proporcional de seus recursos, sua fiscalização e controle, bem como sobre a forma de cálculo do valor mínimo nacional por aluno* (Os destaques foram colocados).

Seguindo essa senda foi editada a Lei Nacional nº 9.424, de 24/12/1996, cujo objetivo foi regular a determinação do § 7º do art. 60 do ADCT, a qual regulou ainda o § 4º do art. 211 da CRFB ao tratar da colaboração entre Estados e Municípios.

Os arts. 2º, § 1º, I e 3º, § 9º da Lei nº 9.424/96, abaixo transcritos, demarcam claramente a responsabilidade dos entes federais em relação aos alunos da rede de ensino, facultando a transferência de alunos do Estado para o Município e vice-versa, mediante a celebração de convênio.

Art. 2º - *Os recursos do Fundo serão aplicados na manutenção e desenvolvimento do ensino fundamental público, e na valorização de seu Magistério.*

[...]

§ 1º - A distribuição dos recursos, no âmbito de cada Estado e do Distrito Federal, dar-se-á, entre o Governo Estadual e os Governos Municipais, na proporção do número de alunos

matriculados anualmente nas escolas cadastradas das respectivas redes de ensino (sublinhamos), considerando-se para esse fim:

I – as matrículas da 1<sup>a</sup>. a 8<sup>a</sup>. séries do ensino fundamental;

[...]

*Art 3º - Os recursos do Fundo previstos no artigo 1º serão repassados, automaticamente, para contas únicas e específicas dos Governos Estaduais, do Distrito Federal e dos Municípios, vinculadas ao Fundo, instituídas para esse fim e mantidas na instituição financeira de que trata o artigo 93 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966.*

[...]

*§ 9º. Os Estados e os respectivos Municípios poderão, nos termos do artigo 211, § 4º, da Constituição Federal, CELEBRAR CONVÊNIOS PARA TRANSFERÊNCIA DE ALUNOS, RECURSOS HUMANOS, MATERIAIS E ENCARGOS FINANCEIROS nos quais estará prevista a transferência imediata de recursos do Fundo correspondentes ao número de matrículas que o Estado ou o Município assumir (destacamos).*

Desta feita, consoante se depreende da leitura dos dispositivos mencionados, tem-se que o ensino fundamental será custeado por meio de receitas de cada ente federativo, sejam provenientes das receitas de impostos, sejam de transferências financeiras intergovernamentais. Estas, por sua vez podem se dar de forma obrigatória, nos termos do *caput* do art. 3º da Lei nº 9.424/1996, que só tenta concretizar os artigos 212 da CRFB e 60 do ADCT; e de forma voluntária pelo regime de colaboração, por meio de convênios, nos termos

do § 9º do art. 3º da mesma Lei que, também, só busca concretizar as regras de ensino.

Há de se observar que o regime de colaboração entre os entes da federação também é autorizado de forma genérica pela CRFB por meio do artigo 241, que assim prescreve:

*Art. 241. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios disciplinarão por meio de lei os consórcios públicos e os convênios de cooperação entre os entes federados, autorizando a gestão associada de serviços públicos, bem como a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal e bens essenciais à continuidade dos serviços transferidos.*

Em nível infraconstitucional, tem-se o art. 116 da Lei de Licitações e Contratos – Lei n.º 8.666/93,<sup>2</sup> que dispõe sobre as regras e procedimentos para realização, aplicação e levantamento de contas de recursos arrecadados por meio de convênios.

Seguindo essa diretriz, vê-se que os serviços públicos de educação, concernentes ao ensino fundamental, podem ser financiados com recursos próprios do município de Altamira, decorrentes de receitas de impostos, de transferências compulsórias etc., e por meio de transferências voluntárias, decorrentes de convênios para assegurar a gestão associada ou compartilhada até que o Município tenha condição de atuar com seus próprios recursos no atendimento a essa necessidade pública.

---

<sup>2</sup>“Art. 116. Aplicam-se as disposições desta lei, no que couber, aos convênios, acordos, ajustes e outros instrumentos congêneres celebrados por órgãos e entidades da Administração.”

Entretanto, deve-se ressalvar que a colaboração entre os entes federativos em tela, não se restringe só a transferência financeira, podendo abranger recursos materiais e humanos também. Mas, para tanto, deve-se ter em mente que cada matéria transferida (recursos humanos, materiais e financeiros) segue regime jurídico próprio, mesmo que tenham algum ponto de contato (o processo de municipalização).

Com efeito, observa-se que foi exatamente com fundamento nesses dispositivos que o Convênio n.º 002/98, firmado entre o estado do Pará – SEDUC e o município de Altamira se pautou, transferindo, conforme a fase do processo de municipalização do ensino fundamental, recursos humanos e financeiros, concretizando o mandamento Constitucional na área da educação.

Nesse diapasão, passo a analisar o regime e os efeitos jurídicos de cada transferência isoladamente.

## **2 “TRANSFERÊNCIA” DE RECURSOS HUMANOS**

Prevê o § 9º do art. 3º da Lei Nacional n.º 9.424/1996, conforme já explicado, a possibilidade de repasse no processo de municipalização de recursos humanos do estado do Pará para o Município que se manifestar

interessado em assumir a prioridade do ensino fundamental e ser beneficiado diretamente dos recursos do FUNDEF.

No presente caso, observa-se que houve “transferência” de servidores estáveis e temporários para o município de Altamira, para fins de atendimento no ensino fundamental naquela municipalidade.

Em caráter preliminar, deve-se observar que a forma de “transferência” de recursos humanos não deve contrariar o art. 37, II, da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB), o que se deve processar por meio do instituto da cessão de servidores com ônus para a municipalidade, nos termos do art. 31 da Lei Estadual n.º 5.810/94,<sup>3</sup> uma vez que qualquer outra forma se revela ofensiva à regra constitucional exposta.

Só que essa cessão de servidores se mostra como uma cessão especial, pois não há viabilidade de retorno dos servidores para o estado do Pará nos termos da Cláusula Décima Primeira do Convênio em tela, o que se revela incompatível com o instituto do convênio que é instrumento voluntário que pode a qualquer momento ser denunciado e rescindido (*rectius: extinto*).

---

<sup>3</sup> “Art. 31- O servidor de cargo de provimento efetivo, mediante a sua concordância poderá ser colocado a disposição de qualquer órgão da administração direta ou indireta, da União, do Estado, do Distrito Federal e dos Municípios, com ou sem ônus para o estado do Pará, desde que observada a reciprocidade.”

*Prima facie*, vê-se a dificuldade de conceber a cessão de servidor temporário, pois a admissão se processa por meio de contrato administrativo e para necessidade excepcional e temporária.

Desta feita, a forma de processamento seria o distrato pelo Estado e a contratação pelo Município, o que parece ter ocorrido, mesmo que se tenha denominado por “transferência” por meio de convênio, nos termos indicado na cláusula 1.1.1.4 do Convênio em questão e nos termos do art. 5º do Decreto Estadual n.º 2.424/1997.

Com efeito, é nesse prisma que se deve entender a conclusão feita pela i. Procuradora Carolina Ormanes ao revelar que o Estado seria irresponsável em relação aos servidores temporários.

Por outro lado, havendo a cessão de servidores públicos estáveis para o Município nos moldes previsto no citado Convênio e no art. 31 da Lei n.º 5.810/94, revela-se que remanescem alguns vínculos com o estado do Pará, quais sejam:

- a) o servidor continua sendo servidor público estadual, em que pese não ser do estado o ônus pela remuneração e encargos sociais;
- b) permanece o vínculo previdenciário com instituto de previdência próprio do estado do Pará, de vez que os benefícios decorrentes de idade avançada, doença etc, continuam a ser cobertos pelo

sistema de previdência do Estado, na forma da Cláusula Nona, item 3 e 4 do Convênio, devendo o instituto de previdência cobrar as contribuições sociais que incidem sobre o pagamento da remuneração, inclusive com as prerrogativas e privilégios inerentes ao crédito tributário;

- c) o ônus pelo pagamento das verbas remuneratórias e encargos sociais fica a cargo do município de Altamira, já que é dele a responsabilidade para processar essa obrigação, bem como será ele (município de Altamira) que será o ente federal a receber do FUNDEF os recursos para tal desiderato, ressalvadas as hipóteses descritas na Cláusula Nona, item 1.3, que prescreve casos de responsabilidade do estado do Pará;
- d) permanecem válidas as obrigações decorrentes do convênio para o estado do Pará, por meio da SEDUC (Cláusula Nona, item 1) e por meio da SEAD (Cláusula Nona, item 2), bem como, do instituto de previdência do Estado (Cláusula Nona, item 3).

