

# Revista



SJRJ

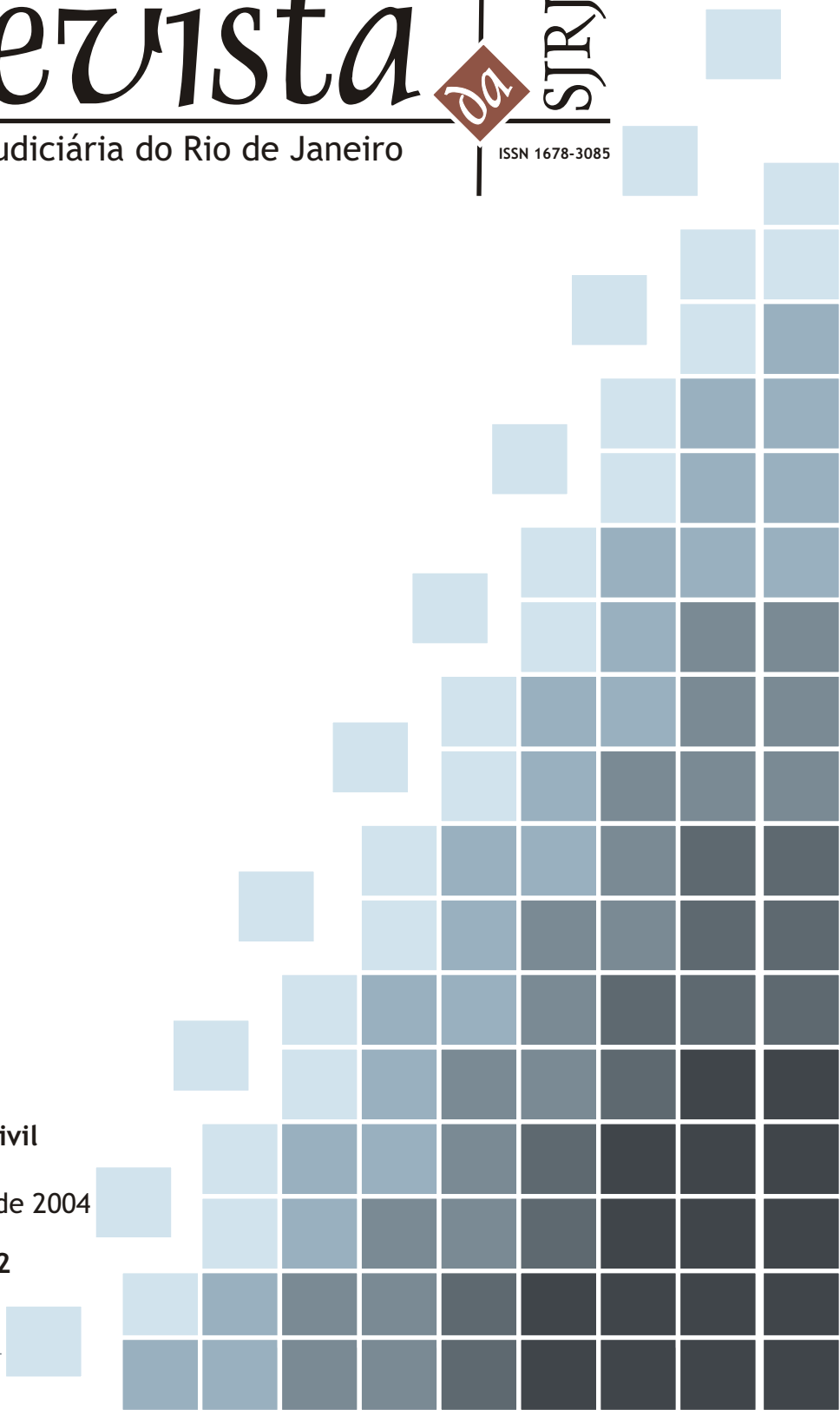
Seção Judiciária do Rio de Janeiro

ISSN 1678-3085

Processo Civil

Novembro de 2004

NÚMERO 12







**PODER JUDICIÁRIO**

**JUSTIÇA FEDERAL DE 1ª INSTÂNCIA  
SEÇÃO JUDICIÁRIA DO RIO DE JANEIRO**

**REVISTA DA SEÇÃO JUDICIÁRIA DO RIO DE JANEIRO**

**NÚMERO 12**

**NOVEMBRO DE 2004**

**ISSN 1678-3085**

---

R. SJRJ, Rio de Janeiro, n.12, p.01-241, 2004.

- Coordenação:** Fernanda Duarte Lopes Lucas da Silva  
Juíza Federal da 3ª Vara de Execuções Fiscais
- Planejamento:** Maria Regina Rogério Cosentino  
Secretaria Geral/SG  
Patrícia Reis Longhi  
Subsecretaria de Documentação e Divulgação - SDD
- Indexação:** Seção de Biblioteca - SEBIB/SDD  
Célia Barreto Gil  
Dayananda Souza Nunes  
Eliane Maria Teixeira da Cruz Silva Tristão  
Patrícia Waldeck Rodrigues  
Marina de Pinho e Souza Oliveira
- Diagramação:** Luciana Wille Folly  
Seção de Publicação - SEPUB/SDD
- Revisão:** Alexandre Ribeiro Rivello  
Seção de Publicação - SEPUB/SDD
- Foto capa:** Antônio Henrique de Oliveira Maia Cruz  
Seção de Apoio Técnico - SATEC/SDD
- Capa:** Rosana França Lopes  
Subsecretaria de Documentação e Divulgação - SDD
- Impressão:** Gráfica da Justiça Federal da 2ª Região
- Tiragem:** 500 exemplares
- Endereço:** Seção Judiciária do Rio de Janeiro  
Subsecretaria de Documentação e Divulgação  
Av. Rio Branco, 243 - 5º andar - Anexo I  
Centro - Rio de Janeiro - RJ  
CEP: 20040-009  
Tel.: (21) 2510-8887 - Fax.: (21) 2510-8885  
E-mail: tssdd@jfrj.gov.br

Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro, n. 12 - Rio de Janeiro: JFRJ. 2004  
241p.

Continuação de: Revista de Jurisprudência da Seção Judiciária do  
Rio de Janeiro. 1994-2002.

ISSN 1678-3085

1. Direito - Periódicos 2. Seção Judiciária do Rio de Janeiro - Jurisprudência. I.  
Brasil. Seção Judiciária do Estado do Rio de Janeiro.

# **REVISTA DA SEÇÃO JUDICIÁRIA DO RIO DE JANEIRO**

## **Diretoria da Revista**

**Carlos Guilherme Francovich Lugones**  
Juiz Federal - Diretor do Foro

**Mauro Souza da Costa Braga**  
Juiz Federal - Vice-Diretor do Foro

## **Coordenadoria da Revista**

**Fernanda Duarte Lopes Lucas da Silva**  
Juíza Federal da 3ª Vara de Execuções Fiscais



Juízes Federais

**JUIZES Federais**

Titulares e  
Substitutos





Abel Fernandes Gomes  
Alberto Nogueira Júnior  
Alcides Martins Ribeiro Filho  
Alcir Luiz Lopes Coelho  
Alexandre Libonati de Abreu  
Alfredo França Neto  
Aluisio G. de Castro Mendes  
Ana Amélia S. Moreira Antoun Netto  
Ana Paula Vieira de Carvalho  
Andréa Cunha Esmeraldo  
Andréa Daquer Barsotti  
Andréa de Luca Vitagliano  
Anelisa Pozzer  
Antônio Henrique Corrêa da Silva  
Augusto Guilherme Diefenthaler  
Boaventura João Andrade  
Carlos Alexandre Benjamin  
Carlos Guilherme F. Lugones  
Carmen Sílvia de Arruda Torres  
Cláudia Maria P. Bastos Neiva  
Cláudia Valéria B. Fernandes  
Edna Carvalho Klemann  
Eduardo André Brandão de Brito  
Fernandes  
Edward Carlyle Silva  
Eloá Alves Ferreira de Mattos  
Eugênio Rosa de Araújo  
Fátima Maria Novelino Sequeira  
Fernanda Duarte L. Lucas da Silva  
Fernando César Baptista de Mattos  
Firly Nascimento Filho  
Flávio Oliveira Lucas  
Frana Elizabeth Mendes  
Geraldine Pinto Vital de Castro  
Guilherme Bollorini Pereira  
Guilherme Calmon Nogueira da Gama  
Guilherme Couto de Castro  
Helena Elias Pinto  
Humberto de Vasconcelos Sampaio  
Isabel Maria de Figueiredo Souto  
José Antonio Lisboa Neiva  
José Arthur Diniz Borges  
José Carlos da Silva Garcia  
José Eduardo Nobre Matta

Júlio Emílio Abranches Mansur  
Lafredo Lisboa Vieira Lopes  
Lana Maria Fontes Regueira  
Leopoldo Muylaert  
Liliane do Espírito Santo R. de Almeida  
Lívia Maria Ferreira Orotavo  
Lucy Costa de Freitas Campani  
Luiz Claudio Flores da Cunha  
Luiz Norton Baptista de Mattos  
Luiz Paulo da S. Araújo Filho  
Manoel Rolim Campbell Penna  
Marcello F. de Souza Granado  
Marcelo Bretas  
Marcelo da Fonseca Guerreiro  
Marcelo Leonardo Tavares  
Marcelo Luzio Marques Araújo  
Marcelo Pereira da Silva  
Marcia Helena Ribeiro Pereira Nunes  
Márcia Maria Nunes de Barros  
Marco Falcão Critsinelis  
Marcos André Bizzo Moliari  
Maria Alice Paim Lyard  
Maria Amélia A. S. de Carvalho  
Maria do Carmo Freitas Ribeiro  
Mauro Luís Rocha Lopes  
Mauro Souza M. da Costa Braga  
Nizete Antônia Lobato Rodrigues  
Paula Patrícia Provedel Mello Nogueira  
Paulo Pereira Leite Filho  
Regina Coeli M. de C. Peixoto  
Renato César Pessanha de Souza  
Ricardo Perlingeiro M. da Silva  
Rogério Tobias de Carvalho  
Salette Maria Polita Maccallóz  
Sandra M. Chalu B. de Campos  
Sidney Merhy Monteiro Peres  
Simone Bretas  
Simone Schreiber  
Theophilo Antonio Miguel Filho  
Valéria Caldi Magalhães  
Valéria Medeiros de Albuquerque  
Vigdor Teitel  
William Douglas R. dos Santos  
Wilney Magno de Azevedo Silva



---

Adriana Alves dos Santos Cruz	José Carlos da Frota Matos
Adriana Menezes de Rezende	José Carlos Zebulum
Adriano Saldanha Gomes de Oliveira	Juliana Brandão da Silveira Couto V.
Alceu Maurício Junior	Pedras
Alexandre Berzosa Saliba	Lilea Pires de Medeiros
Alexandre da Silva Arruda	Luis Eduardo Bianchi Cerqueira
Alfredo de Almeida Lopes	Luiz Clemente Pereira Filho
Ana Carolina Vieira de Carvalho	Luiz Eduardo Pimenta Pereira
Ana Cristina Ferreira de Miranda	Maíra Felipe Lourenço
Ana Paula Rodrigues Mathias	Marcella Araújo da Nova Brandão
André de Magalhães Lenart Zilberkrein	Marcello Enes Figueira
André Luiz Martins da Silva	Márcia Maria Ferreira da Silva
Angelina de Siqueira Costa	Marcos Aurélio Silva Pedrazas
Bianca Stamato Fernandes	Marcus Livio Gomes
Bruno Dutra	Marcus Vinicius Figueiredo de O. Costa
Caio Márcio Guterres Taranto	Margareth de Cássia Thomaz Rostey
Carlos Alberto Gomes da Silva	Maria de Lourdes Coutinho Tavares
Caroline Medeiros e Silva	Marianna Carvalho Bellotti
Cássio Murilo M. Granzinoli	Marina de Mattos Salles
Cleyde Muniz da Silva Carvalho	Monique Calmon de A. Biolchini
Cristiane Conde Chmatalik	Natália Tupper dos Santos
Cynthia Leite Marques	Odilon Romano Neto
Daniela Milanez	Osair Victor de Oliveira Junior
Daniela Pereira Madeira	Paulo André R. de Lima Espírito Santo
Daniella Rocha S. Ferreira de S. Motta	Raquel Domingues do Amaral
Dario Ribeiro Machado Junior	Ricardo Ribeiro Campos
Elmo Gomes de Souza	Rodolfo Kronenberg Hartamnn
Érico Teixeira Vinhosa Pinto	Rosália Monteiro Figueira
Erik Navarro Wolkart	Sandro Valério Andrade do Nascimento
Fábio de Souza Silva	Silvio Wanderley do N. Lima
Fábio Tenenblat	Stelly Gomes Leal da Cruz
Fabrcio Antônio Soares	Teresa Ângela V. Bezerra de Menezes
Fabrcio Fernandes de Castro	Valter Shuenquener de Araújo
Flavia Caldas da Rocha	Vellêda Bivar Soares Dias Neta
Flávia Heine Peixoto	Vladimir Santos Vitovsky
Flavio Roberto de Souza	Vlamir Costa Magalhães
Hudson Targino Gurgel	Walner de Almeida Pinto
Iorio Siqueira D'Alessandri Forti	Washington Juarez de Brito Filho
Isabel Cristina Longuinho Batista de Souza	Wilson José Witzel
Itália Maria Zimardi Arêas	



A **REVISTA DA SEÇÃO JUDICIÁRIA DO RIO DE JANEIRO** é uma realização da Justiça Federal da 2ª. Região, de primeira instância, bastante exitosa. Desde 1994, a Justiça Federal tem compartilhado com a comunidade acadêmica, bem como com seus jurisdicionados, sua produção jurisprudencial, dando maior transparência e divulgação a suas decisões.

Todavia, com o crescimento da Justiça Federal, acompanhando uma política institucional de especialização de competências das varas federais, se percebeu necessário uma reformulação do projeto editorial, até então observado.

Pretendendo adequar nossa Revista SJRJ à realidade atual da magistratura federal fluminense, bem como do próprio direito contemporâneo, cada vez mais fragmentado e especializado em seus micro-sistemas normativos, procurou-se uma nova sistematização do material a ser publicado. Essa outra roupagem tem por referência as matérias nas quais se desdobram as competências que constitucionalmente são deferidas à Justiça Federal, evidenciando um universo jurídico preenchido por temáticas ricas e complexas, embora não necessariamente exclusivas.

Sob tal inspiração metodológica, considerou-se a produção de nossos juízes em dois momentos significativos: quer na qualidade de julgadores, quer na qualidade de juristas. A visão do julgador pode ser apreendida nas sentenças e decisões que integram a revista. No particular, a fim de dar maior visibilidade ao *decisum*, bem como destacar sua pertinência com o tema selecionado, as decisões e sentenças são apresentadas de forma inovadora. Receberam um título e um breve texto introdutório de contextualização do *caso*, onde estão consignadas a relevância, originalidade e/ou repercussão social da prestação jurisdicional e que tenham motivado sua indicação para publicação. Já o jurista se revela nos trabalhos acadêmicos que também são disponibilizados para publicação, apresentando-se ainda resenhas de obras da lavra dos magistrados federais.

Neste número, optou-se por uma temática transversal à atividade judicante - o "Direito Processual Civil" - que permeia muito fortemente nossa realidade forense.

A diversidade de temas de processo, bem como a diversidade de entendimentos adotados refletem a beleza dessa vertente instrumental do Direito.

São publicadas sete decisões e sentenças que versam, em linhas gerais, sobre as condições da ação de improbidade administrativa; a legitimidade do IBAMA; a competência da justiça em sede mandamental; questões peculiares da ação civil pública; e a penhora de faturamento.

Por outro lado a reflexão teórica se preocupa, num plano de direito comparado, com o Projeto de Código Modelo de Processos Coletivos, e ainda, no plano interno, com a efetividade e instrumentalidade do processo; a “pretensão” no novo Código Civil e sua repercussão processual; a tutela jurisdicional diferenciada; e a antecipação de tutela negativa.

Apresenta-se ainda a resenha do livro “Ações coletivas no direito comparado e nacional”, da lavra do juiz federal Aluisio Gonçalves de Castro Mendes.

Agradecendo a colaboração de todos os juízes federais e juízes federais substitutos do Rio de Janeiro - que tão prontamente atenderam ao convite e ao novo desafio - espera-se ampliar o grau de prestígio e inserção de nossa publicação no meio jurídico nacional, na certeza de se dar continuidade à missão de bem divulgar o Poder Judiciário Federal da 2ª. Região.

Rio de Janeiro, 08 de novembro de 2004.

**Carlos Guilherme Francovich Lugones**  
Juiz Federal Diretor do Foro da SJRJ

**Fernanda Duarte Lopes Lucas da Silva**  
Coordenadora da Revista da SJRJ

# Lista de Siglas

---

**ADIN** - Ação Direta de Inconstitucionalidade

**CDC** - Código de Defesa e Proteção do Consumidor

**CPC** - Código de Processo Civil

**IBAMA** - Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais

**IPHAN** - Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional

**LOMAN** - Lei Orgânica da Magistratura Nacional

**MP** - Ministério Público

**MPF** - Ministério Público Federal

**TRE** - Tribunal Regional Eleitoral

**TRT** - Tribunal Regional do Trabalho

**UFRJ** - Universidade Federal do Rio de Janeiro





## ARTIGOS

### O PROJETO DE CÓDIGO MODELO DE PROCESSOS COLETIVOS DO INSTITUTO IBERO-AMERICANO DE DIREITO PROCESSUAL

Aluisio Gonçalves de Castro Mendes \_\_\_\_\_ 19

### EFETIVIDADE E INSTRUMENTALIDADE DO PROCESSO: UM EXCURSO CRÍTICO

Cassio Murilo Monteiro Granzinoli \_\_\_\_\_ 49

### A “PRETENSÃO” NO NOVO CÓDIGO CIVIL E SUA REPERCUSSÃO PROCESSUAL

Edward Carlyle Silva \_\_\_\_\_ 63

### TUTELA JURISDICIONAL DIFERENCIADA

Marcelo Pereira da Silva \_\_\_\_\_ 89

### DA ANTECIPAÇÃO DE TUTELA NEGATIVA (Tutela Antecipada em Favor do Réu)

Reis Friede \_\_\_\_\_ 123

## SENTENÇAS

### VARAS CÍVEIS

10ª Vara Federal - 10VF \_\_\_\_\_ 129

26ª Vara Federal - 26VF \_\_\_\_\_ 157

29ª Vara Federal - 29VF \_\_\_\_\_ 165

30ª Vara Federal - 30VF \_\_\_\_\_ 177

### VARAS DE EXECUÇÃO FISCAL

3ª Vara Federal de Execução Fiscal - 03VFEF \_\_\_\_\_ 185

### JUIZADO ESPECIAL FEDERAL

3ª Turma Recursal do Rio de Janeiro/RJ- 03TRJEF \_\_\_\_\_ 195

### SÃO JOÃO DE MERITI

4ª Vara Federal de São João de Meriti- 04VF-SJ \_\_\_\_\_ 201

## ÍNDICES

Juízes \_\_\_\_\_ 219

Analítico \_\_\_\_\_ 221



Artigos

Artigos



# O PROJETO DE CÓDIGO MODELO DE PROCESSOS COLETIVOS DO INSTITUTO IBERO-AMERICANO DE DIREITO PROCESSUAL

**Aluisio Gonçalves de Castro Mendes** - Juiz Federal,  
Professor Doutor da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ)  
e do Programa de Mestrado da Universidade Estácio de Sá (UNESA),  
Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual,  
Membro da Associação Teuto-brasileira de Juristas,  
Membro do Instituto Ibero-americano de Direito Processual,  
Membro da Associação Internacional de Direito Processual,  
Membro da Comissão Revisora do Anteprojeto de Código Modelo de Processos Coletivos.

Sumário: 1. O surgimento do Instituto Ibero-Americano e a formação dos Códigos-Modelo. 2. A estrutura do Código Modelo de Processos Coletivos para os países Ibero-americanos e o objeto da ação coletiva (art. 1º do Projeto). 3. A legitimação para agir e os requisitos específicos nas ações coletivas. 4. O pedido, a causa de pedir e a prescrição na ação coletiva. 5. A antecipação de tutela coletiva. 6. Audiência preliminar, conciliação e soluções alternativas de resolução da lide coletiva e julgamento antecipado de parte da lide. 7. A questão da prova nos processos coletivos. 8. O aspecto econômico nos processos coletivos. 9. A ação coletiva para a defesa dos interesses ou direitos individuais homogêneos. 10. Conexão, litispendência e coisa julgada no âmbito das ações coletivas. 11. Ação coletiva passiva. 12. Prioridade de processamento dos processos coletivos, princípios de interpretação nas ações coletivas e especialização de magistrados. 13. Considerações finais. 14. Anexo: Projeto de Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América.

## 1. O surgimento do Instituto Ibero-Americano e a formação dos Códigos-Modelo

Há trinta e seis anos, em 1957, eram realizadas, em Montevidéu, as Primeiras Jornadas latino-americanas de Direito Processual<sup>1</sup>. Na ocasião foi fundado o Instituto Ibero-americano de Direito Processual, irmão mais velho, portanto, do Instituto Brasileiro de Direito Processual, que surge em 1958.

---

<sup>1</sup> José Carlos Barbosa Moreira, *Le code-modèle de procédure civile pour l'Amérique Latine de l'Institut Ibéro-américain de droit processuel*.

O Instituto Ibero-americano vem, desde então, realizando jornadas e encontros periódicos, quase sempre de dois em dois anos. Nas Jornadas de 1967, realizadas em Caracas, na Venezuela, decidiu-se pela produção de dois projetos de normas processuais que servissem de orientação para as reformas legislativas que fossem promovidas nos países latino-americanos. Inicia-se, assim, o trabalho paralelo de juristas e comissões que resultaria na elaboração dos Códigos Modelos de Processo Civil e de Processo Penal, aprovados no ano de 1988, durante as Jornadas do Rio de Janeiro.

Os referidos diplomas, denominados também de códigos-tipo, influenciaram, ao longo destes anos, a legislação de inúmeros países. O código uruguaio, por exemplo, aprovado no mesmo ano de 1988, é praticamente uma réplica do Código de Processo Civil Modelo Ibero-americano.

O Código de Processo Civil Modelo já demonstrava, também, preocupação com a problemática dos interesses coletivos. No artigo 53, assumindo uma dimensão pluralista em termos de legitimação extraordinária, atribuiu o direito de ação coletiva, concorrentemente, ao Ministério Público, a qualquer interessado e às instituições ou associações de interesse social que, segundo a lei ou a juízo do tribunal, garantissem uma adequada defesa do interesse comprometido. E, no artigo 194, estabeleceu a eficácia *erga omnes* para a decisão, ressalvando a inocorrência da extensão dos efeitos quando o pedido fosse julgado improcedente por falta de provas<sup>2</sup>.

Surge, agora, em momento oportuno, no qual a problemática da tutela metaindividual volta à tona no cenário mundial, a proposta de formulação de um terceiro Código Modelo no âmbito dos países ibero-americanos.

Nesse sentido, deve ser saudada a iniciativa do Presidente do Instituto Ibero-americano de Direito Processual, ROBERTO BERIZONCE, de nomear, em maio de 2002, a Comissão formada por ADA PELLEGRINI GRINOVER, KAZUO WATANABE e ANTÔNIO GIDI, que logrou apresentar, no mês de outubro de 2002, em Montevidéu, durante a XVIII Jornada do Instituto, o Anteprojeto de Código Modelo de Processos Coletivos para a Ibero-América, submetido, em seguida, a uma Comissão Revisora, incumbida de analisar e aprimorar o texto inicial. A referida Comissão logrou desenvolver uma segunda versão do Anteprojeto, que foi submetida à discussão especialmente no Congresso de Roma de 2004 e que acabou culminando numa terceira versão, que foi aprovada pela Comissão e que

---

<sup>2</sup> Aluisio Gonçalves de Castro Mendes, *Ações coletivas no direito comparado e nacional*, p. 174-176.

foi assumida como Projeto, a ser aprovado nas Jornadas Ibero-americanas que serão realizadas em Caracas, na Venezuela, no mês de outubro de 2004. O autor deste artigo teve a honra de ser apontado pela Professora ADA PELLEGRINI GRINOVER e escolhido pela Assembléia do Instituto Ibero-americano para integrar a referida Comissão.

A proposição de Código Modelo para Processos Coletivos é de salutar importância, não apenas para cumprir o que seria o objetivo de qualquer Código-Tipo, ou seja, a busca da unificação e harmonização de normas entre países que possuem razoáveis semelhanças em termos de sistemas jurídicos, bem como o fomento de modificações que estejam em sintonia com as necessidades de inovações segundo o consenso ou a maioria da doutrina destas nações. A idéia de Código Modelo contribuirá, por certo, para romper com a ausência ou com o caráter secundário e acessório em termos de normas voltadas para o processo coletivo em geral. Poucos ou quase inexistentes são os países que possuem, no seu respectivo Código de Processo Civil ou em estatutos legais desvinculados de certas matérias específicas, regras gerais para o processo coletivo. Os Estados Unidos, desde 1938, e, mais recentemente, o Canadá, a Austrália, Portugal e Inglaterra compõem, junto com poucos outros países, a exceção. No Brasil, embora haja previsão legal no sentido de aplicar as normas previstas no Código de Defesa do Consumidor para todas as ações civis públicas, há vários julgados que acabam firmando posição em torno da incidência restrita às relações de consumo para as regras ali previstas. Na própria União Européia, as diretrizes pertinentes às ações coletivas associativas estão relacionadas a determinadas matérias específicas, como o meio ambiente ou o direito dos consumidores. No entanto, é chegada a hora das normas do processo coletivo conquistarem a sua alforria em relação ao direito material, alcançando posição de destaque nos ordenamentos jurídicos ibero-americanos, fundamentais que são para o incremento do acesso à justiça, da economia processual e judicial, para a garantia do princípio da igualdade e da segurança jurídica, bem como para a efetivação do equilíbrio entre as partes.

## **2. A estrutura do Código Modelo de Processos Coletivos para os países Ibero-Americanos e o objeto da ação coletiva (art. 1º do Projeto)**

O Projeto de Código Modelo está estruturado em torno de quarenta e um artigos, reunidos em sete capítulos: I - Disposições gerais; II - Dos provimentos jurisdicionais; III - Dos processos coletivos em geral; IV - Da ação coletiva para a defesa de interesses ou direitos individuais homogêneos; V - Da conexão, da litispendência e da coisa julgada; VI - Da ação coletiva passiva; e VII - Disposições finais.

Pode-se afirmar que o projeto encontra origem e base normativa na legislação brasileira, principalmente no Código de Defesa do Consumidor. Mas não se trata de mera transposição, pois contém uma série de inovações significativas. Representa, assim, não apenas uma colaboração a ser oferecida para os demais países, mas, também, uma proposta de reflexão e de alteração para a legislação brasileira que, embora tenha e ocupe uma posição de vanguarda no cenário mundial, reclama, por outro lado, aperfeiçoamentos e mudanças.

O artigo 1º do Projeto prevê que a ação coletiva será exercida para a tutela de: "I - interesses difusos, assim entendidos os transindividuais, de natureza indivisível, de que seja titular um grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas por circunstâncias de fato ou, entre si ou com a parte contrária, por uma relação jurídica base; II - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendido o conjunto de direitos subjetivos individuais, decorrentes de origem comum, de que sejam titulares os membros de um grupo, categoria ou classe".

A primeira versão do Anteprojeto de Código Modelo previu a conceituação tripartida dos interesses e direitos coletivos *lato sensu* em conformidade com a legislação brasileira, subdividindo-os em difusos, coletivos e individuais homogêneos. Na segunda versão do Anteprojeto, procurou-se evoluir para uma divisão bipartida, fundada na dicotomia entre direitos, essencialmente coletivos, porque indivisíveis, e acidentalmente coletivos, na medida que apenas a defesa é coletiva, tendo em vista a homogeneidade dos direitos individuais em jogo, decorrentes de uma origem comum.

Na nova redação, não houve, contudo, uma ruptura total em relação à primeira versão do Anteprojeto. Os direitos e interesses antes denominados de difusos e coletivos em sentido estrito foram, na verdade, agrupados e denominados de difusos, passando o novo inciso I a compreender conceito alargado e que correspondia anteriormente aos incisos I e II da primeira versão do Anteprojeto.

Desde os primórdios das ações de grupo (*representative actions*) na Inglaterra, o caráter coletivo esteve associado e vinculado ao interesse comum (*common interest*), tendo sido transplantado posteriormente para outros países. Em determinadas legislações, como nos Estados Unidos, a essência coletiva do processo passou a estar ligada à obrigatoriedade da proteção metaindividual, no caso, mediante o uso das *class actions* (*mandatory class actions*). No ordenamento americano, a solução judicial unitária se faz necessária, expressamente, para impedir condutas incompatíveis da parte adversa da classe, nos termos da Regra 23 (b)(1)(A), e, também, para não



permitir que a instauração de um processo, por determinada pessoa, acabe, na prática, dispondo sobre o interesse de outros indivíduos, que não figuram como parte, ou interferindo de modo a impedir ou prejudicar os interesses destes.

No Projeto, a exemplo do que ocorre na legislação brasileira, o caráter essencialmente coletivo de uma demanda está relacionado com a indivisibilidade do objeto, situação esta que, se constatada, implicará no tratamento unitário, ou seja, não comportando soluções diversas para os interessados, tal qual ocorre, em situação análoga, com o litisconsórcio unitário.

José Carlos Barbosa Moreira leciona que do “ponto de vista objetivo, esses litígios (...) essencialmente coletivos distinguem-se porque o seu objeto é indivisível. Não se trata de uma justaposição de litígios menores, que se reúnem para formar um litígio maior. Não. O seu objeto é por natureza indivisível, como acontece, por exemplo, em matéria de proteção do meio ambiente, em matéria de defesa da flora e da fauna, em matéria de tutela dos interesses na preservação do patrimônio histórico, artístico, cultural, espiritual da sociedade; e como acontece também, numerosas vezes, no terreno da proteção do consumidor, por exemplo, quando se trata de proibir a venda, a exploração de um produto considerado perigoso ou nocivo à saúde. Não se está focalizando, nessa perspectiva, o problema isolado de cada pessoa, e sim algo que necessariamente assume dimensão coletiva e incindível, do que resulta uma consequência muito importante, que tem, inclusive, reflexos notáveis sobre a disciplina processual a ser adotada. Em que consiste esta consequência? Consiste em que é impossível satisfazer o direito ou o interesse de um dos membros da coletividade, e vice-versa: não é possível rejeitar a proteção sem que essa rejeição afete necessariamente a coletividade como tal. Se quiserem um exemplo, podemos mencionar o caso de um litígio que se forme a propósito de uma mutilação da paisagem. É impensável que a solução seja ela qual for, aproveite a alguns e não aproveite a outros dos membros dessa coletividade. A solução será, por natureza, unitária, incindível. Ou a paisagem é protegida, é preservada, e todos os interessados são juridicamente satisfeitos, ou a paisagem não é preservada, e nenhum dos interessados na sua preservação terá satisfação jurídica”.<sup>3</sup>

---

<sup>3</sup> José Carlos Barbosa Moreira, *Ações coletivas na Constituição Federal de 1988* cit., 188.

A impossibilidade de decomposição do interesse ou direito em partes singulares pode ser material ou jurídica e deve ser analisada sob o prisma dos objetos imediato e mediato do pedido formulado. Na esfera dos interesses ou direitos essencialmente coletivos, inúmeros exemplos podem ser, da mesma forma, apresentados. Assim, *verbi gratia*, se o Ministério Público pleiteia a limitação de horário para a realização de cultos por determinada instituição religiosa, tendo em vista a poluição sonora produzida, que atinge toda a coletividade. Naturalmente, a solução pretendida, ou seja, a cessação do barulho fora dos horários permitidos, ou ainda que durante todo o tempo, não poderia ser fracionada, pois, do contrário, haveria incompatibilidade lógica e material absoluta. Da mesma forma, quando se pretende a realização de uma conduta positiva ou negativa geral, ou seja, que não seja possível de ser praticada apenas em relação a determinados indivíduos, como a instalação de material antipolvente numa fábrica, a vedação de propaganda enganosa, a construção ou não de uma estrada ou de um ginásio esportivo, o funcionamento de uma usina nuclear, a interdição de estabelecimento de educação, saúde ou entretenimento, a proibição de veiculação de determinada programação em canal aberto de televisão ou rádio, a preservação de monumento histórico ou artístico.

A divisibilidade é a principal característica dos interesses individuais homogêneos. Sendo possível o fracionamento, não haverá, *a priori*, tratamento unitário obrigatório, sendo factível a adoção de soluções diferenciadas para os interessados.

Os interesses ou direitos são, portanto, essencialmente individuais e apenas acidentalmente coletivos. Para serem qualificados como homogêneos precisam envolver uma pluralidade de pessoas e decorrer de origem comum, situação esta que “não significa, necessariamente, uma unidade factual e temporal. As vítimas de uma publicidade enganosa veiculada por vários órgãos de imprensa e em repetidos dias ou de um produto nocivo à saúde adquirido por vários consumidores num largo espaço de tempo e em várias regiões têm, como causa de seus danos, fatos com homogeneidade tal que os tornam a ‘origem comum’ de todos eles”.<sup>4</sup>

A defesa coletiva de direitos individuais atende aos ditames da economia processual; representa medida necessária para desafogar o Poder Judiciário, para que

---

<sup>4</sup> Kazuo Watanabe, *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*, 724.

possa cumprir com qualidade e em tempo hábil as suas funções; permite e amplia o acesso à justiça, principalmente para conflitos em que o valor diminuto do benefício pretendido significa manifesto desestímulo para a formulação da demanda; e salvaguarda o princípio da igualdade da lei, ao resolver molecularmente as causas denominadas de *repetitivas*, que estariam fadadas a julgamentos de teor variado, se apreciadas de modo singular.

No contexto ibero-americano, a construção supramencionada, em termos de classificação dos interesses e direitos, encontra-se arraigada principalmente no Brasil, onde passou a figurar como definição legal no Código de Defesa do Consumidor<sup>5</sup>. Portugal utiliza-se, também, da classificação<sup>6</sup>, denominando, no entanto, de difusos o gênero, ou seja, em sentido lato, ao lado da espécie difusa em sentido estrito. Verifica-se, pelos relatórios nacionais que, embora, por vezes, se utilize com maior frequência de outras terminologias, como, por exemplo, na Colômbia, ações populares e ações de grupo, para indicar distinções semelhantes, a conceituação adotada no Brasil não é estranha à doutrina e à jurisprudência dos países ibero-americanos. Junte-se a isso que o Projeto de Código Modelo de Processos Coletivos não apenas adota, mas esclarece, logo no seu primeiro artigo, a acepção atribuída, respectivamente, para os interesses e direitos difusos e coletivos, propiciando o esclarecimento e afastando possíveis dúvidas.

### 3. A legitimação para agir e os requisitos específicos nas ações coletivas

O caminho trilhado pelo Projeto de Código Modelo de Processos Coletivos para a Ibero-América foi no sentido de democratizar o acesso à Justiça, fortalecendo as ações coletivas, a partir da ampliação do rol de legitimados. A proposição rompe, portanto, com sistemas tradicionais, que procuram atribuir com certa exclusividade a legitimidade ora para órgãos públicos, ora para associações e organizações não governamentais, como ocorre na Alemanha, ou principalmente para os indivíduos, como acontece nos Estados Unidos, com as *class actions*. Previu-se<sup>7</sup>, assim, que são legitimados concorrentemente para a ação coletiva: I - qualquer pessoa física, para a defesa dos interesses ou direitos difusos dos quais seja titular um grupo, categoria ou

<sup>5</sup> Art. 81 da Lei n. 8.078/90.

<sup>6</sup> Nesse sentido Miguel Teixeira de Sousa, A tutela dos interesses difusos no direito português.

<sup>7</sup> Art. 3º do Anteprojeto.

classe de pessoas ligadas por circunstâncias de fato; II - o membro do grupo, categoria ou classe, para a defesa dos interesses ou direitos difusos de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base e para a defesa de interesses ou direitos individuais homogêneos; III - o Ministério Público, o Defensor do Povo e a Defensoria Pública; IV - as pessoas jurídicas de direito público interno; V - as entidades e órgãos da Administração Pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos protegidos pelo código; VI - as entidades sindicais, para a defesa dos interesses e direitos da categoria; VII - as associações legalmente constituídas há pelos menos um ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos protegidos no código, dispensada a autorização assemblear; VIII - os partidos políticos, para a defesa de direitos e interesses ligados a seus fins institucionais. Ressalte-se que tanto o *Defensor del Pueblo* quanto as entidades sindicais foram incluídas na segunda versão do Anteprojeto e, na atual versão, foram ainda acrescentados, por proposta do autor deste artigo, a Defensoria Pública e os Partidos Políticos.

O requisito da pré-constituição por um ano, estipulado para as associações, pode ser dispensado<sup>8</sup> pelo juiz, quando haja manifesto interesse social evidenciado pela dimensão ou característica do dano, ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido. Os legitimados poderão, também, atuar em conjunto, sendo hipótese, naturalmente, de litisconsórcio facultativo<sup>9</sup>. A intervenção do Ministério Público, quando não for parte no processo, será obrigatória, em caso de relevância social do interesse<sup>10</sup>.

Em sintonia com o incremento dos meios extrajudiciais de resolução de conflitos, o Projeto estabeleceu para o Ministério Público e para os órgãos públicos a possibilidade de tomarem dos interessados, que seriam eventualmente demandados na ação coletiva, compromisso de ajustamento de conduta às exigências legais<sup>11</sup>. O referido compromisso de ajustamento de conduta deve estabelecer cominações, para o caso de descumprimento, e ter a natureza de título executivo extrajudicial.

---

<sup>8</sup> Conforme previsão contida no parágrafo 3º do art. 1º.

<sup>9</sup> Art. 3º, parágrafo 2º.

<sup>10</sup> Art. 3º, parágrafo 3º.

<sup>11</sup> Art. 3º, parágrafo 5º.

O Código Modelo prevê expressamente a possibilidade de litisconsórcio facultativo entre os legitimados para a demanda coletiva. No Brasil, a Lei da Ação Civil Pública trata apenas do litisconsórcio entre os Ministérios Públicos da União, do Distrito Federal e dos Estados, o que pode, por vezes, ensejar discussões pertinentes à competência. Mas, sob o ponto de vista da admissibilidade de litisconsórcio entre os legitimados, não obstante a ausência de texto expresso, não haveria razão plausível para qualquer objeção.

A abertura, em termos de *legitimatio ad causam*, veio acompanhada do estabelecimento de requisitos específicos para a propositura da demanda coletiva, visando, assim, a um controle, em concreto, quanto à seriedade, viabilidade e importância da demanda coletiva que se pretende propor. Para as ações coletivas em geral, passariam a ser exigíveis a representação adequada do legitimado e a relevância social da tutela coletiva. E, para a tutela dos interesses ou direitos individuais homogêneos, é também necessária a aferição da predominância das questões comuns sobre as individuais e da utilidade da tutela coletiva no caso específico.

Para a aferição da representatividade adequada, o próprio código estabeleceu os seguintes parâmetros exemplificativos: a credibilidade, capacidade, prestígio e experiência do legitimado; seu histórico na proteção judicial e extrajudicial dos interesses ou direitos dos membros do grupo, categoria ou classe; sua conduta em outros processos coletivos; a coincidência entre os interesses dos membros do grupo, categoria ou classe e o objeto da demanda; e o tempo de instituição da associação e a representatividade desta ou da pessoa física perante o grupo, categoria ou classe.

Por sua vez, a relevância social da tutela coletiva deve ser caracterizada tendo em vista a natureza do bem jurídico, as características da lesão ou o elevado número de pessoas atingidas.

O sistema brasileiro de tutela coletiva, integrado principalmente pelos estatutos pertinentes à ação popular, à ação civil pública e à defesa do consumidor, contenta-se com um controle mais abstrato e formal em relação aos legitimados, cabendo, ao juiz, no máximo, a aferição do tempo de existência da associação, quando esta for autora, e, se não constituída há mais de um ano, a possibilidade de dispensa deste pré-requisito. O Projeto de Código Modelo, ao contrário, atribui ao magistrado um controle de admissibilidade centrado na adequação da representatividade do legitimado e da

relevância social da demanda coletiva, bem como, diante dos interesses individuais homogêneos, em relação à predominância de questões comuns sobre as individuais e da superioridade da tutela coletiva no caso concreto. Este juízo de admissibilidade, embora deva estar presente desde o momento do recebimento da petição inicial, integra, por determinação expressa do código, a decisão fundamentada saneadora do processo que deverá ser proferida por ocasião da audiência preliminar<sup>12</sup>.

A falta de representação adequada não deve, todavia, levar o processo necessariamente à extinção sem o julgamento do mérito, como ocorreria, normalmente, diante da falta de uma condição da ação. Isso porque o Código Modelo previu que, em caso de inexistência do requisito da representatividade adequada, assim como de desistência infundada ou abandono da causa por pessoa física, entidade sindical ou associação legitimada, o juiz deverá intimar o Ministério Público e, na medida do possível, outros legitimados adequados para o caso, para que assumam, querendo, a titularidade da ação coletiva<sup>13</sup>. Dessa norma, pode-se extrair, também, que o Ministério Público deve ser sempre considerado como parte legítima e adequada para a propositura de qualquer ação coletiva. Ressalte-se, ainda, que a legitimidade ampla do Ministério Público, segundo as regras do Código Modelo, não seria incompatível com a Constituição brasileira. Isso porque, segundo a interpretação dominante firmada na nossa doutrina e legislação, o Ministério Público é legítimo para a defesa dos interesses difusos, coletivos e, no caso dos individuais homogêneos disponíveis, desde que haja relevância social, compatibilizando-se com o disposto no artigo 127 da Constituição da República. No sistema do Código Modelo, a relevância social será sempre um requisito para a própria admissibilidade da ação, razão porque, se presente, afastará qualquer alegação de ilegitimidade do *Parquet*. Manteve-se, também, a intervenção obrigatória do Ministério Público, como fiscal da lei, quando não for o autor da ação.

O Ministério e os órgãos públicos legitimados poderão tomar, tal qual previsto na legislação brasileira, compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações. A convenção terá eficácia de título executivo extrajudicial. Em disposição correlata que autoriza as partes a transigir no curso do

---

<sup>12</sup> Art. 11, parágrafo 5º, I.

<sup>13</sup> Art. 3º, parágrafo 4º.

processo, prevê, expressamente, a preservação da indisponibilidade do bem jurídico, autorizando concessões tão-somente quanto ao modo de cumprimento da obrigação.

#### **4. O pedido, a causa de pedir e a prescrição na ação coletiva**

No âmbito da fixação do pedido e da causa de pedir, os autores do Projeto procuraram flexibilizar as normas pertinentes às ações coletivas. Ao contrário da interpretação restritiva determinada como regra geral no artigo 293 do Código de Processo Civil brasileiro, a proposta de Código-Tipo para as demandas coletivas prevê que o pedido e a causa de pedir devam ser interpretados extensivamente. Sem estabelecer limite temporal, o projeto estabeleceu que, ouvidas as partes, o juiz permitirá a emenda da inicial para alterar ou ampliar o objeto da demanda ou a causa de pedir. Facultou, ainda, a alteração do objeto a qualquer tempo e em qualquer grau de jurisdição, desde que realizada de boa-fé, não represente prejuízo injustificado para a parte e contrária e o contraditório seja preservado.

A citação válida, com efeito retroativo à data da propositura da ação coletiva, segundo o Projeto, deve interromper o prazo de prescrição das pretensões individuais e transindividuais direta ou indiretamente relacionadas com a controvérsia.

#### **5. A antecipação de tutela coletiva**

O Projeto de Código Modelo de Processos Coletivos procurou incorporar, por vezes, institutos processuais que não são específicos da tutela coletiva, mas que lhes são extremamente úteis e necessários. Ao fazê-lo, aproveitou-se da oportunidade para introduzir correções.

Previu-se, no bojo das normas pertinentes às demandas coletivas, a antecipação de tutela, total ou parcial, a requerimento da parte, desde que, com base em prova consistente, se convença da verossimilhança da alegação e haja fundado receio de ineficácia do provimento final. Utilizou-se, assim, da expressão “prova consistente” ao invés de “prova inequívoca”, na medida que esta última, adotada no artigo 273 do Código de Processo Civil brasileiro, contém idéia de certeza e incontestabilidade, de certo modo incompatível com o juízo de probabilidade pertinente ao instituto da antecipação de tutela.

O Código Modelo firmou, *a priori*, também, a impossibilidade de concessão da antecipação da tutela diante do risco de irreversibilidade do provimento antecipado. Todavia, o próprio texto estabeleceu a relatividade da vedação, que pode ser afastada se, em juízo de ponderação de valores em jogo, a denegação da medida signifique sacrifício irrazoável de bem jurídico relevante.

Quanto à antecipação de tutela, previu ainda que, se não houver contravérsia quanto à parte antecipada na decisão liminar, após a oportunidade do contraditório, esta se tornará definitiva e fará coisa julgada. O processo prosseguirá, se for o caso, apenas para o julgamento dos demais pontos ou questões postos na demanda.

## **6. Audiência preliminar, conciliação e soluções alternativas de resolução da lide coletiva e julgamento antecipado de parte da lide**

Como mencionado anteriormente, o juiz, após o encerramento da fase postulatória, designará audiência preliminar. Nesta, as novas normas propostas estabelecem como parâmetro para o juiz não apenas a persecução da conciliação, mas a busca, também, de soluções alternativas para a resolução do conflito, notadamente fora do âmbito judicial, indicando, para tanto, a sugestão de outras formas como a mediação, a arbitragem e a avaliação neutra de terceiro.

Incorporando regra advinda do sistema norte-americano, o Código Modelo previu, para o caso de não ser obtida a conciliação, sendo ela parcial, ou quando, por qualquer motivo, não for adotado outro meio de solução do conflito, bem como sendo positivo o juízo de admissibilidade da demanda coletiva, a possibilidade de desmembramento do processo. Poderá o juiz, portanto, separar os pedidos em ações distintas, voltadas à tutela, respectivamente, dos interesses ou direitos difusos e individuais homogêneos, ou tendo em vista peculiaridades existentes, ainda que esta causa não tenha sido expressamente mencionada, desde que a separação represente economia processual ou facilite a condução do processo. É o que se convencionou chamar de formação de subclasses.

Solução prevista que aparentemente pode ser econômica, mas que na prática pode acabar acarretando dificuldades de ordem prática, é a que estabelece o julgamento antecipado de parte da lide. Estabeleceu-se, assim, que o juiz poderá decidir desde logo parte da demanda, quando não houver necessidade de produção



de prova, prosseguindo o processo para a instrução e julgamento em relação aos demais pedidos em autos complementares.

Tratando-se de demandas coletivas, em que a rigor se poderia exigir a produção de inúmeras provas, principalmente diante da defesa de direitos individuais homogêneos, como em razão de vício de produto, consignou-se, no projeto, a admissibilidade da prova estatística ou por amostragem.

## **7. A questão da prova nos processos coletivos**

Quanto ao ônus da prova, não se ateu o Código Modelo à tradicional distribuição prevista no artigo 333 do Código de Processo Civil brasileiro<sup>14</sup>, mas, também, por outro lado, deixou de renovar a possibilidade de inversão contida no artigo 6º, inciso VII, do Código de Defesa do Consumidor. Optou por fórmula que atribui o ônus da prova à parte que detiver conhecimentos técnicos ou informações específicas sobre os fatos ou maior facilidade em sua demonstração. Caberia, assim, às partes revelar os conhecimentos científicos e informações pertinentes ao caso, considerando não apenas as suas alegações, mas, também, as da parte contrária. A detenção dos conhecimentos técnicos ou informações específicas e a maior facilidade na demonstração passam a ser matéria, em potencial, controvertida e, portanto, prejudicial, que pode, em si, demandar a colheita de prova ou aplicação das regras de experiência.

## **8. O aspecto econômico nos processos coletivos**

No que toca ao aspecto econômico do processo, o Código Modelo segue, em linhas gerais, o regime estabelecido na Lei da Ação Civil Pública e no Código de Defesa do Consumidor (CDC) brasileiros. Inova, entretanto, ao estabelecer que o juiz poderá fixar gratificação financeira, se o legitimado for pessoa física, sindicato ou associação, quando sua atuação tiver sido relevante na condução e êxito da ação coletiva. A medida, assim, pode representar um estímulo para o incremento na participação da sociedade civil nas demandas coletivas, tendo em vista que, no Brasil, a esmagadora maioria das ações coletivas ainda é ajuizada tão-somente pelo Ministério Público.

---

<sup>14</sup>Segundo o mencionado dispositivo, cabe ao autor o ônus da prova quanto ao fato constitutivo do seu direito e ao réu quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

O Projeto estabelece, também, que o litigante de má-fé e os responsáveis pelos respectivos atos serão condenados ao pagamento das despesas processuais, em honorários advocatícios e no décuplo das custas, sem prejuízo da responsabilidade por perdas e danos.

## **9. A ação coletiva para a defesa de interesses ou direitos individuais homogêneos**

No âmbito das ações coletivas reparatórias dos danos individualmente sofridos, a primeira versão do Anteprojecto de Código-Tipo mantinha quase que intacto o regime previsto no Código Defesa do Consumidor. Preservava, assim, a previsão de que a condenação seria genérica. A versão final, no entanto, estabeleceu expressamente que ela poderá ser genérica, pois, em determinados casos, o dano sofrido e o valor a ser reparado podem estar nitidamente configurados, ensejando a prolação de sentença, desde logo, líquida, o que, por certo, poderá representar solução mais célere e definitiva para o conflito.

Repete-se, também, a determinação de publicação de edital, a fim de possibilitar a intervenção dos interessados, indicando-se, todavia, que esta se dará na qualidade de assistente e não de litisconsorte, como previsto no CDC brasileiro. Acrescentou-se, junto a este dispositivo, redação, que não pode ser equivocadamente interpretada, afirmando que os intervenientes não poderão discutir no processo coletivo suas pretensões individuais. Trata-se, na espécie, de defesa coletiva de direitos individuais, estando, portanto, em jogo, todas as pretensões individuais, mas que, na ação coletiva, devem ser enfrentadas e decididas coletivamente. Pode-se fixar, como já dito, até mesmo o montante das indenizações individuais, desde que a estipulação possa ser feita de modo global.

O Projeto de Código Modelo resgatou, no capítulo das ações reparatórias dos danos individualmente sofridos, duas disposições que foram vetadas no CDC brasileiro. A primeira é a que determina, após o trânsito em julgado de sentença condenatória, a publicação de novo edital, para que os interessados, agora beneficiados, possam tomar ciência e se habilitar tanto para um eventual recebimento ou execução, se a sentença for líquida, ou para realizar a liquidação do julgado. Resgatou-se, em segundo lugar, a redação do vetado parágrafo único do artigo 97 do CDC. Regulou-se, portanto, expressamente, que a liquidação da sentença poderá ser promovida no foro do domicílio do liquidante, cabendo a este provar, tão-somente, o dano pessoal, o nexo de causalidade e o montante da indenização.

## 10. Conexão, litispendência e coisa julgada no âmbito das ações coletivas

No capítulo pertinente à conexão, à litispendência e à coisa julgada, as normas estipuladas no CDC do Brasil foram, em linhas gerais, mantidas. Estabeleceu-se, entretanto, expressamente, que a primeira ação coletiva induz litispendência para as demais ações coletivas que tenham por objeto controvérsia sobre o mesmo bem jurídico, mesmo sendo diferentes o legitimado ativo e a causa de pedir. A definição tradicional de identidade, a partir dos três elementos identificadores - partes, pedido e causa de pedir - por certo não condizia com a realidade da tutela coletiva e a pluralidade de legitimados. O processamento, por vezes, concomitante de demandas coletivas, na realidade brasileira, vem sendo motivo de insegurança e de descrédito para a própria tutela coletiva. Bastaria, no entanto, talvez, fixar como critério de identidade, além do pedido e da causa de pedir, os interessados, na medida em que o risco de decisões conflitantes só será relevante se os interessados forem as mesmas pessoas.

Preocupou-se o Código Modelo, também, com a possibilidade de conexão entre causas coletivas, explicitando que ficará, nesta hipótese, prevento o juízo que conheceu da primeira ação.

Houve, ainda, relativização da coisa julgada para as relações jurídicas continuativas, firmando o Projeto que a parte poderá pedir a revisão do que foi estatuído por sentença se sobrevier modificação no estado de fato ou de direito, adotando-se sistemática semelhante à que se dá nas ações de alimentos.

A redação final do Projeto inovou, também, ao estabelecer que cabe ao demandado informar o juízo da ação individual sobre a existência da ação coletiva com o mesmo fundamento, sob pena de, não o fazendo, o autor individual beneficiar-se da coisa julgada coletiva mesmo no caso da demanda individual ser rejeitada.