Nesse momento, chama-se a atenção para o problema inerente ao prazo de vigência do Convênio em tela, pois em que pese ser dividido em fase de transição, de pós-transição e de finalização, evidencia-se que há obrigações decorrentes do convênio que transcendem em muito os prazos estipulados, como, por exemplo, a situação funcional dos servidores cedidos ao município de Altamira que só tem sua situação jurídica estabilizada com eventos como aposentadoria, morte etc.

Nesse diapasão, fica evidenciado que o prazo do Convênio em questão está sujeito a prazo indeterminado, em que se estipula o prazo, mas há incerteza quanto ao quando esse termo ocorre.

Nesse sentido, evidencia-se que é possível a transferência de recursos humanos do estado para os municípios paraenses, por meio de convênios, mas no presente caso, verifica-se a existência de obrigações incompatíveis com o convênio, seja no que concerne ao prazo, seja no que tange à impossibilidade de retorno dos servidores estaduais cedidos ao município de Altamira.

Em razão do exposto,vê-se que a “transferência” de recursos humanos do estado do Pará para os Municípios pode se processar por meio da cessão de servidores públicos estáveis com ônus para o ente federado receptor, na forma do art. 31 da Lei Estadual n.º 5.810/94, permanecendo o vínculo previdenciário com o instituto próprio do estado do Pará, não restando qualquer obrigatoriedade do ente transferidor com o pagamento de servidores, cujo ônus foi repassado. Entretanto, pode o estado do Pará exigir o cumprimento do que foi pactuado, inclusive por meio judicial, conforme se verá adiante.

### **3 TRANSFERÊNCIA DE RECURSOS FINANCEIROS E A COMPETÊNCIA DOS ÓRGÃOS JURISDICIONAIS E DE CONTROLE DAS ATIVIDADES FINANCEIRAS ESTATAIS**

No que concerne a esse item, cabe inicialmente fazer a distinção entre transferências voluntárias e compulsórias. E tal distinção se faz de maior

relevância porque tem implicação direta na competência dos órgãos jurisdicionais e de controle das atividades estatais.

A definição de transferências financeiras, que são subdivididas em correntes e de capital, fornecida pelos §§ 2º e 6º do art. 12 da Lei n.º 4.320/64, a qual tem como principal característica a dotação de gasto para o setor público ou privado que não corresponda a contraprestação direta em bens e serviços, conforme se depreende da transcrição dos dispositivos em comento:

Art. 12..

[...]

§ 2º Classificam-se como Transferências Correntes as dotações para despesas as quais não corresponda contraprestação direta em bens ou serviços, inclusive para contribuições e subvenções destinadas a atender à manifestação de outras entidades de direito público ou privado.

[...]

§ 6º São Transferências de Capital as dotações para investimentos ou inversões financeiras que outras pessoas de direito público ou privado devam realizar, independentemente de contraprestação direta em bens ou serviços, constituindo essas transferências auxílios ou contribuições, segundo derivem diretamente da Lei de Orçamento ou de lei especialmente anterior, bem como as dotações para amortização da dívida pública.”

A Lei n.º 4.320/64, que hoje tem natureza de Lei Complementar nos termos do § 9º do art. 165 da CRFB, só cuidou de fazer a distinção de acordo com a classificação econômica da despesa, ou seja, entre transferência corrente e de

capital, não cuidando em classificar nos termos aqui perquiridos, qual seja, entre transferências voluntárias e compulsórias.

Por oportuno, é cabível a demonstração de corte metodológico, para demarcar que a transferência ora analisada é a realizada entre entes públicos, não se reportando a qualquer transferência feita ao setor privado.

Nesse sentido, a transferência voluntária pode ser definida como a entrega de recursos correntes ou de capital a outro ente da Federação, a título de cooperação, auxílio ou assistência financeira, que não decorra de determinação constitucional, legal ou os destinados ao Sistema Único de Saúde.<sup>4</sup>

Obviamente, que uma leitura de forma inversa define transferência compulsória como sendo a entrega de recursos correntes ou de capital a outro ente da Federação que decorra de determinação constitucional, legal ou os destinados ao Sistema Único de Saúde.

A essa altura pode surgir a indagação: qual a importância para a questão em análise da definição ora suscitada? A resposta é simples: sem ela não se consegue definir a competência dos órgãos jurisdicionais e de controle das atividades financeiras do Estado.

---

<sup>4</sup> Essa foi a definição dada pelo art. 25 da Lei Complementar n.º 101/2000, que apesar de ser de ano posterior à realização do Convênio em questão serve para conceituar o instituto.

Só para fins de melhor definição, tem-se que as transferências voluntárias são uma espécie de doação com encargo, que se configura na obrigação ou dever de prestar contas e se realiza, normalmente, por meio de convênios. E, em assim sendo, os recursos só integram em definitivo o patrimônio do donatário (*rectius*: beneficiário), quando o encargo for integralmente cumprido.

Já a transferência compulsória se constitui em receita que ingressa nos cofres públicos sem nenhum encargo, livre e desembaraçado, sem nenhuma correspondência a dever ou obrigação com o ente repassador.

Nesse contexto, vê-se que na transferência voluntária, enquanto o encargo não for cumprido, permanece a competência dos órgãos de controle do ente transferidor, só se desincumbindo quando o encargo não mais existir, momento em que a competência passa para os órgãos de controle do ente beneficiado.

Já na transferência compulsória ou legal, normalmente, a competência sempre é do ente que recebe os recursos, não remanescendo nenhuma possibilidade de sujeição a fiscalização dos órgãos ligados ao ente que faz a transferência.

É exatamente nesse contexto que o art. 71, VI, da Constituição da República Federativa do Brasil estabelece ser da Competência do Tribunal de Contas da União (TCU) a fiscalização da aplicação de quaisquer recursos repassados pela União mediante convênio, acordo, ajuste ou outros instrumentos congêneres a Estado, ao Distrito Federal ou a Município. E no mesmo sentido prescreve o art. 116, V, da Constituição do Estado do Pará em relação ao Tribunal de Contas do Estado (TCE).

No que tange à competência para fiscalizar os recursos que integram de forma definitiva o patrimônio do ente beneficiado, porque decorre de obrigação legal ou constitucional, a regra é a estabelecida no inciso II do art. 71 da CRFB para o TCU e 116, II, da CE para o TCE.

Desta forma, tem-se que, se a União fizer uma transferência voluntária para o estado do Pará, a competência de fiscalizar a aplicação desses recursos é dos órgãos de controle interno da União e do TCU até ser cumprido encargo estabelecido, em especial, o de prestar contas. De forma inversa se a transferência decorrer de lei ou da Constituição, como por exemplo os recursos previstos no art. 157 (Fundo de Participação dos Estados e Distrito Federal (FPE), 212 (Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e de

Valorização do Magistério (FUNDEF)<sup>5</sup> etc., a competência já é, *ab initio*, dos órgãos de controle vinculados ao ente beneficiário da transferência.

Essas são as regras que devem pautar qualquer problema advindo de questões semelhantes às que se apresentam, as quais inclusive foram utilizadas pelo Superior Tribunal de Justiça na definição de competência jurisdicional para crimes decorrentes de desvio de verbas transferidas, nos seguintes termos:

*"COMPETE À JUSTIÇA FEDERAL PROCESSAR E JULGAR PREFEITO MUNICIPAL POR DESVIO DE VERBA SUJEITA A PRESTAÇÃO DE CONTAS PERANTE ORGÃO FEDERAL"* (STJ, Súmula 208.j. em 27/05/1998, DJ DATA:03/06/1998 PG:00068, RSTJ VOL.:00108 PG:00257, RT VOL.:00753 PG:00172, OJ. S3 - TERCEIRA SEÇÃO)

*"COMPETE À JUSTIÇA ESTADUAL PROCESSAR E JULGAR PREFEITO POR DESVIO DE VERBA TRANSFERIDA E INCORPORADA AO PATRIMONIO MUNICIPAL"* (STJ, Súmula 209, j. em 27/05/1998, DJ DATA:03/06/1998 PG:00068, RSTJ VOL.:00108 PG:00271, RT VOL.:00753 PG:00172, OJ. S3 - TERCEIRA SEÇÃO).