## 11. Ação coletiva passiva

O Projeto introduz significativa novidade ao dispor expressamente sobre a ação coletiva passiva. Para tanto, destinou o capítulo sexto, contendo quatro artigos. Previu, assim, que qualquer espécie de ação pode ser proposta contra uma coletividade organizada ou que tenha representante adequado.

Não haverá dúvida, portanto, a exemplo do que ocorre no Processo do Trabalho, sobre a possibilidade de ações duplamente coletivas, ou seja, com a presença de interesses pluriindividuais nos dois pólos: ativo e passivo. Pode-se pensar, por exemplo, em ações entre associações de pais e de mantenedoras de instituições de ensino; entre entidades de defesa dos consumidores e de fabricantes de determinados produtos; ou entre comerciantes e fabricantes.

O Ministério Público deverá intervir necessariamente no processo como fiscal da lei. Se o próprio Ministério Público for o autor da ação coletiva duplamente passiva, a intervenção deve se dar, mediante agentes distintos, nas duas funções, a exemplo do que ocorria, por exemplo, antes da Constituição brasileira de 1988, quando o Ministério Público Federal atuava tanto como fiscal da lei quanto como representante da União.

O Projeto efetuou distinção, na ação coletiva passiva, quanto à vinculação dos interessados, a partir da divisibilidade ou não da natureza do bem jurídico tutelado. Sendo indivisível, haverá vinculação dos membros do grupo, categoria ou classe, com coisa julgada *erga omnes*. Entretanto, se divisível for, a coisa julgada não vinculará os membros do grupo, categoria ou classe, que poderão mover ações próprias para afastar a eficácia da sentença em sua esfera jurídica individual.

## **12. Prioridade no processamento dos processos coletivos, princípios de interpretação das ações coletivas e especialização de magistrados**

Cabe, ainda, dizer que o juiz poderá, nos termos do Projeto, dar prioridade ao processamento de ação coletiva, quando haja manifesto interesse social evidenciado pela dimensão do dano ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido.

Consta no Projeto, também, determinação no sentido de que o código seja interpretado de forma aberta e flexível, compatível com a tutela coletiva dos interesses e direitos de que trata.

Por fim, estabeleceu ainda como marco importante que, sempre que possível, as ações coletivas serão processadas e julgadas por magistrados especializados.

### 13. Considerações finais

Por fim, há que se ter sempre presente os escopos das ações coletivas, que podem ser sistematizados basicamente em quatro objetivos principais: a) a ampliação do acesso à Justiça, de modo que os interesses da coletividade, como o meio ambiente, não fiquem relegados ao esquecimento; ou que causas de valor individual menos significantes, mas que reunidas representam vultosas quantias, como os direitos dos consumidores, possam ser apreciados pelo Judiciário; b) que as ações coletivas representem, de fato, economia judicial e processual, diminuindo, assim, o número de demandas ajuizadas, originárias de fatos comuns e que acabam provocando acúmulo de processos, demora na tramitação e perda na qualidade da prestação jurisdicional: ao invés de milhões ou milhares de ações, sonhamos com o tempo em que conflitos multitudinários, como o ocorrido em torno dos expurgos do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS), possam ser resolvidos mediante uma única demanda e um único processo; c) com isso, as ações coletivas poderão oferecer, também, maior segurança para a sociedade, na medida que estaremos evitando a prolação de decisões contraditórias em processos individuais, em benefício da preservação do próprio princípio da igualdade: o processo, sendo coletivo, servirá como instrumento de garantia da isonomia e não como fonte de desigualdades; e d) que as ações coletivas possam ser instrumento efetivo para o equilíbrio das partes no processo, atenuando as desigualdades e combatendo as injustiças praticadas em todos os nossos países ibero-americanos.

## ANEXO

INSTITUTO IBERO-AMERICANO DE DIREITO PROCESSUAL  
INSTITUTO IBEROAMERICANO DE DERECHO PROCESAL

### PROJETO DE CÓDIGO MODELO DE PROCESSOS COLETIVOS PARA IBERO-AMÉRICA

Aprovado pela Comissão de Revisão:

- Ada Pellegrini Grinover
- Aluisio Gonçalves de Castro Mendes
- Anibal Quiroga León
- Antonio Gidi
- Enrique M. Falcon
- José Luiz Vázquez Sotelo
- Kazuo Watanabe
- Ramiro Bejarano Guzmán
- Roberto Berizonce
- Sergio Artavia

Revisão da Redação: Angel Landoni Sosa

#### Capítulo I - Disposições gerais

**Art 1º. Cabimento da ação coletiva** - A ação coletiva será exercida para a tutela de:

I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos os transindividuais, de natureza indivisível, de que seja titular um grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas por circunstâncias de fato ou vinculadas, entre si ou com a parte contrária, por uma relação jurídica base;

II - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendido o conjunto de direitos subjetivos individuais, decorrentes de origem comum, de que sejam titulares os membros de um grupo, categoria ou classe.

**Art 2º. Requisitos da ação coletiva** - São requisitos da demanda coletiva:

I - a adequada representatividade do legitimado;

II - a relevância social da tutela coletiva, caracterizada pela natureza do bem jurídico, pelas características da lesão ou pelo elevado número de pessoas atingidas.

Par. 1º. Para a tutela dos interesses ou direitos individuais homogêneos, além dos requisitos indicados nos n. I e II deste artigo, é também necessária a aferição da predominância das questões comuns sobre as individuais e da utilidade da tutela coletiva no caso concreto.

Par.2º. Na análise da representatividade adequada o juiz deverá analisar dados como:

- a - a credibilidade, capacidade, prestígio e experiência do legitimado;
- b - seu histórico na proteção judicial e extrajudicial dos interesses ou direitos dos membros do grupo, categoria ou classe;
- c - sua conduta em outros processos coletivos;
- (suprimir: d - sua capacidade financeira para a condução do processo coletivo;)
- d - a coincidência entre os interesses dos membros do grupo, categoria ou classe e o objeto da demanda;
- e - o tempo de instituição da associação e a representatividade desta ou da pessoa física perante o grupo, categoria ou classe.

Par. 3º - O juiz analisará a existência do requisito da representatividade adequada a qualquer tempo e em qualquer grau do procedimento, aplicando, se for o caso, o disposto no parágrafo 4º do artigo 3º.

**Art. 3º. Legitimação ativa.** São legitimados concorrentemente à ação coletiva:

- I - qualquer pessoa física, para a defesa dos interesses ou direitos difusos de que seja titular um grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas por circunstâncias de fato;
- II - o membro do grupo, categoria ou classe, para a defesa dos interesses ou direitos difusos de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base e para a defesa de interesses ou direitos individuais homogêneos;
- III - o Ministério Público, o Defensor do Povo e a Defensoria Pública;
- IV - as pessoas jurídicas de direito público interno;
- V - as entidades e órgãos da Administração Pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos protegidos por este código;
- VI - as entidades sindicais, para a defesa dos interesses e direitos da categoria;
- VII - as associações legalmente constituídas há pelo menos um ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos protegidos neste código, dispensada a autorização assemblear.

VIII - os partidos políticos, para a defesa de direitos e interesses ligados a seus fins institucionais.

Par. 1º. O requisito da pré-constituição pode ser dispensado pelo juiz, quando haja manifesto interesse social evidenciado pela dimensão ou característica do dano, ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido.

Par. 2º. Será admitido o litisconsórcio facultativo entre os legitimados.

Par. 3º. Em caso de relevante interesse social, o Ministério Público, se não ajuizar a ação ou não intervier no processo como parte, atuará obrigatoriamente como fiscal da lei.

Par.4º. Em caso de inexistência do requisito da representatividade adequada, de desistência infundada ou abandono da ação por pessoa física, entidade sindical ou associação legitimada, o juiz notificará o Ministério Público e, na medida do possível, outros legitimados adequados para o caso a fim de que assumam, querendo, a titularidade da ação.

Par.5º. O Ministério Público e os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso administrativo de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial.

## Capítulo II - Dos provimentos jurisdicionais

**Art. 4º. Efetividade da tutela jurisdicional** - Para a defesa dos direitos e interesses protegidos por este código são admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela.

**Art. 5º. Tutela jurisdicional antecipada** - O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, com base em prova consistente, se convença da verossimilhança da alegação e

I - haja fundado receio de ineficácia do provimento final ou

II - fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do demandado.

Par. 1º. Não se concederá a antecipação da tutela se houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado, a menos que, num juízo de ponderação dos valores em jogo, a denegação da medida signifique sacrifício irrazoável de bem jurídico relevante.



Par. 2º. Na decisão que antecipar a tutela, o juiz indicará, de modo claro e preciso, as razões de seu convencimento.

Par. 3º. A tutela antecipada poderá ser revogada ou modificada a qualquer tempo, em decisão fundamentada.

Par. 4º. Se não houver controvérsia quanto à parte antecipada na decisão liminar, após a oportunidade de contraditório esta se tornará definitiva e fará coisa julgada, prosseguindo o processo, se for o caso, para julgamento dos demais pontos ou questões postos na demanda.

**Art. 6º. Obrigações de fazer e não fazer** - Na ação que tenha por objeto o cumprimento da obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.

Par. 1º. O juiz poderá, na hipótese de antecipação de tutela ou na sentença, impor multa diária ao demandado, independentemente de pedido do autor, se for suficiente ou compatível com a obrigação, fixando prazo razoável para o cumprimento do preceito.

Par. 2º. O juiz poderá, de ofício, modificar o valor ou a periodicidade da multa, caso verifique que se tornou insuficiente ou excessiva.

Par. 3º. Para a tutela específica ou para a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz determinar as medidas necessárias, tais como busca e apreensão, remoção de coisas e pessoas, desfazimento de obra, impedimento de atividade nociva, além de requisição de força policial.

Par. 4º. A conversão da obrigação em perdas e danos somente será admissível se por elas optar o autor ou se impossível a tutela específica ou a obtenção do resultado prático correspondente.

Par. 5º. A indenização por perdas e danos se fará sem prejuízo da multa.

**Art. 7º. Obrigações de dar** - Na ação que tenha por objeto a obrigação de entregar coisa, determinada ou indeterminada, aplicam-se, no que couber, as disposições do artigo anterior.

**Art. 8º . Ação indenizatória** - Na ação condenatória à reparação dos danos provocados ao bem indivisivelmente considerado, a indenização reverterá ao Fundo dos Direitos Difusos e Individuais Homogêneos, administrado por um Conselho Gestor governamental, de que participarão necessariamente membros do Ministério Público, juízes e representantes da comunidade, sendo seus recursos destinados à reconstituição dos bens lesados ou, não sendo possível, à realização de atividades tendentes a minimizar a lesão ou a evitar que se repita, dentre outras que beneficiem o bem jurídico prejudicado.

Par. 1º . O Fundo será notificado da propositura de toda ação coletiva e sobre as decisões mais importantes do processo e poderá intervir nos processos coletivos em qualquer tempo e grau de jurisdição para demonstrar a inadequação do representante ou auxiliá-lo na tutela dos interesses ou direitos do grupo, categoria ou classe;

Par. 2º. O Fundo manterá registros que especifiquem a origem e a destinação dos recursos e indicará a variedade dos bens jurídicos a serem tutelados e seu âmbito regional;

Par.3º . Dependendo da especificidade do bem jurídico afetado, da extensão territorial abrangida e de outras circunstâncias consideradas relevantes, o juiz poderá especificar, em decisão fundamentada, a destinação da indenização e as providências a serem tomadas para a reconstituição dos bens lesados, podendo indicar a realização de atividades tendentes a minimizar a lesão ou a evitar que se repita, dentre outras que beneficiem o bem jurídico prejudicado;

Par. 4º. A decisão que especificar a destinação da indenização indicará, de modo claro e preciso, as medidas a serem tomadas pelo Conselho Gestor do Fundo, bem como um prazo razoável para que tais medidas sejam concretizadas;

Par. 5º. Vencido o prazo fixado pelo juiz, o Conselho Gestor do Fundo apresentará relatório das atividades realizadas, facultada, conforme o caso, a solicitação de sua prorrogação, para complementar as medidas determinadas na decisão judicial.

### **Capítulo III - Dos processos coletivos em geral**

**Art. 9º . Competência territorial** - É competente para a causa o foro:

- I - do lugar onde ocorreu ou deva ocorrer o dano, quando de âmbito local;
- II - da Capital, para os danos de âmbito regional ou nacional, aplicando-se as regras pertinentes de organização judiciária.

**Art. 10. Pedido e causa de pedir** - Nas ações coletivas, o pedido e a causa de pedir serão interpretados extensivamente.

Par. 1º. Ouvidas as partes, o juiz permitirá a emenda da inicial para alterar ou ampliar o objeto da demanda ou a causa de pedir.

Par. 2º. O juiz permitirá a alteração do objeto do processo a qualquer tempo e em qualquer grau de jurisdição, desde que seja realizada de boa-fé, não represente prejuízo injustificado para a parte contrária e o contraditório seja preservado.

**Art. 11. Audiência preliminar** - Encerrada a fase postulatória, o juiz designará audiência preliminar, à qual comparecerão as partes ou seus procuradores, habilitados a transigir.

Par.1º. O juiz ouvirá as partes sobre os motivos e fundamentos da demanda e tentará a conciliação, sem prejuízo de sugerir outras formas adequadas de solução do conflito, como a mediação, a arbitragem e a avaliação neutra de terceiro.

Par. 2º - A avaliação neutra de terceiro, obtida no prazo fixado pelo juiz, é sigilosa, inclusive para este, e não vinculante para as partes, sendo sua finalidade exclusiva a de orientá-las na tentativa de composição amigável do conflito.

Par.3º. Preservada a indisponibilidade do bem jurídico coletivo, as partes poderão transigir sobre o modo de cumprimento da obrigação.

Par. 4º. Obtida a transação, será homologada por sentença, que constituirá título executivo judicial.

Par. 5º. Não obtida a conciliação, sendo ela parcial, ou quando, por qualquer motivo, não for adotado outro meio de solução do conflito, o juiz, fundamentadamente:

I - decidirá se a ação tem condições de prosseguir na forma coletiva;

II - poderá separar os pedidos em ações coletivas distintas, voltadas à tutela, respectivamente, dos interesses ou direitos difusos e individuais homogêneos, desde que a separação represente economia processual ou facilite a condução do processo;

III - fixará os pontos controvertidos, decidirá as questões processuais pendentes e determinará as provas a serem produzidas, designando audiência de instrução e julgamento, se for o caso;

IV - esclarecerá os encargos das partes quanto à distribuição do ônus da prova, de acordo com o disposto no parágrafo 1º do artigo 12.

**Art. 12. Provas** - São admissíveis em juízo todos os meios de prova, desde que obtidos por meios lícitos, incluindo a prova estatística ou por amostragem.

Par. 1º. O ônus da prova incumbe à parte que detiver conhecimentos técnicos ou informações específicas sobre os fatos, ou maior facilidade em sua demonstração. Não obstante, se por razões de ordem econômica ou técnica, o ônus da prova não puder ser cumprido, o juiz determinará o que for necessário para suprir à deficiência e obter elementos probatórios indispensáveis para a sentença de mérito, podendo requisitar perícias à entidade pública cujo objeto estiver ligado à matéria em debate, condenando-se o demandado sucumbente ao reembolso. Se assim mesmo a prova não puder ser obtida, o juiz poderá ordenar sua realização, a cargo ao Fundo de Direitos Difusos e Individuais Homogêneos.

Par. 2º - Durante a fase instrutória, surgindo modificação de fato ou de direito relevante para o julgamento da causa, o juiz poderá rever, em decisão motivada, a distribuição do ônus da prova, concedido à parte a quem for atribuída a incumbência prazo razoável para a produção da prova, observado o contraditório em relação à parte contrária.

Par. 3º - O juiz poderá determinar de ofício a produção de provas, observado o contraditório.

**Art. 13. Julgamento antecipado do mérito** - O juiz decidirá desde logo a demanda pelo mérito, quando não houver necessidade de produção de prova.

Parágrafo único. O juiz poderá decidir desde logo parte da demanda, quando não houver necessidade de produção de prova, sempre que isso não importe em prejulgamento direto ou indireto do litígio que continuar pendente de decisão, prosseguindo o processo para a instrução e julgamento em relação aos demais pedidos nos autos principais e a parte antecipada em autos complementares.

**Art. 14. Legitimação à liquidação e execução da sentença condenatória** - Decorridos 60 (sessenta) dias da passagem em julgado da sentença de procedência, sem que o autor promova a liquidação ou execução, deverá fazê-lo o Ministério Público, quando se tratar de interesse público relevante, facultada igual iniciativa, em todos os casos, aos demais legitimados.

**Art. 15. Custas e honorários** - Nas ações coletivas de que trata este código, a sentença condenará o demandado, se vencido, nas custas, emolumentos, honorários periciais e quaisquer outras despesas, bem como em honorários de advogados.

Par. 1º. No cálculo dos honorários, o juiz levará em consideração a vantagem para o grupo, categoria ou classe, a quantidade e qualidade do trabalho desenvolvido pelo advogado e a complexidade da causa.

Par. 2º. Se o legitimado for pessoa física, sindicato ou associação, o juiz poderá fixar gratificação financeira quando sua atuação tiver sido relevante na condução e êxito da ação coletiva.

Par. 3º- Os autores da ação coletiva não adiantarão custas, emolumentos, honorários periciais e quaisquer outras despesas, nem serão condenados, salvo comprovada má-fé, em honorários de advogados, custas e despesas processuais.

Par. 4º. O litigante de má-fé e os responsáveis pelos respectivos atos serão solidariamente condenados ao pagamento das despesas processuais, em honorários advocatícios e no décuplo das custas, sem prejuízo da responsabilidade por perdas e danos.

**Art. 16. Prioridade de processamento** - O juiz deverá dar prioridade ao processamento da ação coletiva, quando haja manifesto interesse social evidenciado pela dimensão do dano ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido.

**Art. 17. Interrupção da prescrição** - A citação válida para ação coletiva interrompe o prazo de prescrição das pretensões individuais e transindividuais direta ou indiretamente relacionadas com a controvérsia, **retroagindo o efeito à data da propositura da demanda.**

**Art.18. Efeitos da apelação** - A apelação da sentença definitiva tem efeito meramente devolutivo, salvo quando a fundamentação for relevante e puder resultar à parte lesão grave e de difícil reparação, hipótese em que o juiz pode atribuir ao recurso efeito suspensivo.

**Art.19. Execução definitiva e execução provisória** - A execução é definitiva quando passada em julgado a sentença; e provisória, na pendência dos recursos cabíveis.

Par.1º - A execução provisória corre por conta e risco do exeqüente, que responde pelos prejuízos causados ao executado, em caso de reforma da sentença recorrida.

Par.2º - A execução provisória permite a prática de atos que importem em alienação do domínio ou levantamento do depósito em dinheiro.

Par.3º - A pedido do executado, o juiz pode suspender a execução provisória quando dela puder resultar lesão grave e de difícil reparação.

#### **Capítulo IV - Da ação coletiva para a defesa de interesses ou direitos individuais homogêneos**

**Art. 20. Ação coletiva de responsabilidade civil** - Os legitimados poderão propor, em nome próprio e no interesse das vítimas ou seus sucessores, dentre outras (art.4º), ação civil coletiva de responsabilidade pelos danos individualmente sofridos, de acordo com o disposto nos artigos seguintes.

Parágrafo único. A determinação dos interessados poderá ocorrer no momento da liquidação ou execução do julgado, não havendo necessidade de a petição inicial estar acompanhada da relação de membros do grupo, classe ou categoria. Conforme o caso, o juiz poderá determinar, ao réu ou a terceiro, a apresentação da relação e dados de pessoas que se enquadram no grupo, categoria ou classe.

**Art. 21. Citação e notificações** - Estando em termos a petição inicial, o juiz ordenará a citação do réu e a publicação de edital no órgão oficial, a fim de que os interessados possam intervir no processo como assistentes ou coadjuvantes.

Par. 1º - Sem prejuízo da publicação do edital, o juiz determinará sejam os órgãos e entidades de defesa dos interesses ou direitos protegidos neste Código notificados da existência da demanda coletiva e de seu trânsito em julgado a fim de que cumpram o disposto no caput deste artigo.

Par. 2º - Quando for possível a execução do julgado, ainda que provisória, ou estiver preclusa a decisão antecipatória dos efeitos da tutela pretendida, o juiz determinará a publicação de edital no órgão oficial, às custas do demandado, impondo-lhe, também, o dever de divulgar nova informação pelos meios de comunicação social, observado o critério da modicidade do custo. Sem prejuízo das referidas providências, o juízo providenciará a comunicação aos órgãos e entidades de defesa dos interesses ou direitos protegidos neste código, para efeito do disposto no parágrafo anterior.

Par. 3º - Os intervenientes não poderão discutir suas pretensões individuais no processo coletivo de conhecimento.

**Art. 22. Sentença condenatória** - Em caso de procedência do pedido, a condenação poderá ser genérica, fixando a responsabilidade do demandado pelos danos causados e o dever de indenizar.

Par. 1º . Sempre que possível, o juiz calculará o valor da indenização individual devida a cada membro do grupo na própria ação coletiva

Par. 2º . Quando o valor dos danos individuais sofridos pelos membros do grupo for uniforme, prevalentemente uniforme ou puder ser reduzido a uma fórmula matemática, a sentença coletiva indicará o valor ou a fórmula de cálculo da indenização individual.

Par.3º - O membro do grupo que considerar que o valor da indenização individual ou a fórmula para seu cálculo diverso do estabelecido na sentença coletiva, poderá propor ação individual de liquidação.

**Art. 23. Liquidação e execução individuais** - A liquidação e a execução de sentença poderão ser promovidas pela vítima e seus sucessores, assim como pelos legitimados à ação coletiva.

Parágrafo único. Na liquidação da sentença, que poderá ser promovida no foro do domicílio do liquidante, caberá a este provar, tão só, o dano pessoal, o nexo de causalidade e o montante da indenização.

**Art. 24. Execução coletiva** - A execução poderá ser coletiva, sendo promovida pelos legitimados à ação coletiva, abrangendo as vítimas cujas indenizações já tiverem sido fixadas em liquidação, sem prejuízo do ajuizamento de outras execuções.

Parágrafo único. A execução coletiva far-se-á com base em certidão das decisões de liquidação, da qual constará a ocorrência , ou não, do trânsito em julgado.

**Art. 25. Do pagamento.** O pagamento das indenizações ou o levantamento do depósito será feito pessoalmente aos beneficiários.

**Art. 26. Competência para a execução.** É competente para a execução o juízo:

I - da liquidação da sentença ou da ação condenatória, no caso de execução individual;

II - da ação condenatória, quando coletiva a execução.

**Art. 27. Liquidação e execução pelos danos globalmente causados** - Decorrido o prazo de um ano sem habilitação de interessados em número compatível com a gravidade do dano, poderão os legitimados do artigo 3º promover a liquidação e execução coletiva da indenização devida pelos danos causados.

Parágrafo único. O valor da indenização será fixado de acordo com o dano globalmente causado, que será demonstrado por todas as provas admitidas em direito. Sendo a produção de provas difícil ou impossível, em razão da extensão do dano ou de sua complexidade, o valor da indenização será fixado por arbitramento.

(Suprimir - Par. 2º. Quando não for possível a identificação dos interessados, o produto da indenização reverterá para o Fundo de Direitos Difusos e Individuais Homogêneos.)

**Art. 28. Concurso de créditos** - Em caso de concurso de créditos decorrentes de condenação de que trata o artigo 6º e de indenizações pelos prejuízos individuais resultantes do mesmo evento danoso, estas terão preferência no pagamento.

Parágrafo único. Para efeito do disposto neste artigo, a destinação da importância recolhida ao fundo ficará sustada enquanto pendentes de decisão de segundo grau as ações de indenização pelos danos individuais, salvo na hipótese de o patrimônio do devedor ser manifestamente suficiente para responder pela integralidade das dívidas.

Par. 2º. O produto da indenização reverterá para o fundo previsto no artigo 6º.

## **Capítulo V - Da conexão, da litispendência e da coisa julgada**

**Art. 29. Conexão** - Se houver conexão entre as causas coletivas, ficará prevento o juízo que conheceu da primeira ação, podendo ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar a reunião de todos os processos, mesmo que nestes não atuem integralmente os mesmos sujeitos processuais.

**Art. 30. Litispendência** - A primeira ação coletiva induz litispendência para as demais ações coletivas que tenham por objeto controvérsia sobre o mesmo bem jurídico, mesmo sendo diferentes o legitimado ativo e a causa de pedir.

**Art. 31. Relação entre ação coletiva e ações individuais** - A ação coletiva não induz litispendência para as ações individuais, mas os efeitos da coisa julgada coletiva (art. 33)



não beneficiarão os autores das ações individuais, se não for requerida sua suspensão no prazo de 30 (trinta) dias, a contar da ciência efetiva da ação coletiva.

Parágrafo único - Cabe ao demandado informar o juízo da ação individual sobre a existência de ação coletiva com o mesmo fundamento, sob pena de, não o fazendo, o autor individual beneficiar-se da coisa julgada coletiva mesmo no caso da demanda individual ser rejeitada.

**Art. 32 . Conversão de ações individuais em ação coletiva.** O juiz, tendo conhecimento da existência de diversos processos individuais correndo contra o mesmo demandado, com o mesmo fundamento, notificará o Ministério Público e, na medida do possível, outros representantes adequados, a fim de que proponham, querendo, ação coletiva, ressalvada aos autores individuais a faculdade prevista no artigo anterior.

**Art. 33. Coisa julgada** - Nas ações coletivas de que trata este código, a sentença fará coisa julgada *erga omnes*, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação, com idêntico fundamento valendo-se de nova prova.

Par. 1º. Mesmo na hipótese de improcedência fundada nas provas produzidas, qualquer legitimado poderá intentar outra ação, com idêntico fundamento, quando surgir prova nova, superveniente, que não poderia ter sido produzida no processo.

Par. 2º - Tratando-se de interesses ou direitos individuais homogêneos, em caso de improcedência do pedido, os interessados poderão propor ação de indenização a título individual.

Par. 3º. Os efeitos da coisa julgada nas ações em defesa de interesses ou direitos difusos não prejudicarão as ações de indenização por danos pessoalmente sofridos, propostas individualmente ou na forma prevista neste código, mas, se procedente o pedido, beneficiarão as vítimas e seus sucessores, que poderão proceder à liquidação e à execução, nos termos dos artigos 22 a 24.

Par. 4º. Aplica-se o disposto no parágrafo anterior à sentença penal condenatória.

Par. 5º. A competência territorial do órgão julgador não representará limitação para a coisa julgada *erga omnes*.

**Art. 34. Relações jurídicas continuativas** - Nas relações jurídicas continuativas, se sobrevier modificação no estado de fato ou de direito, a parte poderá pedir a revisão do que foi estatuído por sentença.

## Capítulo VI - Da ação coletiva passiva

**Art. 35. Ações contra o grupo, categoria ou classe** - Qualquer espécie de ação pode ser proposta contra uma coletividade organizada ou que tenha representante adequado, nos termos do parágrafo 2º do artigo 2º deste código, e desde que o bem jurídico a ser tutelado seja transindividual (artigo 1º) e se revista de interesse social.

**Art. 36. Coisa julgada passiva: interesses ou direitos difusos** - Quando se tratar de interesses ou direitos difusos, a coisa julgada atuará *erga omnes*, vinculando os membros do grupo, categoria ou classe.

**Art. 37. Coisa julgada passiva: interesses ou direitos individuais homogêneos** - Quando se tratar de interesses ou direitos individuais homogêneos, a coisa julgada atuará *erga omnes* no plano coletivo, mas a sentença de procedência não vinculará os membros do grupo, categoria ou classe, que poderão mover ações próprias ou defender-se no processo de execução para afastar a eficácia da decisão na sua esfera jurídica individual.

**Parágrafo único** - Quando a ação coletiva passiva for promovida contra o sindicato, como substituto processual da categoria, a coisa julgada terá eficácia *erga omnes*, vinculando individualmente todos os membros, mesmo em caso de procedência do pedido.

**Art. 38. Aplicação complementar às ações passivas** - Aplica-se complementarmente às ações coletivas passivas o disposto neste Código quanto às ações coletivas ativas, no que não for incompatível.

## Capítulo VII - Disposições finais

**Art. 39. Princípios de interpretação** - Este código será interpretado de forma aberta e flexível, compatível com a tutela coletiva dos interesses e direitos de que trata.

**Art. 40. Especialização dos magistrados** - Sempre que possível, as ações coletivas serão processadas e julgadas por magistrados especializados.

**Art. 41. Aplicação subsidiárias das normas processuais gerais e especiais** - Aplicam-se subsidiariamente, no que não forem incompatíveis, as disposições do Código de Processo Civil e legislação especial pertinente.

Agosto de 2004

# Efetividade e instrumentalidade do Processo: um excurso crítico

Cassio Murilo Monteiro Granzinoli - Juiz Federal Substituto,  
Mestre em Direito Público (UERJ),  
Ex-Auditor Fiscal da Receita Federal

**Sumário:** 1- Segurança jurídica *versus* efetividade processual: uma equação necessária. 1.1 Simultaneidade de “processos” para uma única situação fática: por quê? 2- Atrofia do Judiciário e hipertrofia do Executivo: origem histórica. 2.1- Influência do sistema francês no modelo de Judiciário Brasileiro na Constituição de 1824. 3- Excesso de formas: decisão de fatos da vida e não de quimeras. 4 - Efetividade do Processo e o acesso à Justiça. 4.1 - Anomalias processuais e sua repercussão na efetividade processual. 4.2 - Linguagem jurídica: do jurista, do legislador e do juiz *versus* linguagem do povo. 5 Instrumentalidade do processo. 5.1 Legitimidade da Jurisdição.

## 1 - Segurança Jurídica *versus* Efetividade: uma equação necessária.

Um dos grandes desafios atuais do Direito, particularmente do Direito Processual Civil, é conseguir equacionar a contento a relação existente entre segurança jurídica e efetividade processual. Fazendo-se uma comparação com o conceito aristotélico de Justiça, poder-se-ia dizer, em linhas gerais e de forma bastante reducionista, que o equilíbrio estaria no “meio-termo”.<sup>1</sup>

Todavia, como já aventado, a tendência moderna é de dar certa prevalência à *efetividade*, uma vez que as conclusões a que se têm chegado é que uma “Justiça tardia não é Justiça”.

Realmente, não basta simplesmente tentar reduzir a discussão a uma equação matemática, dando a mesma dimensão de peso à efetividade e à segurança, mesmo porque, por tratarem-se de conceitos abertos, isso não seria possível na prática.

---

<sup>1</sup> (Aristóteles, In “Ética a Nicômaco”, Ed. Martin Claret, São Paulo, 2001, p. 115) “Assim, definimos o justo e o injusto (...) extremos.”

Dessa forma, tal qual ocorre na colisão entre princípios - até mesmo porque o princípio da segurança jurídica, de um lado, e o da efetividade processual, de outro, ostentam uma aparente antinomia entre si - , sugerimos que seja feita uma ponderação entre ambos, no caso concreto, para saber qual deve prevalecer, pois, em cada caso.

A segurança? A efetividade? O que é mais importante? O que é mais “justo”? Um processo em que não põe em risco em momento algum a segurança jurídica, porém pouco efetivo ou, ao contrário, um processo totalmente atrelado e guiado somente pelos ditames, pelo imperativo ( *diktat* ) da *segurança*?

Sem perder de vista a segurança jurídica - sem a qual não se pode falar em verdadeiro Direito, ou no seu postulado maior, a Justiça -, o fato é que também sem efetividade não há Direito e tampouco se pode falar na existência de Justiça.

Portanto, no confronto entre segurança jurídica e efetividade do processo a equação deve ser resolvida sempre em prol da justiça e da resolução do conflito de modo que a parte que consiga “provar o seu direito”, obtenha, no mais curto período de tempo possível, aquilo que conseguiria se a obrigação fosse cumprida espontaneamente por seu contendor. Tudo isso, contudo, sem querer erigir a efetividade a valor absoluto, em detrimento de qualquer outro preceito, conforme nos alerta o inigualável mestre José Carlos Barbosa Moreira.<sup>2</sup>

### 1.1 - Simultaneidade de “processos” para uma única situação fática: por quê?

Outro ponto que merece especial realce é o concernente à existência de vários *processos* - processo de conhecimento, processo de execução, processo cautelar - com o objetivo de solucionar um caso concreto, ou seja, para resolver um único conflito de interesses. Realmente não há como conceber logicamente a existência de vários “processos”, dentro do que deveria ser um meio de composição

---

<sup>2</sup> “Nada importaria senão tornar mais efetivo o processo, e nenhum preço seria excessivo para garantir o acesso a tal meta. É que no direito, como na vida, a suma sabedoria reside em conciliar, tanto quanto possível, solicitações contraditórias, inspiradas em interesses opostos e igualmente valiosos, de forma que a satisfação de um deles não implique o sacrifício total de outro”. ( in “ *Temas de Direito Processual*”, Sexta Série, Ed. Saraiva, São Paulo, 1997, p. 21 ).

da lide, o *processo*. Vale dizer, o meio de composição da lide deveria ser um único *processo*, no qual seria solicitadas as necessárias *tutelas de urgência*, no qual seria resolvida a questão de fundo propriamente dita - o *mérito* - e no qual o juiz buscaria efetivar os meios necessários ao cumprimento do decidido por ele.

De fato, não se pode cogitar, de maneira lógica, que deva haver um processo de conhecimento, ao fim do qual se dá razão a "A" ou a "B", ou parcialmente a um ou outro, para então se dar início a outro processo, o de execução. Em tais casos chegará a pessoa à seguinte conclusão, valendo-se de jargão corriqueiramente usado para classificar situações análogas: "ganhei, mas não levei".

É preciso que o Estado encontre meios para resolver tal impasse, pois conforme preleciona Marinoni, "o Estado, ao proibir a autotutela privada, assumiu o compromisso de tutelar adequada e efetivamente os diversos casos conflitivos".<sup>3</sup>

Nas expressivas palavras do brilhante colega, o magistrado Teori Albino Zavascki, "o Estado, monopolizador do poder jurisdicional, deve impulsionar sua atividade com mecanismos processuais adequados a impedir tanto quanto seja possível - a ocorrência de vitórias de Pirro."<sup>4</sup>

Por que não poderia (ou deveria) o próprio juiz, no final do processo, já na própria sentença, determinar o imediato cumprimento de sua decisão, bem como os meios para torná-la efetiva e exequível?

Pontes de Miranda, pelo que se sabe, foi o primeiro a utilizar em nosso direito pátrio a expressão *ação mandamental*, tendo se baseado em estudos feitos na Alemanha, particularmente no trabalho de Georg Kuttner ( *Urteilswirkungen ausserhalb des Zivilprozesses* ) sobre a matéria, o qual empregava a expressão *anordnungsurteil* para se referir àquela que entre nós foi chamada de *ação mandamental*.

Todavia, conforme lição de Barbosa Moreira<sup>5</sup>, o significado do termo *sentença mandamental* a que aludiu Pontes de Miranda não foi o mesmo que aquele

<sup>3</sup> Marinoni, Luiz Guilherme. "A Antecipação da Tutela", Ed. Malheiros, São Paulo, 2000, p. 20

<sup>4</sup> Zavascki, Teori Albino. "Antecipação da Tutela". Ed. Saraiva, São Paulo, 1999, p. 64

<sup>5</sup> Moreira, José Carlos Barbosa. "Temas de Direito Processual", Sétima Série, Ed. Saraiva, São Paulo, 2001, p. 58

usado por Kuttner. Para este, o termo significava uma ordem dirigida a um órgão público e que não tivesse participado do processo. Para Pontes de Miranda, contudo, a expressão foi usada numa acepção muito mais ampla, podendo ser uma ordem dirigida a um órgão público, a uma pessoa física ou jurídica, dentro ou fora do processo.<sup>6</sup>

## 2 - Atrofia do Judiciário e hipertrofia do Executivo: origem histórica.

Saber a origem - para tentar ministrar o medicamento adequado - é outro ponto importante para tornar mais efetiva e mais próximo da realidade as decisões judiciais. Assim, é preciso localizar de onde advém o *engessamento* do Judiciário, a falta de uma maior eficácia em suas decisões, enfim, sua atrofia e a correlata hipertrofia do Executivo.

Historicamente, vamos encontrar na França o nascedouro dessa questão e a necessidade de se frear os poderes dos juízes.

Isso porque, já no século XIII, irá surgir naquele país, dentro da Cúria Régia, órgãos especializados em matéria judiciária, os quais não ficarão adstritos ou vinculados nem aos costumes nem ao Direito Romano, podendo se valer das mais variadas fontes para exarar suas decisões.

E no decorrer dos séculos XVII e XVIII muitos chegaram a afirmar que o exercício da efetividade judicial se caracterizava pela “ilimitada arbitrariedade dos juízes.” Haverá, pois, uma reação à atividade dos juízes e a busca de mecanismos de restrição e mesmo de engessamento dessa prática jurídica, o que começou no Direito Penal. Beccaria, por exemplo, na sua célebre obra “Dos Delitos e das Penas” foi um dos grandes defensores da limitação do poder dos juízes.

O próprio Montesquieu - considerado o principal idealizador do sistema de separação dos poderes - Cap. VI, do Livro XI, de “O Espírito das Leis” -, não chegou a falar efetivamente em separação de poderes, mas sim em uma “combinação ou interligação dos poderes”. O juiz, segundo ele, teria o *dever de mera conservação* e nunca o poder de *criação do direito*. As sentenças não seriam outra coisa seriam senão “um texto exato das leis” e o juiz “a boca que repete as palavras da lei, um ser privado de alma” ( *le boche du loi*).<sup>7</sup>

<sup>6</sup> O art. 84, *caput*, e o seu §5º do CDC trazem regras expressas sobre a *mandamentalidade* da decisão do juiz. Diz o *caput* : “ Na ação que tenha por objeto o cumprimento da obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemto”. No § 5º lê-se: “ para a tutela específica ou para a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz determinar as medidas necessárias, tais como busca e apreensão, remoção de coisas e pessoas, desfazimento de obra, impedimento de atividade nociva, além de requisição de força policial”.

<sup>7</sup> Segundo Perelman, a Corte de Cassação, quando foi instituída ... ( *op. cit.* p. 506)

Conforme narra Plauto Faraco de Azevedo, a Revolução Francesa foi efetivamente antijudiciária, pois “a prática do Antigo Regime fizera das Cortes de Justiça ( *Parlements* ) os únicos órgãos capazes de enfrentar a Coroa. Por várias vezes aquelas Cortes resistiram aos reis de França, recusando registrar atos destes que elas declaravam inconstitucionais ou contrários às chamadas *leis fundamentais* ( não escritas ) do Reino. Por isto mesmo, a Revolução via com olhos suspicazes o judiciário, e, desde logo, providenciou para evitar que ele interferisse, de qualquer forma, na sua legislação. Daí o extremo enfraquecimento político do Judiciário francês, nos diversos regimes que se seguiram à Constituição de 1791. Enfraquecimento tão grande que leva uma forte corrente doutrinária francesa a não considerar o Judiciário como um poder independente, mas simples ramificação do Executivo.”<sup>8</sup>

E dentre as diversas medidas tomadas, encontra-se a *pulverização* dos órgãos judiciais, ou seja, a multiplicação de pequenos tribunais por centenas de distritos e a criação, posteriormente, da Corte de Cassação, estabelecido ao lado do Legislativo ( *auprès du corps législatif* ), a quem deveria anualmente dar conta de seus julgados.

## **2.1 - Influência do sistema francês no modelo de Judiciário Brasileiro na Constituição de 1824.**

Na lição ainda de Plauto Faraco, isso viria a refletir-se posteriormente no Brasil, uma vez que a Constituição de 1824 adotou esse modelo francês de Judiciário. E, mesmo após o advento da República, cuja primeira Constituição adotou o modelo norte-americano de controle das leis e de independência dos Poderes, “as gerações de juízes formados sob o Império não tinham, absolutamente, nem a tradição nem a mentalidade adequadas ao papel que a Constituição de 1891 lhes reservava.”

Destarte, esse modelo de Judiciário oprimido e atuando mais como um *longa manus* do Executivo do que propriamente um Poder independente, será o adotado na Constituição Imperial e irá germinar seus frutos nas próximas gerações, mesmo após o modelo deixar de ser aplicado no papel, com o advento da República. “Ao caudilhismo militar latino-americano veio juntar-se a tradição francesa, quanto às atribuições do Judiciário”.<sup>9</sup>

<sup>8</sup> “Aplicação do Direito e Contexto Social”, Ed. RT, 2ª Ed., São Paulo, 2000, p. 115.

<sup>9</sup> Afonso Arinos Melo Franco ( *apud* Plauto Faraco, *op. cit.* p. 116).

### 3- Excesso de formas: decisão de fatos da vida e não de quimeras

O juiz não pode se acobertar sob o grosso manto do formalismo e do tecnicismo. Ele decide casos práticos, situações envolvendo a vida de pessoas. Não é um engenheiro ou matemático que trata de problemas com fórmulas e equações precisas, imutáveis.<sup>10</sup> Deve o julgador ser dotado de sensibilidade e bom-senso e discernimento suficientes para tentar detectar qual a decisão mais justa, qual a parte que tem “direito” naquela situação *sub judice*.

Nesse sentido a posição de Chaim Perelman, ao defender o uso do Direito pelos filósofos para que estes tentassem constituir sistemas filosóficos justificáveis.<sup>11</sup>

### 4 - Efetividade do Processo e o acesso à Justiça

Conforme lição percuente do Prof. Luiz Fux, “as exigências sociais hodiernas suscitam uma maior capacidade de o Judiciário decidir com rapidez e segurança.”<sup>12</sup>

Afirmava Calamandrei, que “entre fazer o bem tardiamente e fazer logo, correndo o risco de fazer mal, impõe-se essa última forma, relegando o problema do bem e do mal para as formas tranqüilas do procedimento ordinário”.<sup>13</sup>

O princípio do “acesso à Justiça” (ou da inafastabilidade da jurisdição), inserto no art. 5º, XXXV da Constituição Federal, não só prevê o acesso procedimental, formal ao Poder Judiciário, mas traz insito, como característica imanente, o direito da parte a uma justiça adequada e a uma solução pelo menos razoável para a lide.

E um dos meios de denegar a Justiça é a mora na prestação da jurisdição. Um processo efetivo é aquele que, usando as palavras do Prof. Luiz Fux, é aquele

---

<sup>10</sup>No dizer de Plauto Faraco de Azevedo, “a aplicação do direito é freqüentemente obscurecida e empobrecida pela crença tão difundida quanto insustentável de que se resumiria a uma operação lógico-formal, mediante a qual se subsumiriam os fatos relevantes nas normas legais. Nem os fatos são assim tão simples nem as normas são assim tão claras que não ensejam a dúvida e não propiciem a argumentação em múltiplos sentidos, visando à determinação de seu significado e seu afeiçoamento às circunstâncias dos casos concretos” (*op. cit.* p. 95)

<sup>11</sup>Os problemas humanos, segundo Perelman, “não podem reduzir-se a problemas formais, e se pretendemos tirar de uma fórmula evidente, porque de forma pura, conclusões que parecem pertinentes para a solução de problemas concretos e controversos, é porque essa fórmula foi interpretada ou generalizada de um modo que já não pode angariar todos os sufrágios” (*in* “Ética e Direito”, São Paulo, Ed. Martins Fontes, 2000, p. 365)

<sup>12</sup>Luiz Fux, Tutela de Segurança e Tutela da Evidência, Ed. Saraiva, São Paulo, 1996, p. 34

<sup>13</sup>*apud* Luiz Fux, *op. cit.* p. 46



que “confere no menor lapso de tempo a solução adequada ao conflito levado à submissão decisória da justiça . Compõe-se o binômio ‘fazer bem e depressa’ ou ‘rapidez e segurança’, a que se referia a doutrina clássica do processo cautelar. O processo, enfim, será tanto mais eficaz quanto mais rápido for o seu resultado.”<sup>14</sup>

#### 4.1 - Anomalias processuais e sua repercussão na efetividade processual

Alguns exemplos de ofensa à efetividade processual são as medidas anômalas de “extinção do processo sem análise do mérito” e “suspensão do processo”. A essas medidas Carnelutti, confessando inicialmente a dificuldade em encontrar um termo adequado para adjectivá-la, denominou de *crise do procedimento*.<sup>15</sup>

*Ad instar*, Pontes de Miranda chamava os meios de extinção do processo sem julgamento da causa de “modos anormais de se por fim à instância”.<sup>16</sup>

Se o objetivo do processo é a composição da lide e se o processo, pela própria etimologia da palavra, é algo dinâmico, em constante movimentação, tais medidas só devem ser tomadas mesmo em casos extremos.

Outra hipótese é a da incidência do princípio da inércia para que o processo de execução tenha início. Por que tanto formalismo? A presunção não é a de que, já que o autor deu início ao processo de conhecimento, pretende ele receber o bem da vida desejado? Por que, então, o juiz, tal qual ocorre na Justiça Trabalhista, não começa de ofício a execução?

Aliás, o processo de execução por si só não deveria sequer existir. Na própria sentença condenatória o juiz já deveria determinar o cumprimento da obrigação ou, no caso de recurso (a quantidade de recursos e a possibilidade de serem interpostos sucessivamente em inúmeras instâncias também deveriam ser restringidas), buscar que houvesse garantia de juízo.

---

<sup>14</sup> op. cit. p. 52

<sup>15</sup> Carnelutti, Francesco. “*Sistema de Direito Processual Civil*, vol. IV, ClassicBook, São Paulo, 2000, p. 535-536 . Segundo o renomado jurista, as medidas que integram a por ele denominada *crise do procedimento* são a *suspensão*, a *interrupção* e a *cessação* do procedimento.

<sup>16</sup> Miranda, Francisco C. Pontes de. “*Comentários ao Código de Processo Civil*. Editora Forense, Rio de Janeiro, 2001, p. 463.

Outra anomalia processual é a existência do precatório nos moldes em que conformado atualmente.

O precatório - criação genuinamente brasileira - foi pela primeira previsto em nosso ordenamento jurídico na Constituição de 1934. O objetivo, porém, era de evitar a burla ao princípio da pessoalidade, com uso de "advocacia administrativa" para que um pagamento fosse feito na frente de outro "mais antigo" e não para servir de "postergação" oficial da dívida dos entes públicos com seus administrados.

Além do que, até mesmo para que a parte vencedora contra a Fazenda Pública consiga ser inscrita no precatório, lá se vai uma eternidade. É de conhecimento assente o descumprimento (ou mora excessiva) da Administração Pública e sua recalcitrância em cumprir as ordens judiciais.

O CJF - Conselho da Justiça Federal, elaborou um caderno de pesquisas justamente com o objetivo de demonstrar tal situação. De fato, através de um trabalho minucioso e estatisticamente comprovado, o estudo demonstra as razões que levam as decisões judiciais serem tão postergadas.<sup>17</sup>

#### **4.2 - Linguagem jurídica: do jurista, do legislador e do juiz *versus* linguagem do povo.**

Um aspecto que também não pode ser descurado no estudo da efetividade processual, apesar de não ser inerente apenas a esta, mas sim muito mais amplo e que envolve todo o sistema jurídico, é a linguagem jurídica.

O Direito, tal qual os outros campos científicos, tem palavras e expressões próprias, tem termos peculiares e com sentido muitas vezes desconhecidos comumente ou mesmo de significado diverso do comumente empregado. E assim não poderia deixar de ser, pois cada ciência tem seus objetivos próprios.

---

<sup>17</sup> "Execução contra a Fazenda Pública - Razões políticas do Descumprimento às ordens judiciais." Série Pesquisas do Conselho de Justiça Federal, n° 8, p. 13

Não obstante, não se pode esquecer, sobretudo legisladores e juízes, que as leis e as decisões judiciais devem ser compreensíveis e acessíveis pelo menos à maioria da população.<sup>18</sup> É a esta que se destinam e, portanto, por esta devem ser capazes de ser apreensíveis.

A linguagem jurídica, sem divorciar-se da técnica, deve ser a mais simples e clara possível, sob pena de, não sendo entendida, deixar de ser observada ou aplicada ou, ainda, o que é pior, transmitir uma sensação de injustiça.

## 5 - A Instrumentalidade do Processo

A jurisdição (e não a ação) deve ser considerada como o epicentro do sistema processual. Dado o caráter publicista deste, não se pode mais enxergar a *ação* como o centro dos institutos processuais. Como instrumento do Estado para consecução de suas metas, o sistema deve ser informado precipuamente pela *jurisdição* ( manifestação do poder estatal).

O direito processual, dessarte, ainda que dentro de sua microestrutura, é também um sistema aberto, tal qual o sistema jurídico num espectro maior. Deflui dessa concepção a necessidade de ser analisado sob um enfoque externo, enfatizando-se a ordem social e o ideário de Justiça.

O conflito a ser solucionado pelo exercício de jurisdição não se limita ao conflito *inter partes*, mas deve ganhar uma dimensão muito mais ampla para abarcar os próprios conflitos sociais, eis que o processo é instrumento de apaziguamento de fatos sociais de maior amplitude e não mero instrumento técnico. Também o sistema processual não é alheio aos fenômenos sociais nem estanque em relação à sociedade. É, ao contrário, ou deve procurar ser, um elemento de integração social e de solução efetiva dos conflitos.

---

<sup>18</sup> Segundo Eduardo C. B. Bittar, "a maior ilusão do legislador é a de vislumbrar na norma jurídica um preceito estéril e imune ao movimento. O sentido (único) fundado pelo legislador, ou por ele pretendido, quando plasmado em texto normativo, ganha vida própria. O sentido jurídico-normativo do legislador nada mais é que um projeto de sentido, pois quando se promulga, se publica, passa a navegar nas ondulações das cadeias de interpretação." (in "Linguagem Jurídica". São Paulo Ed. Saraiva, 2001, p. 125 ).

O processo não é senão o instrumento que o ordenamento jurídico coloca à disposição dos que necessitam - uma vez que não conseguiram uma autocomposição da lide - para satisfação do direito objetivo. E na atualidade tem prevalecido que os objetivos estatais - sobretudo os previstos na Constituição - devem também ser alcançados com o uso do processo.

A publicização do processo, que vem se acentuando cada vez mais, é importante para suplantar o excessivo apego ao princípio da disponibilidade e ao caráter dispositivo em que prepondera um juiz que muito pouco participa desse evolver dialético.

Conforme preleciona Cândido Rangel Dinamarco, "o direito processual moderno procura também equilibrar a aplicação do princípio inquisitivo e do dispositivo na instrução, tendo em vista as exigências opostas de imparcialidade e livre gozo de interesses, de um lado (o modo de ser dos conflitos) e, de outro, os de uma instrução que conduza a decisão conforme o direito objetivo material, fazendo justiça."<sup>19</sup>

Resulta dessa análise que processo dever ser visto como instrumento de que se vale o Estado para alcançar seus objetivos e não apenas para solucionar conflitos privados, eis que por trás dessa solução há um interesse público maior, como a busca da paz social, da cidadania, da dignidade da pessoa humana, da redução de desigualdades sociais, dentre tantos outros objetivos de um Estado Democrático de Direito.

Assim, devem ser enfatizadas medidas como o impulso oficial por parte do juiz, a atenuação do princípio da disponibilidade, uma maior participação do juiz no processo civil.

Nesse diapasão, indaga-se: por que não dar a toda sentença um caráter mandamental, na qual o juiz não só *condena* como também *ordena*? Tal já ocorria nos interditos romanos, em que o pretor romano não *condenava*, mas *ordenava* que a pessoa acionada fizesse ou deixasse de fazer algo.

---

<sup>19</sup>In "A instrumentalidade do Processo". São Paulo, Ed. Malheiros, 2002, p. 63.

Na lição de Ovídio A. Batista da Silva, a rejeição da doutrina ao caráter mandamental das decisões decorre do fato de os interditos romanos não serem verdadeiras ações, tanto que julgadas por pretores, ao passo que as *actiones* eram julgadas por juízes privados.<sup>20</sup>

Pontes de Miranda já defendia a existência das ações mandamentais, embora não tivesse fundamentado minudentemente o instituto, tampouco incursionado profundamente em sua origem histórica.

### 5.1 - Legitimidade da Jurisdição

À jurisdição não basta a observância dos procedimentos legais, das formas estritas e da legalidade. É preciso, além e acima disso, ser dotada de legitimidade, ou seja, de aceitação, de consentimento e convergência entre os anseios sociais e os objetivos do poder.

A população, embora em grande maioria não creia na eficiência do Judiciário, e evite mesmo se socorrer a este, mantém uma crença em sua idoneidade por conta de sua estrutura interna.<sup>21</sup>

Fatos ligados à nossa história recente dão conta da importância do Poder Judiciário e, por conta disso, de sua legitimação social. Assim, como exemplo, em decisões decorrentes de conflitos criados por programas econômicos do Governo, temos as seguintes: liberação de 'cruzados novos'; correções salariais que foram extirpadas por planos econômicos (Bresser, Verão, Collor...); correção de contas do FGTS; reajuste de benefícios previdenciários; inconstitucionalidade da EC 3/93 no que se referia ao IPMF, dentre várias outras.