Como se percebe, essas são as matrizes a serem seguidas para definição de qualquer dúvida acerca de problemas de atribuições e competências jurisdicionais e dos órgãos de controles estatais.

---

<sup>5</sup> Aproveita-se a oportunidade para se afirmar que o FUNDEF é uma TRANSFERÊNCIA OBRIGATÓRIA nos termos dos artigos 167, IV, e 212 da CRFB; art. 60 do ADCT e da Lei n.º 9.424/96.

Com efeito, no que concerne direta e especialmente à questão de levantamento de contas, o Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade de dispositivo de lei que transferia para os Tribunais de Contas dos Estados e equivalentes a competência para fiscalizar recursos decorrentes de transferências voluntárias da União, nos seguintes termos.

Ação direta de inconstitucionalidade. Impugnação da Lei nº 9.604, de 5 de fevereiro de 1998. - Quanto ao artigo 1º e seu parágrafo único da Lei em causa, são relevantes as alegações de ofensa ao artigo 71, VI, da Constituição Federal e de inconstitucionalidade do sistema de prestação de contas adotado por esse dispositivo legal. - No tocante ao artigo 2º da mesma Lei, a fundamentação jurídica invocada para a declaração de inconstitucionalidade dela não se apresenta, em exame compatível com o pedido de liminar, com a relevância suficiente para o deferimento deste. Pedido de liminar deferido em parte, para suspender "ex nunc" a eficácia do artigo 1º e seu parágrafo único da Lei federal nº 9.604, de 5 de fevereiro de 1998. (Destaque postos) (STF- ADI 1934 MC/DF, j. em 01/09/1999, DJ DATA-22-10-99 PP-00057 EMENT VOL-01968-01 PP-00155. OJ. Tribunal Pleno, Relator(a): Min. MOREIRA ALVES).

Esse entendimento serviu também para o Supremo Tribunal Federal considerar inconstitucionais dispositivos de normas federais que conferiam ao Tribunal de Contas da União competência para fiscalizar recursos decorrentes de transferências compulsórias aos demais entes federados, conforme se depreende da leitura abaixo:

O Tribunal deferiu mandado de segurança impetrado pelo Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro, contra decisão do Tribunal de Contas da União - que proclamara ser da competência exclusiva deste último a fiscalização da aplicação dos recursos recebidos a título de royalties, decorrentes da extração de petróleo, xisto betuminoso e gás natural, pelos Estados e

Municípios - e declarou a inconstitucionalidade do art.1º, inciso XI e do art.198, II, ambos do Regimento Interno do TCU e do art. 25, parte final, do Decreto 1/91. Considerou-se ser da competência do Tribunal de Contas estadual, e não do TCU, a fiscalização da aplicação dos citados recursos, tendo em conta que o art. 20, §1º da CF qualificou os royalties como receita própria dos Estados, Distrito Federal e Municípios, devida pela União àqueles a título de compensação financeira. Entendeu-se também, não se tratar, no caso, de repasse voluntário, não havendo enquadramento nas hipóteses previstas pelo art. 71, VI da CF que atribui ao Tribunal de Contas da União a fiscalização da aplicação de quaisquer recursos repassados pela União mediante convênio, acordo, ajuste ou outros instrumentos congêneres, a Estado, ao Distrito Federal ou a Município. MS 24.312-RJ, rel. Ministra Ellen Gracie, 19.2.2003. (MS-24312)" (Informativo n.º 298).

Como se percebe, esse raciocínio também é considerado pelas mais altas Cortes do país, para fins de definição de competência de órgãos jurisdicionais e de controle das atividades financeiras estatais.

Cabe nesse momento fazer uma ressalva para explicar que o alcance do art. 11 da Lei n.º 9.424/1996,<sup>6</sup> também está adstrita aos parâmetros traçados pela legislação e pela jurisprudência.

Nesses termos, a competência do TCU está adstrita ao cumprimento do art. 212 no que se refere às obrigações da União e às transferências voluntárias a outros entes da federação até o cumprimento dos encargos; será do TCE a fiscalização do cumprimento do art. 212, no que tange às suas obrigações

---

<sup>6</sup>“Art. 11. Os órgãos responsáveis pelos sistemas de ensino, assim como os Tribunais de Contas da União, dos Estados e Municípios, criarão mecanismos adequados à fiscalização do cumprimento pleno do disposto no art. 212 da Constituição Federal e desta Lei, sujeitando-se os Estados e o Distrito Federal à intervenção da União, e os Municípios à intervenção dos respectivos Estados, nos termos do art. 34, inciso VII, alínea e, e do art. 35, inciso III, da Constituição Federal.”

com o ensino e às transferências voluntárias realizadas pelo estado do Pará a outros entes da federação até o cumprimento dos encargos; e, finalmente, seguindo o mesmo raciocínio, será do Tribunal de Contas dos Estados ou do Município ou dos Conselhos ou Tribunais de Contas dos Municípios, onde houver, a competência para controlar o cumprimento das exigências expostas no mesmo artigo já citado, bem como de qualquer transferência voluntária feita a qualquer outro ente da federação até o adimplemento do encargo contraído em função do repasse.

Assim, conclui-se que não é competência do Tribunal de Contas do estado do Pará a fiscalização da aplicação de recursos oriundos de transferências compulsórias ao município de Altamira, incluindo-se as transferências decorrentes do FUNDEF, sob pena de ferir o pacto federativo.

Entretanto, fica ressalvado dessa regra o caso de intervenção estadual nos municípios por ato político do Governador, por descumprir o art. 212 na hipótese do artigo 35, III da CRFB, dependendo de representação fundamentada com pedido de intervenção realizada pelo Tribunal de Contas dos Municípios ou da Câmara Municipal, consoante prescreve o art. 85, II, da Constituição Estadual.

Desta feita, retornando ao tema sobre transferências governamentais, tem-se que *in casu* a competência é dos órgãos de controle do estado do Pará

em caso de transferências voluntárias até o adimplemento dos encargos decorrentes da transferência. É dos órgãos de controle vinculados ao município de Altamira em caso de transferências compulsórias e após o adimplemento dos encargos nas transferências voluntárias.

Em razão do exposto infere-se, em abstrato, que: 1) a competência para julgar ou fiscalizar questões advindas de transferências voluntárias até o adimplemento dos encargos decorrentes da transferência, ou seja, antes de se incorporar ao patrimônio do ente beneficiário, é dos órgãos de controle vinculados ao ente repassador ou dos órgãos jurisdicionais que tenham competência *ratione personae*; 2) a competência para julgar ou fiscalizar questões advindas de transferências compulsórias ou voluntárias após o adimplemento do encargo contraído, ou seja, após se incorporar ao patrimônio do ente beneficiário, é dos órgãos de controle vinculados ao ente beneficiado ou dos órgãos jurisdicionais que tenham competência *ratione personae*.

#### **4 MEDIDAS ADMINISTRATIVAS CABÍVEIS EM CASO DE PROBLEMAS DECORRENTES DO INADIMPLEMENTO DE OBRIGAÇÕES NO PROCESSO DE MUNICIPALIZAÇÃO**

##### **4.1 FISCALIZAÇÃO E DENÚNCIA DO CONVÊNIO E COMUNICAÇÃO AOS ÓRGÃOS DE CONTROLE DAS ATIVIDADES ESTATAIS**

a) A primeira medida administrativa que se revela óbvia é o exercício da fiscalização da fiel execução dos termos conveniados, conforme consta da Cláusula Nona, item 1.5, do Convênio n.º 02/98, que assim prescreve:

CLÁUSULA NONA:  
DAS RESPONSABILIDADES GERAIS:  
1. COMPETE À SEDUC:  
[...]  
1.5. Acompanhar e supervisionar, através de suas Diretorias, Assessorias e Unidades Regionais de Educação – URE's, a fiel execução do objeto deste convênio.

Além do mais, há de se observar que a responsabilidade de fiscalização da execução de convênio é exigência do art. 58, III, da Lei n.º 8.666/93, que se aplica aos convênios por força do art. 116 do mesmo diploma legal.

Em razão do exposto, infere-se que a primeira medida administrativa a ser tomada compete à SEDUC, no que tange à fiscalização da fiel execução do

convênio, momento em que, verificada uma irregularidade, podem e devem os convenientes procurar todos os meios possíveis de solução dentro do âmbito de responsabilidade de cada interessado.

b) Em caso de descumprimento de qualquer cláusula conveniada e, ultrapassada a etapa anterior, pode o Estado do Pará denunciar o convênio como forma de fazer cessar a vigência do referido convênio.