Podemos concluir, pois, que a instrumentalidade do processo possui dois aspectos:

- a) aspecto negativo: o processo não existe por si. Não se pode coadunar com o exagero das formas;
- b) aspecto positivo: deve se tentar extrair do processo o máximo de proveito em relação aos fins que se quer alcançar.

<sup>20</sup> Curso de Processo Civil, Ed. RT, São Paulo, 2002, vol. 2, p. 336-337

<sup>21</sup> "A população não crê na eficiência do Poder Judiciário, prefere evitar o recurso a ele, não quer cooperar com ele. Mas sente que precisa dele e, apesar de tudo, respeita-o e crê na sua idoneidade." (Dinamarco, Cândido Rangel. *op. cit.* p. 171)

De tudo o que foi dito sobre efetividade e instrumentalidade do processo, o mais importante é que todos os que trabalham na seara jurídica possam abrir seus olhos para essa nova dimensão do processo, lançando o olhar para um espectro mais amplo. Não se pode considerar o processo apenas como algo mecânico, excessivamente técnico e de difícil apreensão. É preciso ter em mente efetivamente os escopos estatais que o processo procura alcançar e não considerá-lo apenas como meio de solução de um caso concreto, isolado da realidade social e histórica.



## BIBLIOGRAFIA

- ARISTÓTELES.** *Ética a Nicômaco*. São Paulo, Martin Claret, 2001.
- AZEVEDO, Plauto Faraco.** *Aplicação do Direito e Contexto Social*. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 2000, 2ª edição.
- BITTAR, Eduardo C.B.** *Linguagem Jurídica*. São Paulo, Ed. Saraiva, 2001.
- CARNELUTTI, Francesco.** *Sistema de Direito Processual Civil*. São Paulo, Ed. ClassicBook, 2002, vol. IV.
- CONSELHO da Justiça Federal.** *Execução contra a Fazenda Pública - Razões Políticas do descumprimento às ordens judiciais*. Brasília, Série Pesquisas do CEJ, 8, 2002.
- DINAMARCO, Cândido Rangel.** *A Instrumentalidade do Processo*. São Paulo, Ed. Malheiros, 2002
- FUX, Luiz.** *Tutela de Segurança e Tutela da Evidência*. São Paulo, Ed. Saraiva, 1996.
- MIRANDA, Pontes de.** *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro, Ed. Forense, 2001, Tomo III.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa.** *Temas de Direito Processual Civil*. São Paulo, Ed. Saraiva, 1997, Sexta Série.
- \_\_\_\_\_. *Temas de Direito Processual Civil*. São Paulo, Ed. Saraiva, 2001, Sétima Série.
- MARINONI, Luiz Guilherme.** *A Antecipação da Tutela*. São Paulo, Ed. Malheiros, 2000.
- PERELMAN, Chaim.** *Ética e Direito*. São Paulo, Ed. Martins Fontes, 2000.
- SILVA, Ovídio A Baptista da.** *Curso de Processo Civil*. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 2002, vol. 2.





# A “Pretensão” no novo Código Civil e sua repercussão processual

Edward Carlyle Silva - Juiz Federal  
Mestre em Direito Processual (UERJ)

Sumário:

1 - Introdução. 2 - A “Pretensão”. 2.1 - O artigo 189 do novo Código Civil e o § 194 do “Bürgerliches Gesetzbuch”. 2.2 - A “Pretensão” segundo Francesco Carnelutti. 2.3 - Distinção entre Ação, Lide e Processo. 3 - A Evolução no estudo do “Mérito da Causa”. 3.1 - A “Pretensão” segundo Pontes de Miranda. 3.2 - Conteúdo e Espécies de Pretensão. 3.3 - A “Pretensão Processual” e o Direito Alemão. 4 - A Experiência Alemã. 5 - Conclusão. 6 - Referências Bibliográficas.

## 1 - INTRODUÇÃO

Um dos pontos mais inovadores da redação do novo Código Civil (Lei n° 10.406 de 10 de janeiro de 2002) encontra-se delineado em seu Título IV, Capítulo I, artigo 189 e seguintes, e versa sobre o tormentoso tema da PRESCRIÇÃO. Não que este tema, por si só, apresente alguma novidade. A prescrição continua sendo objeto de inúmeras controvérsias,<sup>1</sup> sendo inoportuna a tentativa de apresentar uma contribuição ao seu estudo através deste pequeno trabalho, até mesmo porque a abordagem que se pretende realizar neste momento, refere-se mais ao Direito Processual propriamente dito, do que às implicações ocasionadas pelo teor dos citados dispositivos no âmbito do direito material.

No que pertine ao objeto de nosso trabalho, produto de exame mais direcionado, o grande diferencial da redação daqueles artigos, reside inicialmente na expressa afirmação de que a “pretensão” seria oriunda da violação de um direito (subjeto), conforme podemos verificar pelo exame do art. 189 em sua nova redação.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> LEONI LOPES DE OLIVEIRA, J. M. *Direito Civil: Teoria Geral do Direito Civil*. Rio de Janeiro. Editora Lumen Juris, v. 2, pp. 1014-1016. Expõe o douto civilista que a doutrina divide-se em três correntes acerca do objeto da prescrição. A primeira corrente, adotada pela doutrina italiana e seguida no Brasil por Caio Mário da Silva Pereira, afirma que a prescrição é a perda de um direito subjetivo em virtude da inércia de seu titular durante determinado período de tempo. A segunda corrente afirma que a prescrição é a perda da ação atribuída a um direito, ou seja, de sua capacidade de se defender, em razão desta mesma inércia durante determinado lapso temporal. A terceira corrente possui fundamento na doutrina alemã e defende que a violação de um direito subjetivo acarreta o surgimento da pretensão. Decorrido determinado prazo sem o exercício desta pretensão por parte de seu titular, incide sobre ela a prescrição. Desta feita, a prescrição não atinge nem o direito subjetivo, nem a ação. Seu objeto é a pretensão. Esta é a corrente esposada pelo citado autor e adotada pelo novo Código Civil.

<sup>2</sup> Art. 189 do CC - “Violado o direito, nasce para o titular a pretensão, a qual se extingue, pela prescrição, nos prazos a que aludem os arts. 205 e 206..”

A novidade chama a atenção, uma vez que o conceito de prescrição sempre foi considerado um terreno “espinhoso” a se enfrentar. O tema, que já foi objeto de renomados estudos,<sup>3</sup> encontra-se atualmente em fase estacionária, como que aguardando alguma novidade que pudesse redirecionar os rumos de sua pesquisa.

Adotando significativa alteração de ponto de vista,<sup>4</sup> o novo Código Civil consagra entendimento doutrinário de origem germânica, através do qual defende-se a teoria segundo a qual, a violação de um direito subjetivo produz o surgimento da chamada pretensão. Esta pretensão deve ser exercida pelo seu titular durante determinado lapso temporal estabelecido em lei. Decorrido tal lapso sem o seu exercício, ocorre a prescrição desta pretensão. A ressalva que se deve fazer em relação a este conceito, reside no fato de que embora o termo pretensão tenha obtido maior expressão quando de sua utilização em trabalho científico de origem civilista, portanto, de direito material, a verdade é que sua relação com o direito processual é muito mais estreita.<sup>5</sup>

Tratando-se de conceito umbilicalmente ligado ao estudo do Direito Processual, seria possível existir alguma outra definição doutrinária acerca do referido vocábulo, o que de fato veio a confirmar-se. Na verdade, a maioria das divergências doutrinárias possui origem na diversidade de sentidos que se atribuem a um mesmo termo jurídico.

Desta forma, surge uma aparente antinomia no ordenamento jurídico pátrio ao confrontar-se o teor do citado dispositivo e o conceito tradicionalmente aceito de “pretensão” no âmbito do direito processual.<sup>6</sup> Isto porque, ao examinarmos aqueles artigos, salta-nos aos olhos que a “pretensão”, da forma como foi estabelecida pelo legislador, possui como base aquele conceito defendido pela Escola Alemã de Direito Processual, e que é conhecido como “Anspruch”.

---

<sup>3</sup> CÂMARA LEAL, Antônio Luiz da. *Da Prescrição e da Decadência*. Editora Saraiva. São Paulo. 1939. 461p.; DINAMARCO, Cândido Rangel. “A Excepcionalidade da Prescrição na Vida dos Direitos” em *Fundamentos do Processo Civil Moderno*. 4ª Edição. São Paulo: Editora Malheiros. 2001. Tomo I, pp. 440-446.

<sup>4</sup> Na verdade, conforme será visto, a concepção de pretensão como sendo o objeto da prescrição já constituía entendimento amplamente desenvolvido na doutrina alemã desde o início do século 20.

<sup>5</sup> Com o desenvolver do texto, pretendemos demonstrar que o vocábulo “pretensão” possui acepções distintas em se tratando de direito material e direito processual, o que permite a co-existência.

<sup>6</sup> Conforme veremos, é de ampla aceitação no direito processual brasileiro o conceito de pretensão nos moldes estabelecidos por Francesco Carnelutti .

O fato de existir um conceito razoavelmente sedimentado de “pretensão” no âmbito do Direito Processual Civil pátrio, não implica, em absoluto, na desconsideração desta nova interpretação que lhe foi conferida pelo novo Código Civil. Como muito bem afirmado por CARLOS MAXIMILIANO,<sup>7</sup> os textos jurídicos devem ser interpretados de forma a impedir que venham a ser considerados inúteis, ociosos, com vocábulos desnecessários ou privados de seu real sentido.

A finalidade deste trabalho, portanto, reside no exame e interpretação dos conceitos de “pretensão”, estabelecidos no ordenamento jurídico pátrio, partindo de um estudo das respectivas correntes doutrinárias, de forma a demonstrar a possibilidade teórica de coexistência entre ambos.

## 2 - A “PRETENSÃO”

A primeira fonte de pesquisa que deve ser objeto de nossos estudos para estabelecermos o conceito de pretensão é justamente aquela referente ao sentido que lhe atribui a língua portuguesa. Desta maneira, nada mais óbvio do que examinar o significado do vocábulo junto aos dicionários existentes.

Assim, para o mais conhecido dos dicionários brasileiros, a pretensão nada mais é do que proveniente “*do latim praetensu, pretendido, pretensu, + ao. 1. Ato ou efeito de pretender. 2. Direito suposto e reivindicado. 3. Vaidade exagerada; presunção. 4. Aspiração; ambição: Expôs com clareza a sua pretensão, e foi atendido. 5. Dir. Pedido ou objeto da ação judicial*”.<sup>8</sup>

Para outro conhecido dicionário da língua portuguesa, pretensão significa:

*“Ato ou efeito de pretender. 1. Direito suposto ou real, reivindicado por um indivíduo, uma nação, etc. 2. Aquilo que se solicita*

<sup>7</sup> MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 7ª Edição. Livraria Freitas Bastos. Rio de Janeiro, p. 311. Afirma o douto jurista que: “Pode uma palavra ter mais de um sentido e ser apurado o adaptável à espécie, por meio do exame do contexto ou por outro processo; porém a verdade é que sempre se deve atribuir a cada uma a sua razão de ser, o seu papel, o seu significado, a sua contribuição para precisar o alcance da regra positiva. Este conceito tanto se aplica ao Direito escrito, como aos atos jurídicos em geral, sobretudo aos contratos, que são leis entre as partes. Dá-se valor a todos os vocábulos e, principalmente, a todas as frases, para achar o verdadeiro sentido de um texto; porque este deve ser entendido de modo que tenham efeito todas as suas provisões nenhuma parte resulte inoperativa ou supérflua nula ou sem significado alguma”.

<sup>8</sup> FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa*. 2ª Edição revista e atualizada. Editora Nova Fronteira. 1986, p. 1390.

*ou se exige. Exigência, solicitação. #. Sentimento que incita alguém a conseguir (algo), desejo; aspiração. 4. Desejo ambicioso e descabido; ambição. 5. Conceito exagerado de si mesmo; Vaidade exagerada; presunção. 6. Jur. Solicitação ou reivindicação que é objeto de ação judicial (...).<sup>9</sup>*

No entender do conhecido DE PLÁCIDO E SILVA,<sup>10</sup> a palavra pretensão é oriunda do latim “praetensio, praetensionem, do verbo praetendere (julgar-se com direito, solicitar, requerer)”, o que significa dizer que além de consubstanciar aquilo que se pretende conseguir, também significa o direito que se julga ter em relação à coisa discutida.

Não obstante, o emprego do referido vocábulo no âmbito processual e no campo do direito material (Direito Civil) acaba por possuir conseqüências específicas, na medida em que nestes dois casos, ele acaba por adquirir um significado próprio.

## 2.1- O Artigo 189 do Novo Código Civil e o § 194 do “Bürgerliches Gesetzbuch”

A origem do artigo 189 do novo Código Civil Brasileiro, embora não possa ser considerada como mera reprodução textual, encontra-se baseada na redação do § 194 do “Bürgerliches Gesetzbuch”, conhecido como B.G.B.<sup>11</sup> (Código Civil Alemão), segundo o qual, a pretensão seria um direito a um ato ou omissão dirigida contra uma pessoa determinada.<sup>12</sup>

Partindo-se desta premissa, podemos facilmente constatar que os conceitos estabelecidos por WINDSCHEID<sup>13</sup> acerca da pretensão - no caso “ANSRUCH” - permaneceram como norteadores dos estudos doutrinários que se seguiram,<sup>14</sup> inclusive fornecendo cabedal para sua adoção no âmbito do Código Civil Alemão. Nos seus

<sup>9</sup> HOUAISS, Antonio; VILLAR, Mauro de Salles; FRANCO, Francisco Manoel de Mello. *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*. 1ª edição. Rio de Janeiro. Editora Objetiva. 2001, p. 2294.

<sup>10</sup> SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*, 18ª Edição (Atualizadores Nagib Slaibi Filho e Geraldo Magela Alves). Rio de Janeiro, Ed. Forense. 2001, p. 637

<sup>11</sup> Dispõe o parágrafo 194 do BGB “O direito de exigir de outrem ato ou abstenção (pretensão) submete-se à prescrição”.

<sup>12</sup> ENNECCERUS, Ludwig, *Derecho Civil* (Parte General), Tradução para espanhol por Blás Pérez Goncales e José Alguer. Editora Bosch: Barcelona. 2ª Edição, v. II, p. 457, nota 1. Afirma o douto civilista que “el concepto de la pretensión es extraño a la antigua teoría. Lo que nosotros llamamos pretensión se calificaba (bajo el supuesto de existir la protección del derecho) derecho de acción, acción em el sentido material, actio. Pero se discutía el concepto de actio.(...) Por tanto, substituyó para el derecho moderno el concepto de la acción por el concepto de la pretensión”.

<sup>13</sup> CHIOVENDA, Giuseppe. *La Acción em el Sistema de los Derechos*. Traducción de Santiago Sentis Melendo. Bogotá. Editorial TEMIS, 1986, pp. 08 *passim*

<sup>14</sup> ENNECCERUS, Ludwig, op. cit. pp. 457-458, nota de rodapé n° 1; Cf. Nota 10.

estudos acerca da “Actio” do direito romano em confronto com a “Klagerech” do direito germânico, este fantástico estudioso chegou à conclusão de que o que nasce de um direito violado NÃO é um direito de acionar, mas sim, um direito contra o violador, mas que não se confunde com o direito de ação.<sup>15</sup> A pretensão seria o “direito em si mesmo” dirigido contra terceiros, muito embora este entendimento não fosse pacífico na própria doutrina alemã.<sup>16</sup> Diante de tais fatos, podemos depreender que esta “pretensão”, prevista no *Bürgerliches Gesetzbuch* (Código Civil Alemão), é **conceito de direito material**, completamente distinto do conceito de pretensão na forma como a conhecemos no direito pátrio e que será objeto de exposição posterior.

Principalmente à partir do momento em que foi expressamente adotada na redação do Código Civil Alemão, no citado § 194 do *Bürgerliches Gesetzbuch* (B.G.B.), esta concepção de pretensão formulada por WINDSCHEID sofreu diversos ataques, devido ao surgimento de dois problemas cruciais.

O primeiro foi o de gerar uma acalorada discussão sobre o conceito de “Anspruch” e sua natureza jurídica. O segundo, de caracterizar o momento em que “surge” a pretensão.

Quanto ao primeiro aspecto, a doutrina da época, bem como os estudos posteriores, dividiram-se em numerosas correntes. Algumas defenderam a tese de que a pretensão seria um elemento do direito subjetivo, outras, a de que ela seria o próprio direito subjetivo.<sup>17</sup> LUDWIG ENNECCERUS<sup>18</sup> a entendia como categoria distinta das demais, enquanto PONTES DE MIRANDA<sup>19</sup> a considerava como pertencente ao campo do “direito subjetivo material”.

O segundo aspecto possui, tanto sua origem, quanto sua solução, na posição doutrinária adotada em relação ao primeiro. Significa dizer que, ao adotarmos a teoria de WINDSCHEID acerca da pretensão, forçosamente somos obrigados a entendê-la como localizada “depois” do direito subjetivo, ou seja, como o “direito a um ato ou

---

<sup>15</sup> FREIRE, Homero. “Pretensão” in *Digesto de Processo*, v. 4, Ed. Forense. São Paulo. 1988, p. 177.

<sup>16</sup> ENNECCERUS, Ludwig, op. cit. p. 458. nota de rodapé n° 2. A pretensão seria um direito dirigido contra uma pessoa determinada. No caso dos direitos absolutos, este direito de proteção seria “erga omnes”, sendo o direito real composto por uma pluralidade ilimitada de pretensões.

<sup>17</sup> FREIRE, Homero. op. cit. p. 178.

<sup>18</sup> ENNECCERUS, Ludwig, op. cit. p. 458.

<sup>19</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Editora Forense. Rio de Janeiro. 1974. v. I, p. XXV.

omissão”, uma vez violado um anterior direito subjetivo. Por outro lado, se identificarmos a pretensão como sendo o direito subjetivo, obviamente o surgimento de ambas será concomitante; assim como para aqueles que a entendem desvinculada do direito subjetivo, naturalmente é possível visualizá-la antes da existência deste, tal como o faz CARNELUTTI.<sup>20</sup>

## 2.2 - A “Pretensão” segundo Francesco Carnelutti

Um dos mais brilhantes e cultuados processualistas a explanar seu ponto de vista acerca do conceito de pretensão, foi o renomado professor *FRANCESCO CARNELUTTI*. A bem da verdade, o conceito de pretensão, da forma como o entendemos atualmente, foi originariamente por ele criado. Para *CARNELUTTI*, era indispensável para o estudo do processo e até mesmo do próprio direito em si, que as atenções estivessem inicialmente voltadas ao conceito de “interesse”. Este “interesse” deveria ser entendido como uma “posição favorável à satisfação de uma necessidade”.<sup>21</sup>

Ocorre, porém, que este interesse possui como objeto os bens que encontram-se na sociedade, implicando no fato de que a satisfação das necessidades humanas “esbarra”, por assim dizer, na limitação de tais bens, assim como nos interesses alheios incidentes sobre os mesmos. Obviamente, não há como satisfazer a todos os interesses que porventura apareçam, até mesmo por uma questão de limitação material dos mesmos.

Assim, no entender daquele doutrinador,<sup>22</sup> quando alguém manifestar seu interesse por determinado bem, exigindo que outrem subordine seu próprio interesse àquela sua vontade, estaríamos diante de uma pretensão. Consagra-se, portanto, a idéia de que a “pretensão”, da maneira como adotada no ordenamento processual pátrio, seria a “exigência de submissão do interesse alheio ao interesse próprio”.<sup>23</sup>

<sup>20</sup> CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires: Editora UTEHA Argentina. 1944. Tomo II. p. 08.

<sup>21</sup> CARNELUTTI, Francesco. *op.cit.*, p. 11.

<sup>22</sup> *Ibid.*, p.44. Salienta o renomado processualista que “... el conflicto puede dar lugar a una actitud de la voluntad de uno de los sujetos, concretada en la exigencia de la subordinación del interes ajeno al interes próprio. Esta exigencia es lo que se llama pretensión.”

<sup>23</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 19ª Edição. Rio de Janeiro: Editora Forense. 1997, v. I, p. 35; CARREIRA ALVIM, José Eduardo. *Elementos de Teoria Geral do Processo*. Rio de Janeiro. Editora Forense. 7ª Edição. 2001, p. 09.

Ora, o cerne do problema surge quando dois ou mais indivíduos possuem pretensões distintas em relação ao mesmo bem. Neste caso, a solução de tal conflito pode ocorrer de duas formas. Conforme preceitua CARNELUTTI,<sup>24</sup>

“...puede ocurrir que, ante la pretension el titular Del interes opuesto se decida a su subordinación. Em tal caso, la pretensión es bastante para determinar el desenvolvimiento pacífico Del conflicto. Pero com frecuencia no sucede así. Entonces, a la pretensión del titular de uno de los intereses em conflictose opone la resistència del titular del outro. Cuando esto ocurre, el conflicto de intereses se convierte em litígio. Llamo litígio al conflicto de intereses calificado por la pretensión de uno de los interesados y por la resistència del outro”.

Verifica-se, portanto, que a pretensão, a princípio, é apenas parte de um todo, na medida em que, não seria suficiente, por si só, para caracterizar o litígio, ou, nos termos do Código, a “lide”. Constata-se, de tudo que foi dito, que para o vigente Código de Processo Civil, o mérito é a “lide”, diferentemente da concepção original de mérito estabelecida por CARNELUTTI, que defendia a tese de que o mérito da causa seria o conjunto de “questões materiais levadas ao juiz” para sua decisão através da lide.<sup>25</sup>

A bem da verdade, o conceito de “lide” estabelecido por CARNELUTTI possui imensa importância, ao partir da premissa de que os interesses dos indivíduos são ilimitados e limitados são os bens aptos a satisfazê-los, o notável doutrinador indica a base para a existência de um conflito de interesses.

Desta feita, considerando-se que o homem vive em sociedade e não pode satisfazer a maioria de suas necessidades sem participar desta coletividade, e, que o desentendimento, e, por fim, a violência entre os mesmos pode comprometer sobremaneira o equilíbrio social, o Estado toma para si a função de dirimir tais conflitos. É o que comumente se denomina de “monopólio da atividade jurisdicional” pelo Estado.<sup>26</sup>

<sup>24</sup> CARNELUTTI, Francesco. op.cit., p. 44.

<sup>25</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. “O Conceito de Mérito em Processo Civil” in Fundamentos do Processo Civil Moderno. 4ª Edição. São Paulo: Editora Malheiros. 2001. Tomo I, p. 252.

<sup>26</sup> ARRUDA ALVIM, Eduardo. *Curso de Direito Processual Civil*. São Paulo: Editora RT. V. I p. 41; MARINONI, Luiz Guilherme., ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do Processo de Conhecimento*. São Paulo: Editora RT. 2001, p. 25., Ditos autores estabelecem como consequência que, “diante da proibição da autotutela, ofertou-se àquele que não podia mais realizar o seu interesse através da sua própria força o direito de recorrer à justiça, ou o direito de ação”.

Configura-se claro o interesse público na solução do litígio, restando evidente que para esta teoria a finalidade do processo é a busca da “justa composição da lide”. Obviamente estamos falando de uma ciência autônoma e que se enquadra no direito público.

### 2.3 - Distinção entre Ação, Lide e Processo

Não se deve confundir o que venha a ser a “lide” e o que se considera como “ação”. Na verdade, a ação nada mais representa do que o direito a um provimento jurisdicional sobre a lide que é colocada a julgamento perante o Poder Judiciário.<sup>27</sup> Distingue-se a lide do processo, uma vez que este apenas reproduz a lide perante o juiz. Desta forma, o conflito de interesses que acontece no mundo dos fatos, ou melhor, no campo material, é levado ao juiz através do processo.

Parece bastante claro, portanto, que na concepção de CARNELUTTI, a lide configurava-se o centro das atenções, o pólo metodológico no estudo do Direito Processual Civil. Ora, o Código de Processo Civil de 1973 adotou o conceito de “pretensão” da forma como delineado por CARNELUTTI, até mesmo porque a “lide” foi considerada como objeto do processo, ou melhor, como o “mérito” da causa.<sup>28</sup> Seja pela Exposição de Motivos do Código de Processo Civil de 1973,<sup>29</sup> seja em função das manifestações doutrinárias neste sentido, tal constatação é facilmente demonstrável.<sup>30</sup>

É oportuno salientar o fato do Professor ALFREDO BUZAI, redator da citada exposição de motivos e o principal idealizador do Código de Processo Civil de 1973, ter sido aluno de LIEBMAN na Escola Processual de São Paulo,<sup>31</sup> tendo sido fortemente influenciado pela doutrina de CARNELUTTI.

<sup>27</sup> BUZAI, Alfredo. *Do Agravo de Petição* (no Sistema do Código de Processo Civil). 2ª Edição. São Paulo. Editora Saraiva. 1956. p. 93 “o interesse protegido mediante as obrigações processuais e correlativamente mediante a ação, é o interesse à justa composição da lide, não o interesse em lide”.

<sup>28</sup> *Idem, ibidem*, p. 104.

<sup>29</sup> Exposição de Motivos da lei n° 5.869 de 11 de janeiro de 1973 (Código de Processo Civil), nota n° 6: “...Haja vista por exemplo o vocábulo “lide”. No Código de Processo Civil vigente ora significa processo(art. 96), outra mérito da causa (arts. 287, 684, IV e 687, parágrafo 2°). O projeto só usa a palavra “lide” para designar o mérito da causa. Lide é, consoante a lição de CARNELUTTI, o conflito de interesses qualificado pela pretensão de um dos litigante e pela resistência do outro. O julgamento desse conflito de pretensões, mediante o qual o juiz, acolhendo ou rejeitando o pedido, dá razão a uma das partes e nega-a à outra, constitui uma sentença definitiva de mérito. A lide é, portanto, o objeto principal do processo e nela se exprimem as aspirações em conflito de ambos os litigantes.” (...)

<sup>30</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto., op. cit., p. 38.

<sup>31</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. “A Escola Processual de São Paulo” in Fundamentos do Processo Civil Moderno. 4ª Edição. São Paulo. Editora Malheiros. 2001. Tomo I, p. 36.



Entretanto, para atual corrente doutrinária, a “lide” não pode ser considerada como elemento essencial do processo, na medida em que as partes podem convergir quanto aos termos do pedido, isto é, o réu pode aquiescer ou concordar com o pedido do autor, caso em que estaríamos diante de um processo sem conflito de interesses.<sup>32</sup>

Mesmo diante de tais argumentos, o professor ALFREDO BUZAID<sup>33</sup> rejeitava a concepção alemã de processo, baseada na pretensão. Para ele, a “pretensão” seria uma manifestação de vontade que não supunha a existência do direito. Desta forma, ela é inerente tanto àquele que possui direito, quanto àquele que não possui direito àquela pretensão delineada no processo. A pretensão estaria, portanto, desvinculada da idéia de “justiça”, sendo aceita tanto nas hipóteses fundadas, quanto nas infundadas. Difere-se da razão, vez que esta pressupõe a conformidade da pretensão com o direito existente.

### 3 - A EVOLUÇÃO NO ESTUDO DO “MÉRITO DA CAUSA”

Não obstante a exposição anteriormente realizada, a doutrina processual brasileira evoluiu consideravelmente. Muito embora, à princípio, a concepção da “lide” como objeto do processo tenha sido adotada pelo próprio Código de Processo Civil, ela encontra-se pouco a pouco sendo deixada de lado.<sup>34</sup>

Na verdade, a teoria defendida por *CARNELUTTI* foi bastante criticada, obtendo mais aceitação no Brasil do que propriamente na Itália,<sup>35</sup> tendo, inclusive, sido objeto de vários estudos que indicaram falhas a enfraquecer sua autoridade. Na verdade, poderia acontecer do conflito de interesses entre duas pessoas não ser deduzido em juízo de forma integral, já que o conceito de lide não refletia obrigatoriamente o que acontece no processo.

<sup>32</sup> JARDIM, Afranio Silva. *Direito Processual Penal*. 4ª Edição: Rio de Janeiro. Editora Forense. 1991. p. 32.

<sup>33</sup> BUZAID, Alfredo. *op. cit.*, p. 94.

<sup>34</sup> ASSIS, Araken de. *Cumulação de Ações*. 3ª Ed. Rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 1998. p. 49. Afirma que a razão para tal fato é que “restringe-se ela, na versão original, ao âmbito privado, e, no direito pátrio, abrangerá disputas contrapondo interesses individuais, coletivos, difusos e o interesse do Estado, cada vez mais, a despeito da oposição liberal, gestor de bens necessários à satisfação daqueles interesses, e os próprios interesses públicos. A representação da lide imposta pelo autor, que se reserva o poder de iniciativa na instauração do processo (art. 262), face à inércia da jurisdição (art. 2º), e estando vedado ao juiz o exame de ofício de outras questões (art. 128), não equivale, *tout court*, ao conflito efetivamente existente”.

<sup>35</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. São Paulo. Editora Malheiros. 6ª Edição. 2001. p. 48.

A origem da lide estava fora do processo, isto é, o conflito de interesses poderia ser levado a juízo somente em parte, hipótese em que, não poderia o juiz conhecer do restante, por encontrar-se atrelado ao pedido e aos fatos constantes dos autos.

Diante disso, o elemento que delimitaria em concreto o mérito da causa não seria o conflito existente entre as partes fora do processo, mas sim, o pedido, realizado perante o juiz em relação àquele conflito.<sup>36</sup> A lide seria apenas o conflito de interesses estabelecido através do pedido.<sup>37</sup>

Ante o exposto, partindo-se da premissa de que diante de tais fatos a lide poderia ser considerada até como “causa remota” do pedido,<sup>38</sup> mas jamais como mérito, passou a entender-se que o mérito da causa seria o PEDIDO DO AUTOR,<sup>39</sup> nele compreendido não só o mérito (objeto do pedido), mas também a própria admissibilidade deste mesmo pedido (condições da ação).<sup>40</sup>

A palavra mérito advém do verbo latino “mereo (merere) cujo significado, em termos jurídicos, pode ser entendido como o de pedir, pôr preço”.<sup>41</sup> Deduz-se daí que o mérito seria simplesmente aquilo que alguém pede ou exige em juízo. Considerando-se que a “pretensão” (exigência de subordinação de um interesse alheio a um interesse próprio) era o conteúdo da lide, e sua solução o verdadeiro objetivo da demanda, a doutrina processual mais recente, têm entendido que o objeto do processo, ou seja, seu mérito, é simplesmente a “pretensão”.<sup>42</sup>

---

<sup>36</sup> BUZAID, Alfredo., op. cit. p. 96; MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas Linhas do Processo Civil*. 4ª Edição. Editora Malheiros. 2000, p. 182.

<sup>37</sup> GUIMARÃES, Luiz Machado. “*Carência de Ação*” in Estudos de Direito Processual Civil. Rio de Janeiro. Editora Biblioteca Jurídica. 1969. p. 107.

<sup>38</sup> BUZAID, Alfredo. op. cit. p. 98.

<sup>39</sup> *Idem, ibidem*, p. 98.

<sup>40</sup> GUIMARÃES, Luiz Machado. op. cit. p. 107; COMOGLIO, Luigi Paolo., FERRI, Corrado., TARUFFO, Michele. *Lezione sul Proceso Civile*. 2ª edizione. Il Mulino Editore., p. 244. .Eles identificam aqui o fundamento para a defesa de que as condições da ação nada mais são do que mérito “lato sensu”. Segundo eles, “*Non si tratta, ovviamente, di unamera pronunzia di rito, come accade com la verifica negativa dei presupposti processuali, ma si tratta di una decisione avente per oggetto ciò che i pratici definiscono merito senso lato, ricollegandosi comunque all'intrinseco della domanda (o, se si preferisce, al modo in cui viene in essa prospettato quanto in essa si chiede)*”.

<sup>41</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. “*O Conceito de Mérito em Processo Civil*” in Fundamentos do Processo Civil Moderno. 4ª Edição. São Paulo: Editora Malheiros. 2001. Tomo I, p. 254.

<sup>42</sup> *Ibid.* p. 255; CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. 6ª Edição. Rio de Janeiro. Editora Lumen Iuris. 2001, v. I, p.198.

### 3.1 - A “Pretensão” segundo Pontes de Miranda

É fato que o nosso ordenamento jurídico processual possui como base as teorias de CARNELUTTI e LIEBMAN, estando as mesmas de tal maneira arraigadas em nossa estrutura legal que até mesmo seus principais institutos estão expressamente previstos no Código de Processo Civil (“lide” e “condições da ação”). Todavia, as inovações trazidas à lume pelo novo Código Civil possuem forte influência da teoria defendida por PONTES DE MIRANDA e que, conforme visto, possui raízes no direito germânico. Em primeiro lugar, temos que aludir ao fato de que esta teoria, durante muitos anos, foi defendida isoladamente por PONTES DE MIRANDA,<sup>43</sup> obtendo ultimamente defensores de vulto, principalmente na última década.<sup>44</sup>

Ao iniciar seu minucioso estudo sobre as ações, PONTES DE MIRANDA parte da conceituação dos institutos correlatos à ação propriamente dita. Aqueles conceitos ordinariamente conhecidos até então pela doutrina brasileira são deixados de lado, sendo adotados conceitos mais atinentes ao direito germânico, do qual o referido autor era um grande estudioso. Assim sendo, no intuito de identificar qual o conceito de “pretensão” a que se referiu o legislador na redação do citado dispositivo do novo Código Civil, parece-nos forçoso o exame da teoria defendida por PONTES DE MIRANDA, a começar pelos conceitos de direito subjetivo, pretensão e ação de direito material.

Inicialmente cumpre examinar o vem a ser um “direito subjetivo”. Malgrado a abundância de conceitos na doutrina pátria,<sup>45</sup> originariamente o conceito de direito subjetivo foi objeto de importante divergência doutrinária ocorrida no final do século XIX na Alemanha.

Naquele momento, debatia-se qual o correto conceito de direito subjetivo. Algumas teorias destacaram-se dentre as demais. A primeira, capitaneada por BERNHARD WINDSCHEID, já mencionada, defendia a idéia de que o direito subjetivo tratava da “dominação da vontade” de seu titular. A segunda teoria, defendida por

<sup>43</sup> GUIMARÃES, Luiz Machado. op. cit., p. 94.

<sup>44</sup> SILVA, Ovidio Araújo Baptista da. *Curso de Processo Civil*. 5ª Ed. rev. e atual. 2ª Tiragem. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 2001. v. I, p. 75 et. seq.; GOMES, Fábio. *Carência de Ação*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 1999. pp. 76-80 *passim*; MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas Linhas do Processo Civil*. 4ª Edição. Editora Malheiros. 2000., p. 206 et. seq.

<sup>45</sup> DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. 11ª Edição aumentada e atualizada. São Paulo. Ed. Saraiva., 1995, v. I, pp. 08-09; RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil*. 28ª Edição revista. São Paulo. Ed. Saraiva, v. I; p. 14; AMARAL, Francisco. *Direito Civil: Introdução*. 2ª edição aumentada e atualizada, Rio de Janeiro: Editora Renovar., 1998, p. 177; Cf. nota n° 1

RUDOLF VON IHERING, entendia que o objeto desta espécie de direito não seria a vontade de seu titular, mas sim um “interesse” do mesmo. Uma terceira teoria cujo maior defensor foi GEORGIO DEL VECCHIO, passou a defender uma tese intermediária, alegando que existiria direito subjetivo somente quando constatada a presença tanto da “vontade” quanto do “interesse”, objeto das duas prévias teorias, e que seriam, a seu ver, o meio e o fim do direito subjetivo. <sup>46</sup>

Cumpre aduzir, outrossim, que alguns doutrinadores passaram a caracterizar o direito subjetivo em função da existência de um sujeito ativo e um sujeito passivo. Desta forma, para estes estudiosos, a simples existência de pólos subjetivos distintos caracterizaria a existência do direito subjetivo. <sup>47</sup>

Para PONTES DE MIRANDA, o direito subjetivo seria

*...a “individualização” da posição jurídica, o reconhecimento de que alguém, a quem o direito objetivo concede ou reconhece tal posição, pode invocá-lo, não como sujeito ativo (a titularidade objetiva também o pode, como se reclamo aos guardas do jardim a livre abertura dos portões, ou quanto a automóvel que embaraça a entrada) e sim, como sujeito ativo em que o direito se precisou, fazendo-se “linha”, em vez de uma das linhas indefinidas da superfície, e se localizou, tornando-se “invocável” e “realizável” na espécie individual. <sup>48</sup>*

Na verdade, a tese defendida por este fantástico jurista encontrava respaldo em proposições mais simples do que aparentavam seus escritos. Inicialmente devemos partir da premissa de que qualquer dispositivo legal, por mais simples ou complexo que possa parecer, constitui, ainda assim, uma regra jurídica, portanto, é “objetivo”. Inobstante a hipótese legal prevista pelo ordenamento jurídico, sua aplicabilidade permanecerá abstrata, até o momento em que determinado fato subsume-se àquela norma, quando então ele acaba por servir de suporte para esta, surgindo daí um fato jurídico.

---

<sup>46</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado das Ações*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 1970. Tomo I., p. 44.

<sup>47</sup> Idem. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2ª Ed., Ed. Revista Forense. 1958. Tomo I., p. 12.

<sup>48</sup> Idem, *ibidem*, p. 16.

Obviamente, o que nos interessa é que ocorrido um fato jurídico, fatalmente ele repercute na esfera jurídica das pessoas envolvidas e, não raro, na de outras pessoas. Tudo o que advém de vantajoso para determinada pessoa, oriunda deste fato jurídico, adquire o “status” de direito subjetivo, uma vez que lhe é atribuído em caráter abstrato. O grande problema é que o termo “direito” possui numerosas acepções, o que pode comprometer sobremaneira a tentativa de esclarecer seu efetivo significado quanto aos fatos que se procura explicar, se não soubermos exatamente qual o sentido pelo qual o autor o entendia.

Ciente de tal premissa, PONTES DE MIRANDA esclareceu que, a seu ver, o termo “direito” possuía sentido estrito, isto é, seria “a vantagem que veio a alguém, com a incidência da regra jurídica em algum suporte fático”.<sup>49</sup>

Abstraindo-se a hipótese de arbitrariedade, seria considerado como “direito” cada uma das posições jurídicas de vantagem oriundas das regras jurídicas, uma vez que, no seu entender, antes de cada direito, existirá, necessariamente, a “ordem jurídica”. Sendo o direito o conjunto de regras jurídicas dirigidas às pessoas de forma a viabilizar a boa convivência social, naturalmente, ela acaba por estabelecer “posições” nas relações jurídicas, definindo direitos e deveres. O que importa, à princípio, é o direito, uma vez que se constitui em um “prius”,<sup>50</sup> ao contrário dos deveres, que habitualmente seriam um “posterius”.

Ressalte-se no pensamento de PONTES DE MIRANDA, que o dever jurídico seria conseqüência de todo direito, podendo-se dizer que, a todo titular de um direito corresponde uma pessoa (ou pessoas) com deveres. Podemos, portanto, entender que o sujeito de direitos encontra-se no pólo ativo da relação jurídica, enquanto que o devedor (em sentido amplo) está no pólo passivo. Forçoso relembrar, entretanto, que o direito e o dever não podem ser entendidos como a mesma coisa vista de pontos de vistas diferentes, muito embora em alguns casos (como a compra e venda), aparentemente este seja o caso.

Na visão de PONTES DE MIRANDA, a maioria dos juristas latinos teriam sido fortemente influenciados pela tese de que a ação seria um poder inerente ao direito

---

<sup>49</sup> Ibid., *Tratado das Ações*. P. 29-30.

<sup>50</sup> Idem, *ibidem*, loc. cit.

e, portanto, elemento do próprio direito subjetivo.<sup>51</sup> Seria o mesmo que atribuir-lhe a mesma natureza do direito subjetivo. Não obstante a controvérsia acerca do conceito de direito subjetivo, o fato é que para o fim proposto neste trabalho, ela não possui a relevância que aparenta.

O importante a frisar é que independentemente das discussões teóricas que o cercam, o sujeito de direito dispõe do poder, que se manifesta através de sua conduta voluntária, de tornar concreta, a norma abstratamente prevista. Diante disso, resulta que o direito subjetivo seria uma faculdade, um “status”,<sup>52</sup> direcionado ao exercício ou não do poder que lhe foi conferido pelo ordenamento jurídico, sem que se lhe possa imputar qualquer espécie de violação ao direito objetivo.

Desta feita, o que caracteriza o direito subjetivo é a inércia do mesmo. Sendo um “status”, conforme anteriormente mencionado, ele carece de meios adequados para fazer valer seu direito, isto é, considerando-se que o direito subjetivo é um “direito”, não se pode falar em seu “exercício” sem considerarmos outros elementos correlatos. Evidente, portanto, que uma coisa é a existência do direito (direito subjetivo), outra coisa é o seu exercício, entendido como mera “exigibilidade” ou como “exigência efetiva” daquele direito.

### 3.2 - Conteúdo e Espécies de Pretensão

Quando apenas se “exige” o cumprimento de obrigação que um direito subjetivo garante, aguardando que o exercício desta exigibilidade seja suficiente para

---

<sup>51</sup> SILVA, Ovídio Araújo Baptista da., op.cit., p. 76, afirma que “o elemento central para a determinação do conceito está na noção de direito subjetivo como poder da vontade de seu titular, ou seja, na faculdade que a ordem jurídica confere àquele a quem outorga o direito subjetivo para torná-lo efetivo pelo exercício, ou para defendê-lo contra as eventuais agressões de terceiros, ou para exigir o seu reconhecimento e realização pelos órgãos públicos incumbidos de prestar jurisdição, ou, finalmente, para renunciá-lo.” (...) “Na perspectiva puramente dogmática de onde visualizamos esta questão, o direito subjetivo corresponde sem dúvida a uma técnica de que o legislador lança mão como uma forma de tornar efetivo o enunciado contido na norma jurídica. No plano dogmático, não pode haver direito subjetivo anterior ao momento da positivação do direito.”

<sup>52</sup> *Idem, ibidem*, p. 77, aduzindo o douto processualista que “sempre que a ordem jurídica atribui a alguém o que se denomina direito subjetivo, pela simples razão de eleger esta forma de tornar-se efetiva, confere a seu titular a faculdade de exercer o poder que a lei lhe concede, ou de não exercê-lo, sem que implique em violação da norma legal. (...)” “... o direito subjetivo é um status, uma categoria jurídica estática, ao contrário da ação, que pode ser esse próprio direito subjetivo em seu momento dinâmico de realização. Assim, pois, pode-se dizer que o proprietário é titular de seu domínio, ou o credor tem direito subjetivo de crédito, sem pressupor que esta posição jurídica de que goza o respectivo titular implique qualquer atividade de sua parte. Ambos gozam do estado de sujeitos de um poder que a ordem jurídica lhes confere, sem que nenhuma atividade lhes seja exigida para a configuração de direito subjetivo”.

“premir” o sujeito passivo ao seu voluntário cumprimento, estamos falando de “PRE-TENSÃO”.<sup>53</sup> Consubstanciar-se-ia em “poder-se exigir” que o sujeito passivo cumpra sua obrigação voluntariamente. Ocorre que, se ao invés de exigir do obrigado o cumprimento daquela obrigação, o sujeito de direito deixa transcorrer “in albis” o prazo previsto para tal finalidade, estará prescrita tal faculdade.

Exposto este primeiro aspecto da exigibilidade, resta clara a possibilidade de um direito subjetivo sem exigibilidade, na medida em que a prescrição desta última não atingiria o direito subjetivo, como é o caso de uma obrigação vinculada a uma condição ou termo. A esta “exigibilidade” sem a prática de atos voltados para a sua consecução também denomina-se “PRETENSÃO DE DIREITO MATERIAL”.<sup>54</sup>

No que pertine à pretensão, portanto, podemos vislumbrar três hipóteses distintas de sua ocorrência.

A primeira delas seria a chamada “PRETENSÃO À TUTELA JURÍDICA”, que se estabelece mais no âmbito extraprocessual, na medida em que, por ser anterior ao ajuizamento da demanda, demonstra a necessidade (utilidade e interesse) do processo para a obtenção de seu direito.<sup>55</sup>

A segunda espécie de pretensão seria a denominada “PRETENSÃO PROCESSUAL”, que se caracteriza por ser dirigida ao Estado-Juiz e ter como objeto a prestação jurisdicional que lhe assegure, por via indireta, a obtenção de seu direito.<sup>56</sup>

A última modalidade de pretensão é a chamada “PRETENSÃO DE DIREITO MATERIAL”, que na verdade nada mais seria do que o próprio direito que se está pleiteando, isto é, a “res in iudicium deducta”, o objeto do pedido.<sup>57</sup>

---

<sup>53</sup> *Idem, ibidem*, p. 79. Aduz o renomado professor que a pretensão é uma potência, uma potencialidade de que o direito subjetivo se reveste, não implicando a idéia de exercício efetivo de pretensão. Diante de tais esclarecimentos, seria possível distinguir duas etapas do direito subjetivo, isto é, o primeiro é o de sua pura exigibilidade e o segundo, o da efetiva exigência. Na verdade, à partir do momento em que se pode exigir o cumprimento do dever que incumbe ao sujeito passivo da relação jurídica, diz-se que o direito subjetivo está dotado de pretensão.

<sup>54</sup> *Idem, ibidem*, loc. cit. Segundo Ovídio Baptista, a pretensão seria a faculdade de se poder exigir a satisfação do direito, enquanto que a pretensão de direito material seria o que “potencializa o direito subjetivo, dotando-o de dinamismo em virtude do qual o direito poderá realizar-se como consequência da exigência por seu titular”.

<sup>55</sup> ASSIS, Araken de., op. cit., p. 79. “Na medida em que, de regra, a iniciativa de trazer a lide à apreciação do órgão jurisdicional compete ao autor (arts. 2° e 262°), a ela se confere um direito à jurisdição, designado, amiúde de direito à tutela jurídica, cuja titularidade o assento constitucional da norma concede a qualquer sujeito dotado de personalidade judiciária”.

<sup>56</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. “O conceito de Mérito em Processo Civil” em Fundamentos do Processo Civil Moderno., p. 269;. GOMES, Fábio. op. cit. p. 57. Para este processualista, entretanto, de um ponto de vista mais genérico, ela é apenas o “encaminhamento que deflagará a ação, ou seja, o estágio intermediário entre o direito subjetivo, enquanto estado inerte, e o efetivo exercício do mesmo perante o Estado”.

<sup>57</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. p. 17/18.

### 3.3 - A Pretensão Processual e o Direito Alemão

No que pertine ao estudo da “Pretensão Processual”, podemos citar, com base no claro e elucidativo ensinamento de DINAMARCO,<sup>58</sup> que através do estudo do objeto litigioso, a doutrina alemã se dividiu em três correntes de pensamento na tentativa de estabelecer o que seria a pretensão processual.

A primeira delas defendia a idéia de que a pretensão processual fosse a *afirmação de um direito material*. FRIEDRICH LENT,<sup>59</sup> que foi um de seus principais defensores, ainda assim, jamais identificou a pretensão de que estamos a tratar com a pretensão material referida no § 194 do B.G.B. (conforme já visto, um conceito eminentemente de direito material). O que existe, na realidade, é a “afirmação jurídica”<sup>60</sup> por parte do autor. Somente no final do processo é que se poderá constatar se o autor possuía o direito que estava alegando, e, conseqüentemente, razão no seu pleito, ou se, ao contrário, não o possuía.

Depreende-se, portanto, que para esta corrente doutrinária, o objeto do processo seria o “direito afirmado” pelo autor, isto porque, até então, sua existência não estava comprovada. Ele seria “possível”, em tese, uma vez “afirmado” pela parte. Relembre-se, por oportuno, que na hipótese de a sentença declarar a inexistência da pretensão de direito material, ainda assim, não se poderia considerar o processo sem objeto.<sup>61</sup>

A segunda corrente doutrinária encontrou em LEO ROSENBERG<sup>62</sup> o seu grande defensor, pelo menos durante determinado período de tempo. O fantástico processualista alemão defendia que o objeto litigioso possui, acima de tudo, natureza

<sup>58</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. “*O conceito de Mérito em Processo Civil*” em Fundamentos do Processo Civil Moderno., p. 270.

<sup>59</sup> LENT, Friedrich. *Diritto Processuale Civile Tedesco*. Parte Prima. Traduzione di Edoardo F. Ricci. 1962. Morano Editore., p. 89. Esclarece o autor que, “Quando la Z.P.O. parla di ‘pretesa’ (per es. Nei §§ 253, 306, 307), non usa questa espressione nel significato del B.G.B., ma in quello di richiesta rivolta dallo attore al giudice. Tale distinzione è necessaria, perchè non sempre con la domanda si fa valere una pretesa di diritto privato in senso stretto; nel significato Che essa assume nel diritto procesuale, infatti, la pretesa non si dirige mai contro il convenuto; non a quest’ultimo, ma al giudice l’attore chiede la condanna: è infatti necessaria una pronuncia, la cui emanazione non rientra nei compiti del convenuto (Che è una persona privata), ma in quelli dello stato”.

<sup>60</sup> SCHÖNKE, Adolfo. *Derecho Procesal Civil*. Traducción española de la quinta edición alemana. Barcelona. Ed. Bosch., p. 165. Segundo ele, “Objeto litigioso es solamente la afirmación jurídica expuesta, no la afirmación de la existencia de una determinada acción (derecho) material; la dependencia material entre situación de hecho e prestación, sólo interesa al juez. Objeto litigioso no es la pretensión de tutela jurídica. La pretensión por la que el demandante se dirige al Tribunal para obtener tutela jurídica por medio de la sentencia no pudieser objeto del juicio porque tal pretensión no puede ser reconocida o desestimada por el Tribunal (§ 537), ni ser admitida por el adversario (§ 307)”.

<sup>61</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. “*O conceito de Mérito em Processo Civil*” em Fundamentos do Processo Civil Moderno., p. 271.

<sup>62</sup> *Idem, ibidem*, p. 271.



puramente processual, sendo completamente distinto o sentido que o conceito de pretensão possui no âmbito do direito material. Para ele, o Direito Civil possuía como objeto o “direito de domínio” sobre a coisa propriamente dita ou o seu respectivo direito de propriedade. Quanto ao objeto das pretensões, ele os identificava como sendo o devedor e seu patrimônio, enquanto que aos direitos constitutivos lhes faltaria objeto.<sup>63</sup>

O que mais nos interessa no exame do pensamento de ROSENBERG é que ele afirma expressamente e de modo enfático, que a pretensão processual é absolutamente distinta da pretensão (de direito material) prevista no já tão mencionado § 194 do B.G.B.. Para ele, o objeto litigioso não pode ser entendido como conjunto de fatos, mas sim como uma “afirmação de direito”, sem que seja expressa através dos conceitos do Direito Civil.<sup>64</sup>

Segundo a linha de raciocínio desenvolvida, a seu ver, o objeto litigioso, entendido como pretensão processual,<sup>65</sup> era a petição dirigida à declaração de uma consequência jurídica com autoridade de coisa julgada, caracterizada pelo pedido apresentado, e, enquanto seja necessário, pelas circunstâncias de fato propostas como seu fundamento.<sup>66</sup>

Esta concepção também foi objeto da análise percuciente de SCHWAB, ao constatar que muito embora o pedido e o “estado das coisas”, ou tão somente o pedido, identificassem o objeto litigioso, na verdade este não poderia ser considerado nem uma coisa nem outra. ROSENBERG entendia ser o objeto litigioso a petição do autor dirigida a obter a declaração de uma consequência jurídica, suscetível da autoridade de coisa julgada e que seria determinada pelo “estado das coisas” e pelo pedido, ou, ainda, unicamente por este.<sup>67</sup>

---

<sup>63</sup> ROSENBERG, Leo. *Tratado de Derecho Procesal Civil*. Traducción de Ángela Romera Vera. Tomo II. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América (E.J.E.A.) p. 29. Acentua o douto processualista que “*Frente a esto, em sentido procesal tiene cada pretensión um objeto que no se identifica com el objeto posible del derecho material que le sirve de base, como demuestra la comparación con las indicaciones de C.c.*”.

<sup>64</sup> Idem, ibidem, p. 35.

<sup>65</sup> Idem, ibidem, p. 35-36. Afirma aquele autor que “*Según esto, debe definirse esta pretensión como la petición dirigida a la declaración de una consecuencia jurídica com autoridad de cosa juzgada que se señala por la solicitud presentada y, em cuanto sea necesario, por las circunstancias de hechos propuestas para su fundamento*”.

<sup>66</sup> SCHWAB, Karl Heinz. *El Objeto Litigioso en el Proceso Civil*. Traducción del alemán por Tomas A. Banzhaf. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa América (EJEA), 1968, p. 39, nota 3. Observação interessante é aquela feita por Schwab, de que à partir da edição seguinte daquele tratado, Rosenberg passa definir o objeto litigioso como sendo a petição dirigida a obter a declaração, com força de coisa julgada, de uma consequência jurídica e caracterizada pelo pedido apresentado. Desde então, o “estado de cosas” não faz mais parte do conceito de objeto litigioso para Rosenberg..