Entretanto, essa questão parece complicada em razão da “transferência” de recursos humanos, pois na transferência realizada há vedação de retorno dos servidores cedidos.

Com efeito, a cláusula que veda o retorno aos quadros do estado do Pará dos servidores cedidos ao município de Altamira se mostra como incompatível com o instituto do convênio que por natureza pode ser a qualquer momento denunciado e extinto.

Contudo, no caso de denúncia e extinção do convênio, sugere-se seja a cessão de servidores realizada por meio de portaria estipulando as regras que se entenderem cabíveis, desvinculando o convênio dos efeitos de tal cessão, para posterior extinção.

Outra questão que se mostra perturbadora é prazo de vigência do Convênio em relação à “transferência” de recursos humanos, uma vez que não se restringe ao prazo de vigência do Convênio para os casos de transferências voluntárias de recursos financeiros.

Nesse sentido, a melhor interpretação seria nesse caso adotar o prazo com a característica de *certus an* e *incertus quando*, evidenciando que a vigência do contrato ocorreria para a “transferência” de recursos humanos até o último servidor cedido se desvincular da atividade laboral.

Para se adotar esse entendimento, há de se compatibilizar ou afastar a regra do art. 57, inciso II, que estipula o prazo máximo de 60 (sessenta) meses de vigência dos contratos, prorrogável por mais 12 (doze) meses; e a regra do § 3º da Lei n.º 8.666/93, que vedava o contrato com prazo de vigência indeterminado, já que as regras atinentes aos contratos se aplicam aos convênios, no que couber, por força do art. 116 da Lei n.º 8.666/93.

No que concerne aos dispositivos em questão, entendo não se aplicarem a convênios que não dependem de recursos orçamentários, como é o caso da “transferência” de recursos humanos em que o ônus é do município de Altamira e não do estado do Pará.

Entretanto, como forma de compatibilização, poder-se-ia estipular prazo razoável nos termos dos dispositivos em comento, prorrogando-se sucessivamente o termo final até a extinção total dos efeitos decorrentes das obrigações contraídas das cláusulas do Convênio em epígrafe.

c) Outra atitude que pode ser tomada pelo estado do Pará é comunicação aos órgãos de controles estatais das possíveis irregularidades ocorridas na execução do convênio por parte do município de Altamira, pois o cumprimento das regras do art. 212, além de ensejar uma série de medidas administrativas e judiciais, é condição para transferência de recursos financeiros, conforme dispõe o § 6º do art. 87 da Lei de Diretrizes e Bases da Educação (Lei nº 9.394/96), *in verbis*:

Art.  
87.....

[...]

§ 6º. *A assistência financeira da União aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, bem como a dos Estados a seus Municípios, ficam condicionadas ao cumprimento do art. 212 da Constituição Federal e ao cumprimento dos dispositivos legais pertinentes pelos governos beneficiados* (Destques não constantes do texto legal).

Nesse diapasão, sugere-se a comunicação de qualquer irregularidade na execução do convênio em epígrafe aos seguintes órgãos, conforme o caso: aos Parlamentos Estadual e Municipal; aos Ministérios Públicos Federal e

Estadual; aos Tribunais de Contas do Estado e dos Municípios; ao Conselho Estadual do FUNDEF; e aos órgãos de controle interno da União, do estado do Pará e do município de Altamira, se houver, para que adote as medidas administrativas ou judiciais que julgarem cabíveis.

#### 4.2 LEVANTAMENTO DE CONTAS

A primeira solução que vem à mente em nível administrativo, após utilização dos meios normais de solução do impasse, é a utilização dos instrumentos de levantamento de contas, para solucionar problemas decorrentes da transferência de recursos, seja voluntária, seja obrigatória.

Antes de fazer qualquer conclusão acerca do instrumento adequado para utilizar em caso de omissão de prestação de contas do município de Altamira, pede-se vênia para tecer algumas considerações sobre o instituto do levantamento de contas.

O controle do orçamento público se processa pela atuação dos controles interno e externo mediante análise e instrução do processo de levantamento de contas, o qual tem como espécies a prestação e tomada de contas.

Nesse sentido, conforme determinação do parágrafo único do art. 70 da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB),<sup>7</sup> quem quer que utilize, guarde ou gerencie bens, valores e dinheiros públicos terá de justificar seu emprego na conformidade da Constituição, das Leis, Regulamentos e normas emanadas das autoridades administrativas.

Seguindo essa orientação, tem-se que prestação de contas é o procedimento pelo qual o responsável está obrigado, dentro dos prazos fixados e por iniciativa pessoal, a comprovar perante o órgão competente o uso, o emprego ou movimentação dos bens, numerários e valores que lhe foram entregues ou confiados.<sup>8</sup>

Já a tomada de contas consiste no levantamento organizado pelo serviço de contabilidade, baseado na escrituração dos atos e fatos praticados na movimentação de créditos orçamentários, recursos financeiros e outros bens públicos, por um ou mais responsáveis pela gestão financeira e patrimonial a cargo de uma unidade administrativa e seus agentes, em determinado exercício ou período de gestão. A tomada de contas ocorre nos casos em que a legislação

---

<sup>7</sup> "Art. 70...**Parágrafo único.** Prestará contas qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assuma obrigações de natureza pecuniária."

<sup>8</sup> SILVA, Lino Martins da. *Contabilidade Governamental: um enfoque administrativo*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1996. p. 310.

não obriga o responsável à modalidade de prestação de contas, ou, quando esta é exigida, o responsável não a cumpra.<sup>9</sup>

Com efeito, a diferença básica entre a prestação e a tomada de contas consiste em que, na primeira, é o próprio ordenador de despesa que faz o levantamento das contas, enquanto na segunda o levantamento é feito por um órgão, ente ou setor *extraneus* ao ordenador de despesa.

É de se observar, ainda, que a prestação e a tomada de contas também são subdivididas em espécies.

A prestação de contas pode ser ANUAL e EXTRAORDINÁRIA. A prestação de contas ANUAL é elaborada ao final do exercício financeiro, enquanto que a EXTRAORDINÁRIA é elaborada quando ocorrer a extinção, fusão, incorporação, transformação, liquidação ou privatização de entidades da administração indireta, inclusive as fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público.

No mesmo sentido, a tomada de contas pode ser ANUAL, EXTRAORDINÁRIA e, divergindo da classificação anterior, ESPECIAL.

---

<sup>9</sup> *Op. Cit.*, p. 314.

A tomada de contas ANUAL é levantada ao final do exercício financeiro; a EXTRAORDINÁRIA é levantada quando ocorrer a extinção, dissolução, transformação, fusão ou incorporação de unidade gestora ou órgão; a ESPECIAL é levantada pelos órgãos ou entidades diversas *extraneus* ao ordenador de despesa, que ocorreu desfalque, desvio de bens, ou outra irregularidade de que resulte prejuízo para a Fazenda Pública, ou quando se verificar que determinada conta não foi prestada pelo responsável pela aplicação dos recursos públicos, no prazo e na forma fixados.

Em que pese a existência da classificação feita para tomada de contas, entendo não existir as tomada de contas anual e extraordinária. E, faço essa afirmação com fulcro nos artigos 70, parágrafo único e 84, XXIV da CRFB, que prescreve a obrigação de prestar contas, inclusive quanto ao Presidente da República, sem deixar margem de dúvidas quanto à existência de pessoa que possa estar desobrigada a prestar contas.

Entretanto, concordo com a existência da tomada de contas especial, pois a própria Constituição previu tal mecanismo, em caso de omissão de prestar contas ou “de extravio, perda ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário”, conforme se pode concluir da leitura dos artigos 51, II, e 71, II, *in fine*. Porém, como já está assente esse entendimento, deixo como hábil a classificação acima exposta.

É de bom alvitre relembrar que a explicação foi realizada exclusivamente para fins de melhor entendimento, pois o instituto a ser utilizado em qualquer problema decorrente da aplicação dos recursos transferidos voluntária ou obrigatoriamente, seria a tomada de contas especial, seja pelos órgãos de controle do estado do Pará (transferências voluntárias), seja pelos órgãos de controle Municipal (transferências compulsórias).

O instituto da tomada de contas especial está previsto no art. 33 da Lei Complementar Estadual n.º 12/93<sup>10</sup> e nos incisos XVI e XVII do art. 5º<sup>11</sup> da Lei Estadual n.º 6.176/98, alterada pela Lei n.º 6.275/99,<sup>12</sup> seguindo os procedimentos constantes da Instrução Normativa TCU n.º 013 de 04/12/96, por expressa inteligência do art. 88 da mesma Lei Complementar, a qual remete subsidiariamente à legislação do Tribunal de Contas da União os casos não regulados pelas normas do estado do Pará acerca do assunto.

---

<sup>10</sup> Em Relação ao Tribunal de Contas da União a Tomada de Contas Especial é regulada pelo art. 8º e §§ da Lei Federal n.º 8.443/93 e no que concerne ao Tribunal de Contas dos Municípios do Estado do Pará pelos art. 45 e §§ e 83 da Lei Complementar Estadual n.º 25/94.

<sup>11</sup> “Art. 5º - A Auditoria-Geral do Estado, órgão ligado diretamente ao Chefe do Poder Executivo, tem as seguintes atribuições:”

[...]

XVI - cientificar formalmente a autoridade administrativa competente, para que instaure tomada de contas, sempre que for constatada ilegalidade ou irregularidade;

XVII - realizar tomada de contas especial, quando as medidas do inciso XVI não surtirem eficácia, pronunciando-se sempre sobre os resultados obtidos.”

<sup>12</sup> Lei que institui o Sistema de Controle Interno, cria a Auditoria-Geral do Estado no âmbito do Poder Executivo.

Entretanto, deve-se alertar que a tomada de contas especial é medida de exceção, só sendo justificada quando não for possível a solução dos problemas via procedimento de rotina, isso é o que determina o parágrafo único do art. 1º da Instrução Normativa TCU n.º 013 de 4/12/96.

Esse alerta se revela necessário por força do princípio da economicidade insculpido no art. 70 da CRB, pois a SEDUC tem o dever de fiscalizar a fiel execução do convênio, nos termos da Cláusula Nona item 1.5 do Convênio em epígrafe, momento em que possíveis falhas podem ser sanadas.

Com efeito, é sabido que a responsabilidade dos atos inerentes à gestão da SEDUC é do gestor máximo, sendo esta responsabilidade ilidida com a instauração da tomada de contas especial – TCE – a que se refere o art. 33 da Lei Complementar n.º 12/93 c/c o artigo 5º, incisos XVI e XVII da Lei Estadual n.º 6.176/98, alterada pela Lei n.º 6.275/99.

O Regimento Interno do E. Tribunal não regulamentou a matéria tampouco precisava, visto que, consoante já afirmado, tanto o art. 88 da Lei Complementar Estadual n.º 12/93, quanto o próprio Regimento Interno do Tribunal de Contas do Estado do Pará (RITCE/PA) no art. 281 remetem à legislação do TCU os casos omissos na legislação estadual concernente ao assunto. Com efeito, a matéria é regulada pela Instrução Normativa TCU n.º 013 de 4/12/96.

Logo, há de se inferir que a forma de sanar as falhas em questão seria mediante a instauração do procedimento determinado no art. 33 da Lei Orgânica da Corte de Contas Estadual e no artigo 5º XVI da Lei da Auditoria Geral do estado do Pará, pautada nos procedimentos da citada resolução do TCU.

No âmbito do controle externo estadual, a tomada de contas realizada diretamente pelo TCE/PA ocorre quando os responsáveis sujeitos a modalidade de prestação de contas pelo RITCE/PA, por algum motivo não a tenham feito dentro do prazo legal (Art. 158 RITCE/PA).

A tomada de contas, nesses casos, é autorizada pela Presidência do TCE/PA, dentro do prazo de 30 dias após vencido o prazo para ingresso das contas no Tribunal. E o levantamento das contas será feito pelo Departamento de Controle Externo à vista dos documentos e de outros elementos colhidos pelo Tribunal, bem como das informações contidas em seu banco de dados. O encerramento da instauração processual da tomada de contas será de 90 dias, a contar da data do despacho do Presidente ( Arts. 160, 161 e 162 do RITCE/PA).

Feitas as observações legislativas acerca do tema, vislumbra-se *prima facie* certa confusão, pois segundo o art. 33 da Lei Complementar Estadual n.º 12/93 c/c o art. 5º, XVI da Lei Estadual n.º 6.176/98, alterada pela Lei n.º 6.275/99, quem deve levantar as contas é a autoridade administrativa

competente, sob pena de responsabilidade solidária, ou seja, o ordenador de despesa, que é a autoridade obrigada a prestar contas.

De acordo com o mesmo art. 5º, mais inciso XVII da Lei de criação da Auditoria Geral do Estado (AGE), cabe a esta a incumbência de levantar as contas caso a autoridade administrativa competente não as levante. Já em conformidade com os artigos 156 a 162 do RITCE/PA, compete à Corte de Contas do Estado proceder a tal levantamento.

Assim, questiona-se, quem na verdade tem competência para levantar as contas? Há incompatibilidade legislativa no tratamento do assunto no âmbito do estado do Pará? A resposta ao primeiro questionamento, a meu ver, parece ser a ordem explicada acima, ou seja, a competência é do ordenador de despesa, da Auditoria Geral e do Tribunal de Contas do Estado do Pará, exatamente nessa ordem em caso de falha sucessiva dos órgãos responsáveis até o Tribunal de Contas do Estado do Pará que é o órgão máximo nessa questão. Com esse raciocínio, responde-se negativamente ao segundo questionamento.

Em razão do exposto, infere-se que: no que concerne às transferências voluntárias de recursos financeiros, cabe inicialmente ao Gestor do ente federal beneficiário (município de Altamira) a obrigação de prestar contas da aplicação dos recursos repassados do tesouro do estado do Pará.

Entretanto, se houver qualquer irregularidade que cause dano ao erário do estado do Pará, por meio de transferência voluntária, ou omissão no dever de prestar contas cabe à SEDUC, à AGE e ao TCE, sucessiva e prejudicialmente levantar as contas do Município faltante.

Já no que tange às transferências compulsórias de recursos financeiros, como é o caso do FUNDEF, o caso deve ser regulado pelo Tribunal de Contas dos Municípios, na forma disposta no art. 45 e §§ da Lei complementar Estadual n.º 25/94 e pela legislação de cada Município, conforme o caso.

E, por último, cabe relembrar que o processo de prestação e tomada de contas é objeto de julgamento pelas Cortes de Contas, conforme prescreve o art. 71, II, da CRFB e 116, II, da CE/89, em que, após o julgamento, se for apurada qualquer responsabilidade patrimonial, deve-se proceder à execução judicial dos respectivos valores apurados, pois tais decisões se constituem em título executivo extrajudicial, conforme prescreve o art. 71, § 3º, da CRFB,<sup>13</sup> o qual foi repetido no art. 116, § 3º da Constituição do Estado de 1989, por força do art. 75 da mesma Carta Magna de 1988.

---

<sup>13</sup> “Art. 71....

[...]

§ 3º. As decisões do Tribunal de que resulte imputação de débito ou multa terão eficácia de título executivo.”

## **5 MEDIDA POLÍTICA CABÍVEL EM CASO DE PROBLEMAS DECORRENTES DE INADIMPLEMENTO DE OBRIGAÇÕES NO PROCESSO DE MUNICIPALIZAÇÃO**

Em caso de descumprimento do mínimo a ser aplicado no ensino, nos termos do art. 212 da CRFB, cabe representação fundamentada da Câmara Municipal de Altamira ou do Tribunal de Contas dos Municípios para fins de solicitação de intervenção do estado do Pará no município de Altamira, nos termos dos artigos 35, III da Carta Magna c/c os artigos 84, III e 85, I da Constituição do Estado do Pará de 1989.

Para desempenhar esse desiderato, deve ser oficiado ao Parlamento Municipal de Altamira e ao Tribunal de Contas dos Municípios para fins de verificação da violação dos dispositivos em comento e posterior formulação fundamentada da representação exigida pela Constituição do Estado.

Adotadas essas medidas cabe ao Chefe do Poder Executivo Estadual decretar a intervenção requerida, a qual será apreciada pela Assembléia Legislativa nos moldes do art. 85, § 3º da Constituição do Estado do Pará de 1989.