<sup>67</sup> SCHWAB, Karl Heinz., op. cit., p. 40.

O que na realidade foi feito através desta teoria foi dividir a pretensão em dois aspectos. O primeiro deles seria o “pedido” (originariamente denominado de *Antrag*) e o segundo seria o que a tradução em castelhano chamou de “estado das coisas”.<sup>68</sup> Partindo-se desta premissa, o objeto do processo seria não só o pedido, mas também a causa de pedir, uma vez que o “estado das coisas”, isto é, as circunstâncias que envolvem o caso, também fariam parte dos efeitos jurídicos aptos a alcançarem a autoridade de coisa julgada.

A terceira corrente doutrinária entende a pretensão processual como sendo o pedido propriamente dito (*Antrag*). À partir da sexta edição de seu Tratado,<sup>69</sup> houve importante modificação na linha de pensamento de LEO ROSENBERG, que exclui da definição de objeto litigioso o intrincado conceito de “estado das coisas”, deixando incólume nesta função somente o “pedido”. Esta concepção de objeto litigioso tornou-se mais forte com a adesão de SCHWAB, que o definia simplesmente como o pedido do autor para que fosse proferida uma sentença nos termos em que pleiteada.<sup>70</sup>

Entretanto, o vocábulo “pedido”, por uma questão terminológica, não poderia ser reconhecido como objeto litigioso, já que, no sistema processual alemão, a terminologia adotada no Z.P.O. referia-se ao objeto litigioso como sendo uma pretensão.

Parece-nos que foi neste momento que conceitualmente a questão tornou-se confusa, na medida em que procurou-se conceituar “objeto litigioso”, “pretensão processual”, “pretensão” e “pedido” como se fossem a mesma coisa, o que já se viu incabível. Por vezes, eles podem ser tomados como sinônimos, todavia, deve-se, sempre, apontar o sentido em que se pretende fazer valer aquele instituto.<sup>71</sup>

Quanto ao chamado “estado das coisas”, seria possível defini-la como os fatos que respaldam o pedido,<sup>72</sup> razão pela qual não poderiam ser considerados como

---

<sup>68</sup> *Idem, ibidem*. p. 40-41. Muito embora informada a dificuldade de identificar e unir a pluralidade do estado das coisas, o autor ensina que para Rosenberg, „... el concepto de “estado de cosas”, que para dicho autor es la crónica del acontecimiento, del suceso histórico, o, dicho con mayor exactitud, esse suceso mismo”.

<sup>69</sup> *Idem, ibidem*, p. 39. nota 3. Cf. nota 62.

<sup>70</sup> *Idem, ibidem*, p. 244.

<sup>71</sup> *Idem, ibidem*, p. 244.

<sup>72</sup> *Idem, ibidem*, p. 250.

um dos elementos do objeto litigioso.<sup>73</sup> Inegável se torna extrair, baseado na análise de todas estas teorias, que o objeto do processo é a PRETENSÃO PROCESSUAL,<sup>74</sup> cerne deste presente estudo, cabendo, por fim, esclarecer o que vem a ser a “ação de direito material” e a “ação processual”.

Remetendo-nos às considerações anteriores, observamos que o direito subjetivo seria um mero status, enquanto a pretensão, embora constitua uma “exigência”, prescinde de um ato voluntário de adimplemento do sujeito passivo para sua eficiência. Ocorre que o sujeito de direitos, caso não tenha sua exigibilidade atendida voluntariamente, poderá “efetivamente exigir” o cumprimento de seu direito.

Esse literal EXERCÍCIO do direito se realiza através da prática de atos pelo próprio titular do direito, tendentes a obter o cumprimento da obrigação devida pelo sujeito passivo, INDEPENDENTEMENTE de qualquer ato voluntário da parte último. O nome que comumente se concede a tal exercício do direito é o de “AÇÃO DE DIREITO MATERIAL”.

A ação de direito material constitui, como o próprio vocábulo exprime, um “agir”. É o exercício da potencialidade então existente, no sentido de efetivamente atuar contra e independentemente da vontade do sujeito passivo.<sup>75</sup> Implica em atuação concreta do sujeito ativo para a obtenção do seu direito, desprezando a vontade do sujeito passivo, cuja admissibilidade é excepcional, tal como previsto no art. 502 do Código Civil. O usual, portanto, é que a ação de direito material seja veiculada, apresentada, efetuada, através da “ação processual” em face do Estado, a fim de que ele, através da provocação do interessado, exerça a função jurisdicional a que se obrigou, proferindo manifestação acerca do “pedido” formulado.<sup>76</sup>

---

<sup>73</sup> Idem, ibidem, p. 263. Alega o citado autor que “... La solicitud del actor contiene la petición de una determinada resolución judicial. A su lado, el estado de cosas, el suceso, carece de significado autónomo; no es parte Del objeto litigioso. Solo em algunos casos sirve para individualizarlo, sin llegar por ello a ser elemento de él. Por lo demás, su única función consiste em fundar la demanda”.

<sup>74</sup> É a posição mais adotada pelo doutrinadores brasileiros, dentre os quais, CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. 6<sup>a</sup> Edição. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris. 2001, v. I, p.198; TUCCI, José Rogério Cruz e. *A Causa Petendi no Processo Civil*. 2<sup>a</sup> Ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2001, p. 94.

<sup>75</sup> SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. Op.cit. p. 81-82. Lúcida e irretorquível sua lição, esclarecendo que “A distinção entre pretensão e ação de direito material está em que a pretensão - enquanto exigência - supõe que a realização ainda se dê como resultado de um agir do próprio obrigado, prestando, satisfazendo a obrigação. Enquanto exijo, em exercício de pretensão, espero o cumprimento, mediante ato voluntário do obrigado, ainda não ajo para a satisfação, com prescindência de qualquer ato de cumprimento por parte do sujeito passivo. A partir do momento em que o devedor, premido por minha exigência, mesmo assim não cumpre a obrigação, nasce-me a ação. Já agora posso agir para a satisfação, sem contar mais com a ação voluntária do obrigado cumprindo a obrigação, A ação de direito material é, pois, o exercício do próprio direito por ato de seu titular, independentemente de qualquer atividade voluntária do obrigado”.

<sup>76</sup> Idem, ibidem, p. 92.

#### 4 - A EXPERIÊNCIA ALEMÃ

Inegavelmente, o novo Código Civil possui inúmeros dispositivos que atingem o cerne de questões de natureza processual, ou, pelo menos, que se encontram em uma zona limítrofe, já denominada pela doutrina como “Normas Processuais Substanciais”.<sup>77</sup> Podendo regular matérias que, à princípio, seriam próprias do direito processual, inconcebível considerarem-se desarrazoadas as disposições deste novo texto legal que repercutem no campo do processo civil.

Pela redação do novo art. 189 do C.C., a “pretensão” surge para o titular de determinado direito quando este é violado. Se examinarmos tal dispositivo à luz do ensinamento de CARNELUTTI, pilar para o nosso ordenamento processual, veremos que existe a possibilidade de adequá-lo ao mesmo.

Relembre-se que sendo a pretensão, no dizer de CARNELUTTI, a “exigência de submissão de um interesse alheio ao interesse próprio”, inexistente, à princípio, “violação” a nenhum direito, SALVO se entendermos este interesse como “posição jurídica de vantagem a que se procura impor em face de outrem”, decorrente da existência de um direito anterior, de caráter “subjetivo”. Quando a outra parte resiste a esta “imposição”, surge o conflito, e, conseqüentemente, a violação àquele direito. Desta violação resulta a pretensão mencionada pelo Código Civil. Assim sendo, a pretensão possui relação com o Direito Material, todavia não se confunde com ele. O direito material pode ou não existir, mas é impossível a existência de um processo sem qualquer objeto (leia-se pretensão). Admitir-se o contrário é aceitar que existe processo sem objeto. Isto ocorreria no caso de sentença de improcedência do pedido, quando o autor afirmaria a existência de determinado direito que ao final fosse considerado inexistente. Desta forma, se não existe processo sem objeto, no caso deste ser o próprio direito material, no caso de improcedência do pedido, e, conseqüentemente, negada a existência do direito material, também não existiria processo, o que é inconcebível.

Examinando atentamente a redação do citado dispositivo, pautados nas orientações da já mencionada doutrina alemã, veremos que ambos os conceitos, embora distintos, podem coexistir pacificamente. O acolhimento da teoria defendida por

<sup>77</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de Direito Processual Civil. v. I São Paulo: Ed. Malheiros. 2001, pp. 43-46

WINDSCHEID pelo § 194 do B.G.B., permite-nos supor que o ordenamento jurídico alemão pode ter passado pelo mesmo problema, com o que nós enfrentamos.

Ocorre que, naquele país, solucionou-se a presente questão com a simples constatação de que a norma de direito civil diria respeito a um conceito de direito material, ou de outra forma, diria respeito a uma “pretensão de direito material” (materiellrechtliche Anspruch) conforme acima explicado. A origem desta distinção, que hoje se apresenta tão nítida, deve-se ao próprio WINDSCHEID que, em sua já citada obra, anteviu uma “situação de direito material”, caracterizada como uma “pretensão”, porém, diametralmente distinta daquela outra “pretensão” já estabelecida no Z.P.O., mas que continha natureza puramente processual e constituía o chamado objeto litigioso do processo.<sup>78</sup>

## 5 - CONCLUSÃO

Face ao examinado no decorrer deste trabalho, a questão que ora se apresenta com a nova redação do art. 189 do Código Civil, infelizmente (ou felizmente), não pode ser considerada original. Na verdade, é um problema enfrentado previamente pela doutrina alemã e que talvez possa vir a ocasionar divergência de interpretação quando da entrada em vigor do novo Código Civil, caso não se tenha bem delineada as distinções que foram objeto de uma tentativa de esclarecimento neste trabalho.

Como vimos, o termo “pretensão” é suscetível de diversas interpretações. Parece-me necessário, portanto, que se inicie o estudo de tal instituto ciente de que embora de origem centenária, a matéria ainda é capaz de gerar infundáveis confusões, caso não se identifique com cuidado, as suas espécies e respectivas características.

Assim sendo, o conceito de “pretensão”, que no âmbito processual era entendido tão somente como a “exigência de subordinação do interesse alheio ao próprio”, não pode, nem deve, ser entendido como a exigibilidade de que dispõe o titular de um direito para “premir” o sujeito passivo ao cumprimento de sua obrigação. À partir deste momento, ou seja, COM A VIOLAÇÃO do direito subjetivo, surge para o titular deste direito outra espécie de “pretensão”, a “Anspruch” em sua concepção

---

<sup>78</sup> TUCCI, José Rogério Cruz e. A Causa Petendi no Processo Civil. São Paulo Ed. Revista dos Tribunais. 2ª Edição. p. 94.

original, formulada por WINDSCHEID, e que nada mais significa do que o poder de exigir do sujeito passivo o cumprimento da obrigação respectiva “DE FORMA VOLUNTÁRIA”. É a chamada “pretensão de direito material” que se distingue daquela de natureza processual, inicialmente mencionada.

Se o sujeito passivo ainda assim não cumprir com sua obrigação, ele poderá exercer efetivamente sua exigência através da ação de direito material, isto é, através de atos praticados “sponte propria” para o cumprimento da obrigação, independentemente de qualquer conduta ou mesmo da concordância do obrigado. Como, a princípio, tal conduta é proibida, ele dirige a sua manifestação de vontade acerca daquela pretensão perante o estado (pretensão processual) que irá adquirir vida e efetividade através da ação processual.

Ao compararmos a teoria defendida por Pontes de Miranda e o teor da redação do novo Código Civil, chegaremos à conclusão de que ela foi realmente a teoria que serviu de base para a alteração do dispositivo, com a tentativa de se definir o objeto da prescrição. Pelo que se depreende dos autos, embora o legislador tenha adotado os ensinamentos de PONTES DE MIRANDA e da doutrina alemã, voltando-se única e exclusivamente para a solução dos problemas relativos à prescrição, existe a possibilidade de certa celeuma no âmbito do Processo Civil.

Observando com atenção, veremos que o fato de a prescrição incidir sobre a pretensão, conforme mencionado pelo citado artigo, facilita em muito o trabalho doutrinário de solução daquele problema no âmbito do direito material. Se outrora existia divergência quanto ao fato da prescrição incidir ou sobre a “ação,” ou sobre o “direito subjetivo” da parte, à partir de agora fica evidente que através da violação do direito surge a “pretensão” e é esta que se extingue pelo decurso da prescrição. Na verdade, tendo surgido a pretensão com a violação de um direito e, não havendo seu titular exercido a “exigibilidade” que lhe era inerente, ela acaba por prescrever.

Outro fundamento no intuito de corroborar o que já foi dito acerca da prescrição da pretensão, encontra-se no instrumento mencionado pelo código para suscitar a ocorrência de prescrição. Conforme podemos observar do disposto no art. 190 do CC, a exceção prescreve no mesmo prazo que a pretensão. Esta exceção a que se refere o citado artigo é a chamada “exceção de mérito em sentido estrito”, que deve ser alegada pelo réu sob pena de preclusão, uma vez que, incabível seu

conhecimento de ofício. Seu objeto consiste nos fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor, que só podem influir nas decisões judiciais quando alegadas pelo réu.<sup>79</sup>

Apesar de não ser habitual a caracterização desta “espécie” de defesa como “exceções”, elas já teriam sido objeto de expressa referência por PONTES DE MIRANDA<sup>80</sup> quando do exame das exceções de direito material, incluindo este autor, expressamente, a prescrição da pretensão como uma de suas hipóteses.

Desta feita, parece-me bastante claro pelo que foi estudado, que o legislador realmente inovou no que pertine ao conceito de “pretensão”. O fato, entretanto, é que através desta surpreendente alteração de ponto de vista, o Código Civil abre uma perspectiva de mudança de mentalidade que talvez o Código de Processo Civil esteja a precisar.

Preferível seria que tais alterações fossem precedidas por debates e discussões acerca de sua possível eficácia ou ineficácia prática. Não obstante, empreendida a reforma no campo do direito material, forçoso presumir que o Direito Processual deve se adequar rapidamente aos tempos vindouros, de modo a mais uma vez, cumprir a missão constitucional que lhe foi outorgada, exercendo aquela que é a mais bela das funções do Estado Democrático de Direito, a função de julgar com Justiça.

---

<sup>79</sup> CALMON DE PASSOS, José Joaquim. Comentários ao Código de Processo Civil. 7ª Edição - 1ª tiragem. Revista e atualizada. Rio de Janeiro. Ed. Forense. 1992, v. III, p. 307-310; DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de Direito Processual Civil. v. III São Paulo: Ed. Malheiros. 2001. p. 281 e 400.

<sup>80</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Comentários ao Código de Processo Civil. op.cit, p. 161-162.

## 6 - REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

**AMARAL**, Francisco. Direito Civil: Introdução. 2ª edição aumentada e atualizada, Rio de Janeiro: Editora Renovar., 1998.

**ARRUDA ALVIM**, Eduardo. Curso de Direito Processual Civil. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. v. I.

**ASSIS**, Araken de. Cumulação de Ações. 3ª Ed. Rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 1998.

**BUZAID**, Alfredo. Do Agravo de Petição (no Sistema do Código de Processo Civil). 2ª Edição. São Paulo. Editora Saraiva. 1956.

**CALMON DE PASSOS**, José Joaquim. Comentários ao Código de Processo Civil. 7ª Edição - 1ª tiragem. Revista e atualizada. Rio de Janeiro. Ed. Forense. 1992, v. III

**CÂMARA**, Alexandre Freitas. Lições de Direito Processual Civil. 6ª Edição. Rio de Janeiro: Editora Lumen Iuris. 2001. v. I.

**CÂMARA LEAL**, Antônio Luiz da. Da Prescrição e da Decadência. Editora Saraiva. São Paulo. 1939. 461p.

**CARNELUTTI**, Francesco. Sistema de Derecho Procesal Civil. Buenos Aires: Editora UTEHA Argentina. 1944. Tomo II.

**CARREIRA ALVIM**, José Eduardo. Elementos de Teoria Geral do Processo. Rio de Janeiro. Editora Forense. 7ª Edição. 2001.

**CHIOVENDA**, Giuseppe. La Acción em el Sistema de los Derechos. Traducción de Santiago Sentis Melendo. Bogotá. Editorial TEMIS, 1986.

**COMOGLIO**, Luigi Paolo., **FERRI**, Corrado., **TARUFFO**, Michele. Lezione sul Proceso Civile. 2ª edizione. Il Mulino Editore. .

**DINAMARCO**, Cândido Rangel. "O Conceito de Mérito em Processo Civil" in Fundamentos do Processo Civil Moderno. 4ª Edição. São Paulo: Editora Malheiros. 2001. Tomo.



\_\_\_\_\_. "A Escola Processual de São Paulo" in Fundamentos do Processo Civil Moderno. 4ª Edição. São Paulo: Editora Malheiros. 2001. Tomo I.

\_\_\_\_\_. A Instrumentalidade do Processo. São Paulo. Editora Malheiros. 6ª Edição. 2001.

\_\_\_\_\_. Instituições de Direito Processual Civil. v. I São Paulo: Ed. Malheiros. 2001.

\_\_\_\_\_. Instituições de Direito Processual Civil. v. III São Paulo: Ed. Malheiros. 2001.

\_\_\_\_\_. "A Excepcionalidade da Prescrição na Vida dos Direitos" em Fundamentos do Processo Civil Moderno. 4ª Edição. São Paulo: Editora Malheiros. 2001. Tomo I.

DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro. 11ª Edição aumentada e atualizada. São Paulo. Ed, Saraiva., 1995, v. I.

**ENNECCERUS**, Ludwig, Derecho Civil (Parte General), traducción de la 39ª edición alemana com estúdios de comparación y adaptación a la legislación y jurisprudência españolas por Blás Pérez Goncales e José Alguer. Editora Bosch: Barcelona. 2 Edição V. II.

**FERREIRA**, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa*. 2ª Edição revista e atualizada. Editora Nova Fronteira. 1986.

**FREIRE**, Homero. Digesto de Processo n° 4. Editora Saraiva. São Paulo. 1982.

**GOMES**, Fábio. Carência de Ação. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 1999.

**GUIMARÃES**, Luiz Machado. "Carência de Ação" in Estudos de Direito Processual Civil. Rio de Janeiro - São Paulo. Editora Biblioteca Jurídica. 1969.

**HOUAISS**, Antonio; **VILLAR**, Mauro de Salles; **FRANCO**, Francisco Manoel de Mello. *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*. 1ª edição. Rio de Janeiro. Editora Objetiva. 2001.

**JARDIM**, Afrânio Silva. Direito Processual Penal. 4ª Edição: Rio de Janeiro. Editora Forense. 1991.

**LENT**, Friedrich. *Diritto Processuale Civile Tedesco*. Parte Prima. Traduzione di Edoardo F. Ricci. 1962. Morano Editore

- LEONI LOPES DE OLIVEIRA**, J. M. *Direito Civil: Teoria Geral do Direito Civil*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris. V. 2.
- MARINONI**, Luiz Guilherme. *Novas Linhas do Processo Civil*. 4ª Edição. Editora Malheiros.
- MARINONI**, Luiz Guilherme., **ARENHART**, Sérgio Cruz. *Manual do Processo de Conhecimento*. São Paulo: Editora RT. 2001.
- MAXIMILIANO**, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 7º Edição. Livraria Freitas Bastos. Rio de Janeiro - São Paulo.
- PONTES DE MIRANDA**, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Editora Forense. Rio de Janeiro. 1974. v. I.
- PONTES DE MIRANDA**, Francisco Cavalcanti. *Tratado das Ações*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 1970. Tomo I.
- RODRIGUES**, Silvio. *Direito Civil*. 28ª Edição revista. São Paulo. Ed. Saraiva, v. I.
- ROSENBERG**, Leo. *Tratado de Derecho Procesal Civil*. Traducción de Ângela Romera Vera. Tomo II. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América (E.J.E.A.). 1955.
- SCHÖNKE**, Adolfo. *Derecho Procesal Civil*. Traducción española de la quinta edición alemana. Barcelona. Ed. Bosch. 1950.
- SCHWAB**. Karl Heinz. *El Objeto Litigioso en el Proceso Civil*. Traducción del alemán por Tomas A. Banzhaf. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa América. 1968.
- SILVA**, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*, 18ª Edição (Atualizadores Nagib Slaibi Filho e Geraldo Magela Alves). Rio de Janeiro, Ed. Forense. 2001.
- SILVA**, Ovídio Araújo Baptista da. *Curso de Processo Civil*. 5ª Ed. rev.e atual. 2ª Tiragem. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2001. v. I.
- THEODORO JÚNIOR**, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 19ª Edição. Rio de Janeiro: Editora Forense. 1997. v. I.
- TUCCI**, José Rogério Cruz e.. *A Causa Petendi no Processo Civil*. 2ª Ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2001.

# TUTELA JURISDICIONAL DIFERENCIADA

Marcelo Pereira da Silva - Juiz Federal  
Mestre em Direito Processual (UERJ)

Sumário: 1. Problemática e técnica processual. 2. Razão para a diferenciação da tutela. 3. Tutela coletiva. 4. Juizados Especiais Cíveis. 5. Tutela monitoria. 6. Tutela inibitória. 7. Procedimento sumário. 8. Antecipação da tutela. 8.1. Noções gerais. 8.2. Pressupostos necessários. 8.3. Provisão antecipatório nas obrigações de fazer e de não fazer. 8.4. Distinção entre antecipação de tutela e tutela cautelar.

## 1. Problemática e técnica processual

Não é de hoje a preocupação da doutrina e dos aplicadores do direito com a efetividade do processo, efetividade esta sobrelevada a princípio processual<sup>1</sup>, e que pode ser compreendida como a aptidão do processo para proporcionar à parte que tenha razão, na medida do possível na prática, tudo o que seu direito substancial assegura<sup>2</sup>, posicionando-se modernamente a doutrina em torno da idéia do *processo civil de resultados*<sup>3</sup>.

A efetividade tem ensejado, por isso, incansável trabalho dos estudiosos de diversos países, que têm buscado encontrar as causas da insuficiência e ineficiência dos sistemas jurídicos processuais que, em maior ou menor grau, vêm desafiando soluções difíceis, seja pela multiplicidade de situações, seja pelo contexto social e político em que se insere cada um desses sistemas.

Como evidente, não cabem aqui aprofundamentos, ainda que menores, acerca das causas políticas e ideológicas de cada sistema, que levaram às teorias do

<sup>1</sup> FUX, Luiz, *Tutela de Segurança e Tutela da Evidência*, São Paulo, Saraiva, 1996, pp. 137 a 140.

<sup>2</sup> Conforme CHIOVENDA, "il processo deve dare per quanto è possibile praticamente a chi ha um diritto tutto quello e proprio quello ch'egli ha diritto di conseguire" (CHIOVENDA, Giuseppe, *Saggi di diritto processuale civile*, Roma, s.ed., 1930, v. I, p. 110). Ampliando a noção, afirma PROTO PISANI: "È notazione comune che la giurisdizione statale, e il correlato diritto o potere di azione, rappresenta la contropartita del divieto di autotutela privata. Se così è, diviene alquanto semplice il comprendere come sia necessario che tale contropartita sia *effettiva*: cioè che tramite il processo l'attore che ha ragione possa ottenere per quanto possibile praticamente tutto quello e proprio quello che egli ha diritto di conseguire a livello di diritto sostanziale." (PROTO PISANI, Andrea, *Lezioni di diritto processuale civile*, terza edizione, 1999, Jovene Editore, Napoli, p. 629).

<sup>3</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel, *Instituições de Direito Processual Civil*, vol. I, São Paulo, Malheiros, 2001, p. 108.

acesso à Justiça<sup>4</sup>, em virtude de seus variados enfoques, cuja amplitude exigiria alongamentos que se distanciariam do objeto deste trabalho. Apenas, contudo, para se ter noção, ainda que superficialmente, da dimensão do problema no mundo, é de se mencionar, por exemplo, que Cappelletti afirma que a idéia de acesso à Justiça é a resposta histórica à crítica do liberalismo e da regra de direito, sustentando que as liberdades civis e políticas tradicionais são uma promessa fútil, na verdade um engodo para aqueles que por motivos econômicos, sociais ou culturais não serão capazes de atingir a tais liberdades, pelo que o movimento de acesso à Justiça passa a analisar e procurar caminhos para a superação destas dificuldades e obstáculos<sup>5</sup>.

Se é possível, portanto, observar causas políticas, sociais, econômicas e culturais, de tão profundas raízes, para o problema da ineficiência e insuficiência do processo, causas estas que também podem ser encontradas em nações bem mais antigas e com sistemas de governo mais depurados, não é difícil constatar que em nosso país, de democracia ainda tão incipiente e com extremas desigualdades sociais e econômicas, o contexto em que o direito se forma e é aplicado impõe distorções que, senão insanáveis, ao menos dificultam, e muito, que se encontrem soluções verdadeiras, ou que realmente funcionem, para o problema do acesso à Justiça e, em espectro paralelo, para a própria efetividade do processo.

Mesmo que assim o seja, grande tem sido o avanço, nas últimas décadas, da ciência processual no direito brasileiro, com reflexos inclusive na atividade legislativa então desenvolvida, que trouxe à luz no direito pátrio instrumentos processuais importantes como a lei da ação civil pública, da ação popular, do Código de Defesa do Consumidor, dos Juizados Especiais, agora também no âmbito da Justiça Federal, além dos movimentos de reformas pontuais no Código de Processo Civil, que introduziram diversas inovações que primam justamente por esta busca de maior efetividade do processo<sup>6</sup>, como é o caso das Leis n<sup>os</sup>. 8.950, 8.951, 8.952 e 8.953, todas de 13/12/1994, além das anteriores Leis n<sup>os</sup>. 8.455/24.08.92, 8.710/24.09.93 e 8.898/29.06.94, que instituíram alterações na prova pericial, na citação e na liquidação, buscando a simplifica-

---

<sup>4</sup> Visto este como um movimento mais amplo, mas que também conduz à efetividade do processo.

<sup>5</sup> CAPPELLETTI, Mauro, "Os Métodos Alternativos de Solução de Conflitos no Quadro do Movimento Universal de Acesso à Justiça", traduzido do inglês por J.C. Barbosa Moreira, in *Revista de Processo*, RT-SP, no. 74, abril-junho/94, p. 83.

<sup>6</sup> BERMUDES, Sergio, *A Reforma do Código de Processo Civil*, Freitas Bastos, 1<sup>a</sup> ed., 1995, p. 7.