## 6 MEDIDAS JUDICIAIS CABÍVEIS EM CASO DE PROBLEMAS DECORRENTES DO INADIMPLEMENTO DE OBRIGAÇÕES NO PROCESSO DE MUNICIPALIZAÇÃO

Sob a ótica judicial, o estado do Pará pode tomar uma série de medidas para fazer cumprir as obrigações decorrentes do convênio em questão. Nesse diapasão, serão elencadas algumas medidas judiciais que poderão ser aplicados na inexecução do convênio em epígrafe, porém tal elenco não tem o condão de exaurir as possibilidades de manejo das ações judiciais cabíveis à espécie.

a) A primeira delas já foi indicada nos pareceres anteriores, que é a propositura de ação de improbidade administrativa, seja por esta Procuradoria Geral, seja pelo Ministério Público do Estado, conforme dispõe o art. 17 da Lei Nacional n.º 8.429/92, que assim dispõe:

Art. 17. A ação principal, que terá o rito ordinário, será proposta pelo *Ministério Pùblico ou pela pessoa jurídica interessada*, dentro de trinta dias da efetivação da medida cautelar (Destaque postos).

Para que se adote essa medida pela Procuradoria Geral do Estado, faz-se mister analisar os descumprimentos realizados em face das hipóteses de cabimento da Lei n.º 8.429/92.

b) Outra medida judicial que pode ser adotada por esta Procuradoria Geral do Estado é a propositura de ação de obrigação de fazer com fulcro no art. 461 do Código de Processo Civil com as cominações e meios coercitivos inerentes às tutelas específicas, em especial, as medidas expostas no § 5º do artigo em comento.

Com essa medida o estado do Pará pode interferir em prol dos servidores cedidos de forma reflexa, pois exigindo o cumprimento dos termos do convênio, o Município será obrigado a efetuar o pagamento dos vencimentos dos servidores cedidos no processo de Municipalização.

c) Cabe, ainda, fazer referência que descabe a propositura de ação de prestação de contas, por falta de interesse de agir, conforme abaixo será exposto.

A tutela jurisdicional só funciona se provocada, conforme dispõe o art. 2º do CPC. Entretanto, para que essa provocação seja existente ou válida, faz-se necessário uma série de requisitos processuais e de condições de provimento final.

Dentre as condições para o exercício do poder de ação, ou seja, de provocação da tutela jurisdicional, está o interesse processual para agir, que é

representado pelo binômio “interesse-necessidade” e “interesse-adequação”, pois o Estado-Juiz não pode exercer suas atividades senão quando esta atuação se revele absolutamente necessária.

Nesse sentido é a posição do ilustre jurista Alexandre Freitas Câmara, no que concerne às condições da ação (*rectius*: condições de provimento final):

o interesse de agir é verificado pela presença de dois elementos, que fazem com que esse requisito do provimento final seja verdadeiro binômio: ‘necessidade de tutela jurisdicional’ e ‘adequação do provimento pleiteado’. Fala-se, assim, em ‘interesse-necessidade’ e em ‘interesse-adequação’. A ausência de qualquer dos elementos componentes deste binômio implica ausência do próprio interesse de agir (Destaque nosso).<sup>14</sup>

Mostra-se evidente, no presente caso, a ausência do primeiro elemento do interesse de agir, qual seja, a necessidade de tutela jurisdicional, pois o Tribunal de Contas e os órgãos de controle interno do estado do Pará podem de ofício levantar as contas dos responsáveis sem necessidade de recorrer à tutela jurisdicional.

Com efeito, vê-se que o gestor tem obrigação de prestar contas e, se assim não proceder, cabe aos órgãos de controle interno do Estado e do Município, bem como, ao próprio Tribunal de Contas da União, do Estado e dos Municípios, conforme o caso, proceder ao levantamento das contas (*rectius*:

---

<sup>14</sup> CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. 7. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2002. V. I. p. 111.

tomada de contas especial) de forma auto-executória, sem necessidade de interferência do Poder Judiciário.

Nesse sentido, cabe aqui alertar que a gestão de recursos públicos é de interesse indisponível, o que cabe fazer um paralelo com o princípio da indisponibilidade processual, que é regido pela regra da oficialidade, a qual se desdobra na existência de uma autoridade pública e na oficiosidade, que representa o poder de agir de ofício.<sup>15</sup>

No caso do controle dos gastos públicos os Tribunais de Contas atuam como essa autoridade pública, na forma do 71, VI c/c o art. 75 da CRFB, que no caso do Tribunal de Contas do Estado do Pará está prescrito no art. 116, V, da Constituição do Estado de 1989. No mesmo sentido é a regra da oficiosidade, pois os Tribunais de Contas podem agir de ofício, consoante prescreve o art. 71, IV c/c o art. 75 do Texto Constitucional, que se repetiu em relação ao estado do Pará no art. 116, IV, da Carta paraense.

Assim, se os órgãos de controle externo podem, inclusive, tomar as contas daqueles que obrigados a prestar não o fizeram, não há necessidade de recorrer ao Poder Judiciário para se desempenhar essa função, pela simples

---

<sup>15</sup> GRINOVER, Ada Pelegrini et alli. *Teoria Geral do Processo*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 64.

razão de que os órgãos de controle podem fazer prescindindo do Poder Judiciário.

É de se notar que essas razões independem da discussão acerca da natureza jurídica dos Tribunais de Contas, pois as atribuições por eles exercidas nesse caso não recaem sobre essa celeuma.

Por via de consequência, também, não cabe ao Tribunal de Contas do Estado a propositura da referida Ação de Prestação de Contas, pois, consoante já asseverado ele mesmo tem os elementos necessários para desempenhar esse desiderato. *Ad argumentandum*, mesmo que se admitisse a viabilidade da propositura da referida ação, não poderia o Tribunal de Contas propô-la, mas, sim, a Procuradoria Geral do Estado *ex vi* do art. 132 da CRFB e do art. 187 da Constituição do Estado de 1989, que conferem a este órgão o poder de representação judicial do Estado.

Assim sendo, torna-se perceptível o não cabimento da ação de prestação de contas em casos de competência dos Tribunais de Contas.

Porém, em que pese o raciocínio até aqui desenvolvido, deve-se registrar que há posições em sentido contrário, em especial do Tribunal de Justiça

do Estado do Rio Grande do Sul, para os casos de desmembramento de municípios, conforme se depreende do aresto abaixo:

APELAÇÃO CÍVEL. BAGÉ. AÇÃO DE PRESTAÇÃO DE CONTAS. OBRIGAÇÃO DO MUNICÍPIO DESMEMBRADO A PRESTAR CONTAS DA ADMINISTRAÇÃO DO NOVO MUNICÍPIO ATÉ SUA INSTALAÇÃO. PRELIMINAR REJEITADA. PODE O JUDICIÁRIO DECLARAR A OBRIGAÇÃO DE PRESTAR CONTAS SEM VIOLAR A COMPETÊNCIA CONSTITUCIONAL DO TRIBUNAL DE CONTAS. O MUNICÍPIO DE HULHA NEGRA, EMANCIPADO EM 24 DE MARCO DE 1992 TEM O DIREITO DE POSTULAR PRESTAÇÃO DE CONTAS, DA ADMINISTRAÇÃO REALIZADA PELO MUNICÍPIO DE BAGÉ, ATÉ SUA INSTALAÇÃO. RECURSO ADESIVO NÃO CONHECIDO POR INTEMPESTIVO. APELAÇÃO DESPROVIDA. RECURSO ADESIVO NÃO CONHECIDO. SENTENÇA CONFIRMADA EM REEXAME. (9 FLS.) (APELAÇÃO CÍVEL Nº 598385458, QUARTA CÂMARA CÍVEL, TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RS, JULGADO EM 15/12/1999, OJ. QUARTA CÂMARA CÍVEL, RELATOR: VASCO DELLA GIUSTINA).

Com efeito a jurisprudência dominante do Superior Tribunal de Justiça é no sentido do raciocínio desenvolvido, ou seja, da inviabilidade de propositura da ação em comento, nos seguintes termos:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE PRESTAÇÃO DE CONTAS CONTRA EX-PREFEITO. CONVÊNIO ENTRE ESTADO E MUNICÍPIO. CARÊNCIA DA AÇÃO. COMPETÊNCIA. TRIBUNAL DE CONTAS. I - É pacífica a jurisprudência desta colenda Corte, no sentido de que compete ao Tribunal de Contas o processo e o julgamento da ação de prestação de contas contra ex-prefeito, não cabendo ao Poder Judiciário tal mister, ex vi do artigo 71, c/c o artigo 75, ambos da CF/88. II - Recurso especial improvido. (STJ – RESP 200347/ RO, j. em 22/04/2003, DJ DATA:23/06/2003 PG:00243, OJ. 1ª T, Rel. Min. FRANCISCO FALCÃO).

PROCESSO CIVIL - AÇÃO DE PRESTAÇÃO DE CONTAS: IMPROPRIEDADE. 1. O Prefeito Municipal presta suas contas ao Tribunal de Contas do Município. 2. Extinção do processo por

*carência de ação. 3. Recurso improvido. (STJ – 225381 / PR, j. em 07/03/2002, DJ DATA:22/04/2002 PG:00186, OJ. 2<sup>a</sup> T, Rel. Min. ELIANA CALMON).*

Diferente, também, não é o entendimento do Supremo Tribunal Federal, em sede de decisão monocrática, que acolheu a tese ora exposta, *in verbis*:

*Despacho. DECISÃO PRESTAÇÕES DE CONTAS - DIREITO PÚBLICO - ACESSO AO JUDICIÁRIO. 1. O Tribunal de Justiça do Estado do Amapá manteve sentença que implicara o indeferimento da inicial e a extinção do processo sem julgamento de mérito, ante fundamentos assim sintetizados: PROCESSUAL CIVIL - Ação de prestação de contas movida pelo Estado contra Município - Repasse de verbas através de convênio - Competência do Tribunal de Contas do Estado - Aplicação do art. 112, inc. VI, da Constituição Estadual - 1) Nos termos do art. 112, inc. VI, da Constituição Estadual, compete ao Tribunal de Contas do Estado fiscalizar e julgar a aplicação de quaisquer recursos repassados pelo Estado, em razão de convênios, aos municípios - 2) Não pode o Estado exigir do Judiciário a realização de atividade que compete exclusivamente à Corte de Contas e à Assembléia Legislativa (folha 29). No extraordinário cujo trânsito almeja, interposto com alegada base na alínea "a" do permissivo constitucional, o estado do Amapá articula com o malferimento do inciso XXXV do artigo 5º da Carta Política da República. Aduz que a competência do Tribunal de Contas é limitada à averiguação do acerto das contas, não se confundindo com decisão judicial e, portanto, não revestindo a conclusão do Órgão da autoridade da coisa julgada. Vai além, ressaltando haver constituído negativa de prestação jurisdicional a recusa do Judiciário, a quem cabe apreciar o conflito de interesses resultante do convênio firmado entre os interessados, em julgar a ação (folha 41 à 44). O Juízo primeiro de admissibilidade disse da falta de prequestionamento da matéria, salientando também que não ficou demonstrada analiticamente a violência ao preceito indicado (folha 50 à 52). Conforme certificado à folha 57, o Agravado não apresentou contraminuta. 2. Na interposição deste agravo, foram observados os pressupostos de recorribilidade que lhe são inerentes. A peça, subscrita por procuradora do Estado e acompanhada dos documentos previstos no artigo 544, § 1º, do Código de Processo Civil, restou protocolada no prazo em dobro a que tem jus o*

Agravante. As regras civilistas disciplinadoras da prestação de contas sofre substancial mitigação em se tratando de relação jurídica de direito público. É justamente isso que ocorre na espécie dos autos. O estado do Amapá buscou a prestação de contas, tendo em vista convênio firmado com o Município de Amapá, relativamente aos recursos por este recebidos para aquisição de material de educação, saúde e higiene destinado a escolas públicas municipais e estaduais nele situadas. O Agravante acionou, de imediato, o Judiciário e pediu mais que, não oferecendo impugnação ou se negando a prestar as contas pretendidas, o Município fosse condenado a fazê-lo no prazo de quarenta e oito horas, sendo que, apurado o débito, viesse a consubstanciar título executivo. *Bem andou o Tribunal de origem ao sinalizar a existência da Corte de Contas estadual. Trata-se de hipótese a ser equacionada, de início, sem a participação do Judiciário. É o que decorre da Carta da República, no que contém preceito de observância obrigatória, como foi, nos Estados - artigo 75. Por tais razões, não se pode assentar a transgressão à garantia constitucional asseguradora do livre acesso ao Judiciário.* 3. Conheço do pedido formulado neste agravio, mas a ele nego acolhida. 4. Publique-se. (destaques insertos) (STF – AI 287470/AP, j. em 19/02/2001, DJ DATA-08/05/2001 P - 00118 Rel. Min. MARCO AURÉLIO).

Para se buscar melhor definição das atribuições do Controle Parlamentar Externo Financeiro, peço vênia para transcrever um aresto do Superior Tribunal de Justiça que bem resume o assunto, *in verbis*:

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. CONTROLE EXTERNO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. ATOS PRATICADOS POR PREFEITO, NO EXERCÍCIO DE FUNÇÃO ADMINISTRATIVA E GESTORA DE RECURSOS PÚBLICOS. JULGAMENTO PELO TRIBUNAL DE CONTAS. NÃO SUJEIÇÃO AO DECISUM DA CÂMARA MUNICIPAL. COMPETÊNCIAS DIVERSAS. EXEGESE DOS ARTS. 31 E 71 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. Os arts. 70 a 75 da Lex Legum deixam ver que o controle externo – contábil, financeiro, orçamentário, operacional e patrimonial – da administração pública é tarefa atribuída ao *Poder Legislativo e ao Tribunal de Contas*. O primeiro, quando atua nesta seara, o faz com o auxílio do segundo que, por sua vez, detém competências que lhe são próprias e exclusivas e que para serem exercitadas independem da interveniência do Legislativo. O conteúdo das

*contas globais prestadas pelo Chefe do Executivo é diverso do conteúdo das contas dos administradores e gestores de recurso público. As primeiras demonstram o retrato da situação das finanças da unidade federativa (União, Estados, DF e Municípios). Revelam o cumprir do orçamento, dos planos de governo, dos programas governamentais, demonstram os níveis de endividamento, o atender aos limites de gasto mínimo e máximo previstos no ordenamento para saúde, educação, gastos com pessoal. Consubstanciam-se, enfim, nos Balanços Gerais prescritos pela Lei nº 4.320/64. Por isso, é que se submetem ao parecer prévio do Tribunal de Contas e ao julgamento pelo Parlamento (art. 71, I c./c. 49, IX da CF/88). As segundas – contas de administradores e gestores públicos, dizem respeito ao dever de prestar (contas) de todos aqueles que lidam com recursos públicos, captam receitas, ordenam despesas (art. 70, parágrafo único da CF/88). Submetem-se a julgamento direto pelos Tribunais de Contas, podendo gerar imputação de débito e multa (art. 71, II e § 3º da CF/88). Destarte, se o Prefeito Municipal assume a dupla função, política e administrativa, respectivamente, a tarefa de executar orçamento e o encargo de captar receitas e ordenar despesas, submete-se a duplo julgamento. Um político perante o Parlamento precedido de parecer prévio; o outro técnico a cargo da Corte de Contas. Inexistente, “in casu”, prova de que o Prefeito não era o responsável direto pelos atos de administração e gestão de recursos públicos inquinados, deve prevalecer, por força ao art. 19, inc. II, da Constituição, a presunção de veracidade e legitimidade do ato administrativo da Corte de Contas dos Municípios de Goiás. Recurso ordinário desprovido. (Destques Postos) (STJ ROMS – 11060/GO, j. em 25/06/2002, DJ DATA:16/09/2002 PG:00159, OJ. 2ª T, Rel. Min. LAURITA VAZ, Rel. do Acórdão Min. PAULO MEDINA).*

Em razão do exposto, sou de parecer pela inviabilidade da propositura da Ação de Prestação de Contas nos termos 914 a 919 do Código de Processo Civil, por falta de interesse processual.

d) Deve-se ressaltar que o descabimento da ação de prestação de contas não elide a hipótese de propositura de ação ordinária de reparação de

danos, pois não se confunde com o levantamento de contas do ordenador de despesa, conforme já decidiu o Supremo Tribunal Federal.

*COMPETÊNCIA - AÇÃO ORDINÁRIA DE REPARAÇÃO DE DANOS - PREFEITO. Em se tratando de ação ordinária de reparação de danos, a competência para julgá-la é do Juízo. PREFEITO - PRESTAÇÃO DE CONTAS X RESPONSABILIDADE CIVIL - Descabe confundir a tomada de contas do Prefeito, a cargo do tribunal de contas competente e da Câmara Municipal, com ação ordinária visando a responsabilizá-lo por danos causados. (STF - RE 179852 / MG, j. em 21/11/2000, DJ DATA-04-05-01 PP-00035 EMENT VOL-02029-04 PP-00847, OJ. 2ª T, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO).*

Em face do exposto, tem-se que a última medida judicial sugerida é a ação ordinária de reparação de danos, em caso de prejuízos sofridos pelo estado do Pará na execução do convênio em tela.

e) E, por último, caso os Tribunais de Contas (Estado ou Municípios) já tenham julgado o possível dano, apurado em processo de levantamento de contas, cabe à Procuradoria Geral do Estado ou quem tiver a representação judicial dos Municípios, propor ação de execução com base na decisão das Cortes de Contas, com fulcro no art. 71, § 3º da CRFB, que foi repetido no art. 116, § 3º, da Constituição do Estado de 1989, por força do art. 75 da Carta Magna de 1988

## CONCLUSÃO

Em face das razões expostas e considerando a ausência de elementos para definir em concreto a situação do município de Altamira, é possível extrair as seguintes conclusões acerca da questão em análise:

- a) QUANTO AO PROCESSO DE MUNICIPALIZAÇÃO:
  - a.1) o processo de redistribuição do ensino fundamental proposto pela Emenda Constitucional n.º 14/96 é constitucional, conforme já decidiu o STF;
  - a.2) no processo de municipalização do ensino fundamental pode ser utilizado o instrumento denominado convênio para transferir recursos, humanos e materiais, e encargos financeiros, conforme prescreve os artigos 211, § 4º, e o art. 241 da CRFB e o art. 3º, § 9º, da Lei n.º 9.424/96;
  - a.3) os serviços públicos de educação, concernentes ao ensino fundamental, podem ser financiados com recursos próprios do Município decorrentes de receitas de impostos, de transferências compulsórias etc., e por meio de

transferências voluntárias, decorrentes de convênios para assegurar a gestão associada ou compartilhada até que o Município tenha condição de atuar com seus próprios recursos no atendimento a essa necessidade pública;

a.4) cada matéria transferida (recursos humanos, materiais e financeiros) segue regime jurídico próprio, mesmo que tenham algum ponto de contato (o processo de municipalização);

b) QUANTO À “TRANSFERÊNCIA” DE RECURSOS HUMANOS:

b.1) o servidor continua sendo servidor público estadual, em que pese não ser dele o ônus pela remuneração e encargos sociais;

b.2) permanece o vínculo previdenciário com instituto de previdência próprio do estado do Pará, de vez que os benefícios decorrentes de idade avançada, doença etc, continuam a ser coberto pelo sistema de previdência do Estado, na forma da Cláusula Nona, item 3 e 4 do Convênio,

devendo o instituto de previdência cobrar as contribuições sociais que incidem sobre o pagamento da remuneração, inclusive com as prerrogativas e privilégios inerentes ao crédito tributário;

b.3) o ônus pelo pagamento das verbas remuneratórias e encargos sociais fica a cargo do município de Altamira, já que é dele a responsabilidade para processar essa obrigação, bem como, será ele (município de Altamira) que será o ente federal a receber do FUNDEF os recursos para tal desiderato, ressalvadas as hipóteses descritas na Cláusula Nona, item 1.3, que prescreve casos de responsabilidade do estado do Pará;

b.4) permanecem válidas as obrigações decorrentes do convênio para o estado do Pará, por meio da SEDUC (Cláusula Nona, item 1) e por meio da SEAD (Cláusula Nona, item 2), bem como, do instituto de previdência do Estado (Cláusula Nona, item 3).

c) QUANTO À COMPETÊNCIA DOS ÓRGÃOS DE CONTROLE:

c.1) a competência para julgar ou fiscalizar questões advindas de transferências voluntárias até o adimplemento dos encargos decorrentes da transferência, ou seja, antes de se incorporar ao patrimônio do ente beneficiário, é dos órgãos de controle vinculados ao ente repassador ou dos órgãos jurisdicionais que tenham competência *ratione personae*;

c.2) a competência para julgar ou fiscalizar questões advindas de transferências compulsórias ou voluntárias após o adimplemento do encargo contraído, ou seja, após se incorporar ao patrimônio do ente beneficiário, é dos órgãos de controle vinculados ao ente beneficiado ou dos órgãos jurisdicionais que tenham competência *ratione personae*.

d) QUANTO ÀS MEDIDAS ADMINISTRATIVAS CABÍVEIS  
EM CASO DE INADIMPLEMENTO DAS OBRIGAÇÕES  
PACTUADAS:

d.1) a primeira medida administrativa a ser tomada compete à SEDUC, no que tange à fiscalização da fiel execução do

convênio, momento em que, verificada uma irregularidade, podem e devem os convenentes procurar todos os meios possíveis de solução dentro do âmbito de responsabilidade de cada interessado;

d.2) denúncia do convênio firmado, em caso de persistência no descumprimento das obrigações pactuadas, caso em que as regras atinentes à “transferência” de recursos humanos poderiam ser reguladas por portaria;

d.3) comunicação de qualquer irregularidade na execução do convênio em epígrafe aos seguintes órgãos, conforme o caso: aos Parlamentos Estadual e Municipal; aos Ministérios Públicos Federal e Estadual; aos Tribunais de Contas do Estado e dos Municípios; ao Conselho Estadual do FUNDEF; e aos órgãos de controle interno da União, do estado do Pará e dos Municípios inadimplentes, se houver, para que adote as medidas administrativas ou judiciais que julgarem cabíveis;

d.4) se houver qualquer irregularidade que cause dano ao erário do estado do Pará, por meio de transferência

voluntária, ou omissão no dever de prestar contas, cabe à SEDUC, à AGE e ao TCE, sucessiva e prejudicialmente levantar as contas do Município faltante (tomada de contas especial). Em caso de transferências compulsórias, o caso deve ser regulado pelo Tribunal de Contas dos Municípios, na forma disposta no art. 45 e §§ da Lei complementar Estadual n.º 25/94 e pela legislação de cada Município, conforme o caso.

e) QUANTO À MEDIDA POLÍTICA CABÍVEL EM CASO DE INADIMPLEMENTO DAS OBRIGAÇÕES DO ART. 212 DA CRFB:

e.1) Como medida política, no caso de descumprimento do mínimo a ser aplicado no ensino nos termos do art. 212 da CRFB, cabe representação fundamentada da Câmara Municipal ou do Tribunal de Contas dos Municípios para fins de solicitação de intervenção do estado do Pará no Município inadimplente, nos termos dos artigos 35, III da Carta Magna c/c os artigos 84, III e 85, I da Constituição do Estado do Pará de 1989;

f) QUANTO ÀS MEDIDAS JUDICIAIS CABÍVEIS EM CASO  
DE PROBLEMAS DECORRENTES DO  
INADIMPLEMENTO DE OBRIGAÇÕES NO PROCESSO  
DE MUNICIPALIZAÇÃO:

f.1) propositura de ação de improbidade administrativa, seja por esta Procuradoria Geral, seja pelo Ministério Público do Estado, nas hipóteses preconizadas pela Lei Nacional n.<sup>º</sup> 8.429/92;

f.2) propositura de ação de obrigação de fazer com fulcro no art. 461 do Código de Processo Civil com as cominações e meios coercitivos inerentes às tutelas específicas, em especial, as medidas expostas no § 5º do artigo em comento;

f.3) inviabilidade da propositura da Ação de Prestação de Contas nos termos 914 a 919 do Código de Processo Civil, por falta de interesse processual;

f.4) propositura de ação ordinária de reparação de danos, em caso de prejuízos sofridos pelo estado do Pará na

execução do convênio em tela, pois o descabimento da ação de prestação de contas não elide a hipótese de reparação de danos;

f.5) propositura de ação de execução com base na decisão das Cortes de Contas, com fulcro no art. 71, § 3º, da CRFB, que foi repetido no art. 116, § 3º, da Constituição do Estado de 1989, por força do art. 75 da Carta Magna de 1988, em caso de já haver julgamento, nos processos de prestação ou tomada de contas dos valores repassados, pelas Cortes de Contas a que o recursos forem vinculados.

Belém/PA, 31 de outubro de 2003.

*SANDOVAL ALVES DA SILVA*

Procurador do Estado do Pará