ção do procedimento<sup>7</sup>, e reformas posteriores como as das Leis n.ºs. 9.079/14.7.95, 9.139/30.11.95, 9.245/26.12.95, 9.756/98, que trataram da ação monitória, do agravo, do procedimento sumário e dos recursos, e as mais recentes das Leis n.ºs. 10.352/26.12.2001, 10.358/27.12.2001 e 10.444/07.05.2002, cujos anteprojetos visavam “mais uma vez a combater, em múltiplas frentes, a excessiva lentidão do processo”<sup>8</sup>.

Como se vê, a técnica processual pode e deve contribuir, como normalmente ocorre, para a busca da efetividade do processo. Notória tem sido a contribuição da doutrina autorizada nos projetos que levaram às inovações processuais mencionadas. Contudo, num primeiro momento de reflexão desta angustiante questão da efetividade processual, a doutrina discursou contra o grau de formalização a que o direito processual alcançara, o que em seguida veio a se confundir com a própria técnica processual, parecendo, aos olhos de alguns, que nesta se situava a causa do problema da insatisfação com o processo.

Já dizia Calamandrei, em discurso pronunciado durante o ato inaugural do Congresso Internacional de Direito Processual Civil, em Florença, em 1950, com referência a Salvatore Satta - que afirmara que o processo era um ato sem finalidade, à vista de sua abstração que permitia a injustiça, dando-lhe aparência de legalidade - que “não é verdade que o processo não tenha finalidade; se não a tivesse, seria necessário inventá-la para poder continuar estudando esta nossa ciência sem desgosto e sem desalento. Mas, na realidade, finalidade tem; e é altíssima, a mais alta que possa existir na vida: e se chama justiça”<sup>9</sup>.

Por alguns o processo passou, então, a ser visto como um entrave à justa e célere aplicação do direito, e vezes se levantaram em prol de uma renegação da técnica processual, que se desviava do verdadeiro objetivo da Justiça, que é o de reconhecer o direito de cada um, atuando de modo a proporcionar, além do reconhecimento, a proteção, restauração ou reparação.

---

<sup>7</sup>BARBOZA MOREIRA, José Carlos, “Os Novos Rumos do Processo Civil Brasileiro”, in *Temas de Direito Processual*, Sexta Série, São Paulo, Saraiva, 1997, pp. 67/68.

<sup>8</sup>CRUZ E TUCCI, José Rogério, *Lineamentos da Nova Reforma do CPC*, São Paulo, RT, 2002, p.11.

<sup>9</sup>CALAMANDREI, Piero, *Direito Processual Civil* (tradução de Luiz Abezia e Sandra Drina Fernandes Barbbery), São Paulo, BookSeller, 1999, vol. 3, pp. 177 e 183. Obviamente, para que possamos compreender afirmações como a rebatida por Calamandrei, temos que considerar o contexto histórico do período do pós-guerra em que as mesmas se deram.

A torpe visão a que levou o descontentamento com os burocráticos e morosos trâmites processuais prenunciava, então, a disseminação de um movimento, felizmente não generalizado, de desconfiguração e desprezo pelas técnicas processuais, seja pelos aplicadores do direito, que passaram a atuar ao largo dos sistemas jurídicos conhecidos, que garantiam além da segurança jurídica o próprio devido processo legal, seja pelos legisladores que, no afã de encontrar meios aparentemente mais fáceis de se obter a prestação jurisdicional, ignoraram conceitos e princípios cientificamente consolidados, e seja até mesmo por parcela da doutrina, que, entorpecida por aqueles ventos de modernização, deixava-se levar precipitadamente pelos valores que mais se aproximavam da onda renovatória, sem ponderar adequadamente a avaliação da melhor técnica processual.

A modernização do processo era e sempre será necessária e inevitável, e muita coisa ainda precisaria ser feita, mas conforme lição de José Carlos Barbosa Moreira, “renegar a técnica decididamente não é o melhor caminho para fazer avançar a nossa ciência, nem para converter o avanço científico em fermento da Justiça”<sup>10</sup>.

O caos de que até hoje se ressentem é, em parte, fruto desta descrença na técnica processual, que levou, por fim, a uma deformação profissional, cujas conseqüências podem ser facilmente observadas pela inadequada e insuficiente utilização dos instrumentos processuais já existentes, assim como pela incorreta interpretação e aplicação dos princípios processuais, o que vem conduzindo inevitavelmente a prejuízos para a própria efetividade<sup>11</sup>.

Assim, embora o Brasil possua hoje uma legislação processual avançada, fruto do antes citado movimento de modernização, que, além de criar instrumentos adequados, importa e adapta experiências estrangeiras para o nosso sistema, a proveitosa utilização deste conjunto ainda deixa muito a desejar, em grande parte em razão da falta de técnica processual adequada.

Por conseguinte, o funcionamento de vários institutos processuais ainda não apresentam resultados satisfatórios, em virtude de sua inadequada e insuficiente utilização, somada à falta de apuração técnica de seus aplicadores. Assim, ainda que

---

<sup>10</sup> BARBOSA MOREIRA, José Carlos, “Efetividade do Processo e Técnica Processual”, in *Temas de Direito Processual*, Sexta Série, São Paulo, Saraiva, 1997, p. 23.

<sup>11</sup> *Ibidem*, pp. 23 a 27. Lista o Mestre uma seqüência de casos de falta ou má aplicação da técnica processual, que oneram o órgão judicial com “carga podre” de processos, e prejudicam como um todo a efetividade que tanto se quer privilegiar.

não se possa desconsiderar o contexto social, econômico, cultural e político de nossa sociedade, que atua de forma determinante neste resultados, ainda muito distantes do ideal, é iniludível que o bom emprego da técnica processual já seria um grandioso passo para a efetividade<sup>12</sup>.

Feitas estas breves considerações para ressaltar a importância da técnica processual como elemento primordial da efetividade do processo, impõe-se que passemos a uma análise mais detida em algumas formas de tutela diferenciada, que complementam os tradicionais modelos de tutela jurisdicional, em muitos casos não mais satisfatórios, mormente após o aumento da complexidade das relações intersubjetivas decorrente do grande desenvolvimento econômico experimentado no último século, e da inevitável ampliação das garantias individuais e fundamentais, próprias do Estado de Direito que então se implementava em diversas nações, no qual o devido processo legal, dentro de um prazo razoável, foi elevado à condição de garantia fundamental<sup>13</sup>, passando a ser mais cobradas as reformas processuais que acelerassem mais os processos, além da criação de modelos de tutela jurisdicional diferenciada, que se adequassem às necessidades do caso, na busca, enfim, de dar maior efetividade ao processo.

---

<sup>12</sup>De forma tranqüilizadora, adverte Barbosa Moreira: "O que não podemos é ser desmedidamente ambiciosos. Acalentar expectativas altas demais expõe-nos ao perigo de cair com facilidade em negativismo extremado. Nutre-se o pessimismo, com freqüência, da amargura causada pela decepção: convencidos de ser inatingível o ideal, que ingenuamente supuséramos ao alcance da nossa mão, passamos a descreer da possibilidade de dar quaisquer passos, pequenos que sejam, na direção daquele. A ilusão de onipotência torna-se a véspera do cepticismo integral. Destarte, não poucas vezes, o talento do progressista desencantado acaba paradoxalmente posto a serviço do mais empedernido conservadorismo. Aqui também os extremos se tocam" (BARBOSA MOREIRA, José Carlos, "Efetividade do Processo e Técnica Processual", in *Temas de Direito Processual*, Sexta Série, p.21).

<sup>13</sup>Veja-se o que prevê o art. 8º, da Convenção Americana de Direitos Humanos, assinada em 1969 (Pacto de San José da Costa Rica), do qual o Brasil é signatário desde 1992:

"Art. 8º - Garantias Judiciais

1. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza."

(extraído da obra de PIOVESAN, Flávia, *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 408)

A Carta dos direitos fundamentais da União Européia, aprovada em 07.12.2000, por sua vez, prevê:

"Art. 47.

Toda persona cuyos derechos y libertades garantizados por el Derecho de la Unión hayan sido violados tiene derecho a la tutela judicial efectiva respetando las condiciones establecidas en el presente artículo.

Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa y públicamente y dentro de um plazo razonable por um juez independiente e imparcial, estabelecido previamente por la ley."

(texto extraído da obra de GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *El Derecho a la Tutela Jurisdiccional*, Tercera Edición. Madrid: Civitas, 2001, p. 27).

Outro não era, outrossim, o teor do "art. 6º, 1, da *Convenção Européia para Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais*, subscrita em Roma no dia 4 de novembro de 1950" (Cf. TUCCI, José Rogério Cruz e. *Tempo e processo: uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual (civil e penal)*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1997, p. 67).

Deixe-se claro, uma vez mais, que diversos outros fatores podem determinar a falta de efetividade ou insuficiência dos modelos processuais já alcançados, considerando-se os contextos políticos, culturais, sociais e econômicos em que inseridos, cujas deformações só em certo grau podem ser contornadas e remediadas pelo sistema jurídico processual.

## 2. Razão para a diferenciação da tutela

A tutela jurisdicional não se confunde com o direito de ação ou direito à prestação jurisdicional. Conforme teoria abstrata, o direito de ação existe independentemente da existência do direito material vindicado. Mas existindo o direito material ou uma posição jurídica de vantagem, a tutela jurisdicional deve atendê-lo de forma satisfatória.

Todavia, como já antecipado, os modelos de tutela jurisdicional comum, tradicionalmente postos à disposição dos jurisdicionados, mostram-se, em diversos casos, insatisfatórios ou inadequados, não permitindo a obtenção do desejado resultado.

É como se desde o início, para todo e qualquer caso, apenas houvesse a possibilidade de obtenção da tutela jurisdicional após todo o trâmite de uma ação que se processa pelo rito comum de procedimento ordinário, além da fase recursal. Inevitável seria a total insatisfação com o processo, que é instrumento e não fim em si mesmo. Por isso, afirma Dinamarco que “a idéia de procedimentos especiais no sistema do processo de conhecimento é metodologicamente associada à visão instrumental do processo, dada a necessidade de oferecer meios realmente aderentes às variadíssimas situações que ocorrem na vida comum das pessoas”<sup>14</sup>.

Ainda conforme Dinamarco, “o *processo justo* ou *processo equo* é composto pela efetividade de um mínimo de garantias de meios e de resultados”<sup>15</sup>, o que

---

<sup>14</sup>DINAMARCO, Cândido Rangel, *Instituições de Direito Processual Civil*, vol. I, São Paulo, Malheiros, 2001, p. 159. Esclarece o autor na página 160 a razão para que o procedimento tenha recebido do legislador o nome de ação: “No trato dos procedimentos especiais, curva-se a lei brasileira a longa tradição romanística e continua falando em *ações* (ação de consignação em pagamento, ação demarcatória, ação de usucapião), como se a ação comportasse tais qualificações jurídico-materiais e como se ela fosse *típica* no direito moderno. Variam as espécies de tutela jurisdicional, mas a *ação*, como poder de atuar em juízo e exigir o provimento de mérito, não é *consignatória*, não é *demarcatória*, não é de *usucapião* etc. As *acciones* eram típicas no direito romano mas o sistema moderno é diferente, pois a garantia constitucional da ação constitui uma *cobertura geral dos direitos*, independentemente do fundamento jurídico-substancial das pretensões. Embora fale em *ações*, o que o Livro IV do Código de Processo Civil mais contém é a pormenorizada disciplina de certas *tutelas jurisdicionais específicas* a serem dispensadas mediante o emprego dos *procedimentos* que ali são descritos.”

<sup>15</sup>*Ibidem*, p. 115.



importa dizer que a tutela jurisdicional viabilizada pelo processo deve corresponder às necessidades dos jurisdicionados, e não apenas oferecer-lhes algo consolativo, tal qual um arremedo de justiça.

Assim surgiu, em razão de diversos fatores que, dentro do que se propõe no presente trabalho, serão detalhados nos tópicos seguintes, a necessidade da diferenciação da tutela ofertada pelo processo, na medida em que os casos submetidos à apreciação jurisdicional também se diferenciavam sob o ponto de vista estrutural das relações materiais envolvidas, e dentro do contexto social e econômico em que se inseriam.

Tutela diferenciada, portanto, nada mais é do que tutela mais adequada às necessidades dos jurisdicionados, em razão de especificidades dos casos, valendo-se de métodos outros que não os tradicionais ou ordinarizados, mas sempre informados pelos princípios processuais, dentre os quais o da efetividade<sup>16</sup>.

Inúmeros são os casos ou situações processuais em que se poderia identificar alguma espécie de tutela diferenciada, como, por exemplo, a tutela cautelar, a tutela da ação de mandado de segurança, e as tutelas das próprias ações de procedimentos especiais, como já citado. Contudo, nos limitaremos aqui a alguns processos, procedimentos ou tutelas<sup>17</sup> que têm recebido maior destaque nos últimos anos, seja pela inovação legislativa que os introduziu no processo civil brasileiro ou pela importância que mais recentemente lhes é atribuída pela doutrina autorizada.

Passamos, então, a discorrer acerca da importância - ainda que muito sucintamente, em virtude do objetivo deste trabalho, limitado à observação de algumas vantagens da diferenciação da tutela - da tutela nas ações coletivas, no processo

---

<sup>16</sup>Em lição lapidar, Luiz Fux escreve: "A relação imanente entre o direito e o processo, antes de revolver e nulificar a superada doutrina concreta do direito de agir, revela, apenas, quão prejudicial restou para o processo esse *apartheid* entre a relação substancial e a forma processual porquanto a *ideologia da ordinariade*, dentre outras causas, acarretou a insuficiência das espécies tradicionais de prestação jurisdicional, fazendo exsurgir o movimento de busca das tutelas diferenciadas, tão bem evidenciado por Proto Pisani através de seus apontamentos sobre a justiça civil, onde peremptoriamente deixou claro não existir uma *única forma de tutela para todas as situações* subsumíveis ao crivo jurisdicional. Este movimento marcou o fim da neutralidade da ciência processual em relação ao direito material carente de prestação jurisdicional, sob forte inspiração do "princípio da efetividade" cujo escopo maior é observar a experiência jurídico-processual sob a ótica da utilidade social do processo, assim compreendido como instrumento que possibilita conferir-se ao jurisdicionado uma tutela tempestiva e justa" (*Curso de Direito Processual Civil*, Forense, Rio de Janeiro, 2001, p. 1085).

<sup>17</sup>Tendo cada um destes termos sentido próprio e inconfundível, como evidente.

dos Juizados Especiais Cíveis e na ação monitória, da tutela inibitória, da tutela no procedimento sumário, e, por fim, nos debruçaremos um pouco mais detidamente sobre a própria antecipação da tutela.

### 3. Tutela coletiva

O modelo tradicional de tutela jurisdicional dificulta a proteção dos direitos difusos e coletivos, e até mesmo de alguns direitos individuais homogêneos. Segundo Cappelletti e Garth, “o processo era visto apenas como um assunto entre duas partes, que se destinava à solução de uma controvérsia entre essas mesmas partes a respeito de seus próprios interesses individuais. Direitos que pertencessem a um grupo, ao público em geral ou a um segmento do público não se enquadravam bem nesse esquema. As regras determinantes da legitimidade, as normas de procedimento e a atuação dos juizes não eram destinadas a facilitar as demandas por interesses difusos intentadas por particulares”<sup>18</sup>.

Noutro trabalho<sup>19</sup>, o professor Cappelletti verifica como um obstáculo a ser superado no processo civil o obstáculo organizacional, que se reflete por um dos traços mais importantes de nossa época, que são os relativos aos interesses de grupo, interesses difusos ou coletivos. Tal decorre da evolução e transformação da economia ocidental, em que a produção, a distribuição e o consumo se tornaram fenômenos de massa.

Menciona também que, da mesma maneira que os fenômenos de massa, os direitos sociais emergiram com extrema importância em nossa sociedade, direitos estes pertencentes a categorias fracas de pessoas ou anteriormente discriminadas. Como a pessoa individualmente é incapaz de vindicar seus direitos de forma efetiva, a única proteção possível destes interesses seria a proteção coletiva ou de classe. Para a vindicação individual destes direitos faltaria suficiente motivação, informação, e poder mesmo para iniciar e sustentar o processo. E mesmo que esta vindicação individual ocorresse, o resultado provavelmente seria inadequado para desencorajar os

---

<sup>18</sup> CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant, *Acesso à Justiça*, trad. Ellen Gracie Northfleet, Fabris, Porto Alegre, 1988, pp. 49/50.

<sup>19</sup> CAPPELLETTI, Mauro, “Os Métodos Alternativos de Solução de Conflitos no Quadro do Movimento Universal de Acesso à Justiça”, traduzido do inglês por J.C. Barbosa Moreira. *Revista de Processo*, RT-SP, no. 74, abril-junho/94, p. 84/5.

transgressores dos direitos de massa, que prefeririam pagar o direito do titular individual e prosseguir na sua atividade danosa.

Disso decorre o que Cappelletti chama de “pobreza organizacional”, e que exige também uma proteção jurisdicional diferenciada.

No Brasil, José Carlos Barbosa Moreira, em trabalho pioneiro<sup>20</sup>, tratou da tormentosa questão da ação coletiva, referindo-se à lei da ação popular, que fornecia, dentro de certos limites, instrumento apto à proteção dos interesses difusos ou coletivos, o que era na época um avanço processual sem precedentes, mesmo nos países que amplamente debatiam o tema, mas não possuíam qualquer mecanismo processual adequado<sup>21</sup>.

Subseqüentemente, experimentou o direito pátrio grande evolução legislativa, passando pela Lei da Ação Civil Pública (Lei 7.347/25.07.85) e pelo Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/11.09.90)<sup>22</sup>, além da criação do mandado de segurança coletivo e da outorga de legitimação às entidades associativas, quando expressamente autorizadas, para postular em juízo direitos de seus filiados, ambas em sede constitucional, adquirindo realce a utilização da técnica do processo coletivo não só para a defesa dos interesses transindividuais, como também em certa medida para a dos interesses individuais, em virtude do impacto “de massa” que determinadas lesões são capazes de provocar<sup>23</sup>.

A legitimação extraordinária, que excepciona a regra básica de que ninguém pode pleitear direito alheio em nome próprio, experimentou, assim, grandioso desenvolvimento, o que trouxe como conseqüência uma nova sistematização do instituto da coisa julgada para assegurar a efetividade da tutela coletiva, sem abrir mão da tutela e garantia dos interesses e direitos individuais, como se vê do artigo 103, da Lei 8.078/90 (Cód. Defesa do Consumidor)<sup>24</sup>.

---

<sup>20</sup> “A Ação Popular do Direito Brasileiro como Instrumento de Tutela Jurisdicional dos Chamados Interesses Difusos”. In *Temas de Direito Processual*, Primeira Série, 2ª ed., São Paulo, Saraiva, 1988, pp. 110/123. Trabalho originalmente publicado nos *Studi in onore di Enrico Tullio Liebman*, vol. IV, Milão, em 1979.

<sup>21</sup> ARAÚJO FILHO, Luiz Paulo da Silva, *Ações Coletivas: a tutela jurisdicional dos direitos individuais homogêneos*. Rio de Janeiro, Forense, 2000, p. 49.

<sup>22</sup> Sobre o desenvolvimento legislativo, ver ARAÚJO FILHO, Luiz Paulo da Silva, *op. cit.*, pp.52/57.

<sup>23</sup> BARBOSA MOREIRA, José Carlos, “Os Novos Rumos do Processo Civil Brasileiro”, in *Temas de Direito Processual*, Sexta Série, Saraiva, 1997, pp. 68/9.

<sup>24</sup> ARAÚJO FILHO, Luiz Paulo da Silva, *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor - Direito Processual*, São Paulo, Saraiva, 2002, pp. 175/199.

Permitem as ações coletivas, assim, um efetivo instrumento para o aperfeiçoamento do sistema de adequação do processo ao caso concreto, e, em última análise, do próprio acesso à Justiça, retirando da Justiça a enorme sobrecarga de processos repetidos, que não só geram morosidade como insegurança jurídica, pela possibilidade de decisões contraditórias em casos idênticos sob o aspecto objetivo *lato sensu*, além de resolver também problemas relacionados ao custo individual do processo e ao não raro desequilíbrio econômico entre as partes no processo individual<sup>25</sup>.

Defende-se atualmente, portanto, que o Código de Defesa do Consumidor, aprimorando a Lei 7.347/85, “criou um novo e amplo sistema processual, cuja aplicação alcança toda e qualquer ação coletiva, ainda que estranha às matérias de que tratam essas leis, e que deve, como tem afirmado a doutrina, fazer as vezes de um Código de Processo Civil Coletivo, como um ordenamento processual geral para todas as ações coletivas”<sup>26</sup>.

#### 4. Juizados Especiais Cíveis

Os Juizados Especiais foram instituídos pela Lei 9.099/26.09.95, no âmbito da justiça estadual, e pela Lei 10.059/12.07.2001, no âmbito da justiça federal. Mas, anteriormente, a experiência tinha sido iniciada no Rio Grande do Sul, em 1982, através da criação de conselhos e arbitramento, no que foi seguida pelo Estado de São Paulo, através da implantação dos juizados informais de conciliação, além de outros estados<sup>27</sup>. Posteriormente, em reconhecimento destas experiências, foi editada a Lei 7.244/07.11.84, que dispunha sobre a criação e funcionamento dos juizados especiais de pequenas causas<sup>28</sup>.

<sup>25</sup> CASTRO MENDES, Aluísio Gonçalves de, *Ações Coletivas no direito comparado e nacional*, Coleção Temas Atuais de Direito Processual Civil, volume 4, São Paulo, RT, 2002, pp. 27/38.

<sup>26</sup> ARAÚJO FILHO, Luiz Paulo da Silva, *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor - Direito Processual*, São Paulo, Saraiva, 2002, p.55, com citação de Antonio Gidi, *Coisa Julgada e litispendência em ações coletivas*, São Paulo, Saraiva, 1995, p. 74/78, espec. p. 77.

<sup>27</sup> WANDERLEI RODRIGUES, Horácio, “Juizados Especiais Cíveis: inconstitucionalidades, impropriedades e outras questões pertinentes”, in *Genesis - Revista de Direito Processual Civil*, Curitiba, Ano I, janeiro-abril de 1996, p. 22.

<sup>28</sup> Com a proficiência que o distingue, Barbosa Moreira, em conferência pronunciada em 21-4-1993, sobre o texto “Tendenze Evolutive del Processo Civile” na *Libera Università Internazionale degli Studi Sociale* (Roma), dizia: “I nostri antichi sistemi processuali, ancorati alle tradizioni del predominio inconstituito della scrittura, della padronanza delle parti sullo iter della procedura, della rigidità delle forme, non favorivano certo la speditezza. A dire il vero, le cause dell'eccessiva durata dei processi oltrepassano di gran lunga i confini delle imperfezioni legislative e si estendono per terreni abbastanza diversi, quali per esempio quello dell'abituale insufficienza dei mezzi; ciò non toglie importanza ai tentativi fatti dal legislatore per portare rimedio al male, dall'abolizione di formalità superflue alla creazione di un procedimento speciale per le cosiddette “piccole cause” affidate ad organi ugualmente speciali, come ha disposto in Brasile una legge del 1984.” In *Temas de Direito Processual*, Sexta Série, Saraiva, 1997, p. 34.

Da mesma forma que o processo coletivo, serve o processo dos Juizados Especiais à universalização do acesso à Justiça<sup>29</sup>. Aquele, pela extensão dos julgados a um grande número de pessoas que, de outra forma, não ingressariam em juízo ou não obteriam do Estado qualquer forma de proteção de seus interesses; estes, pela facilitação do acesso à Justiça, seja pela isenção de custas, ou pela dispensabilidade de advogado, ou pela disponibilização de um maior número de órgãos jurisdicionais, ou pela resposta célere e eficaz da tutela jurisdicional proporcionada.

A modalidade de processo de que se utilizam os Juizados Especiais também é considerada como diferenciada dos modelos tradicionais, pois que adequada às causas de menor complexidade<sup>30</sup>.

Este processo especialíssimo<sup>31</sup> é informado pelos critérios<sup>32</sup> da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, buscando, sempre que possível, a conciliação ou a transação, conforme artigo 2º, da Lei 9.099/95<sup>33</sup>.

---

<sup>29</sup> Adverte FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias, *Comentários à Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais*, RT, 3ª ed., São Paulo, 2000, p. 42, que "faz-se mister a realização da difícil tarefa de canalização de múltiplos fatores internos e externos em direção a um único quadro de superação da crise jurídica e jurisdicional que temos vivido nos últimos tempos, na busca de resultados diversificados que se materializem na efetividade e efetivação do processo civil através da rápida e eficiente solução dos conflitos intersubjetivos, coletivos ou difusos dos jurisdicionados".

<sup>30</sup> WANDERLEI RODRIGUES, Horácio, trabalho citado, pp. 23 e seguintes: Defende a inconstitucionalidade da Lei 9.099/95, que contrariando o art. 98, I, CF, diz que causas de menor complexidade seriam, entre outras, aquelas até determinado limite como valor causa, o que são coisas diferentes, somente cabendo também a participação de juizes leigos e a dispensabilidade do advogado nas causas de menor complexidade. Conclui que o processo das causas de menor complexidade, que seria o próprio dos Juizados Especiais, não é adequado para as causas complexas, embora de pequeno valor. E que esta inadequação leva a uma justiça de segunda classe para as causas complexas.

Sobre a questão, ver também Luiz Fux, *Juizados Especiais Cíveis e Criminais e Suspensão Condicional do Processo Penal*, Forense, Rio de Janeiro, 2001, pp. 13/15.

<sup>31</sup> FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias, *Comentários à Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais*, RT, 3ª ed., São Paulo, 2000, p. 46. Afirma o autor que "A Lei 9.099/95 não trata apenas de um novo procedimento; transcende essa barreira e ancorando-se no art. 98, inc. I e seu parágrafo único, da Constituição Federal, dispõe sobre um novo processo e um novo rito diferenciado. Em outros termos, não é apenas um procedimento sumaríssimo, é também, e muito mais, um processo especialíssimo."

<sup>32</sup> Quanto à questão de os critérios, nos casos da oralidade e da economia processual, se constituírem em verdadeiros princípios, ver comentário de J. E. CARREIRA ALVIM (com citação de outros autores), *Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais Comentada e Anotada*, de CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de et alii, 2ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 13. Para Joel Dias Figueira Júnior, todos os critérios se constituiriam em verdadeiros princípios (*Comentários à Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais*, 3ª ed., São Paulo: RT, 2000, pp. 65-67).

<sup>33</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel, *Instituições de Direito Processual Civil*, vol. III, São Paulo, Malheiros, 2001, pp. 768/770. O grande processualista apresenta a "síntese das características diferenciadoras do processo dos juizados especiais cíveis: a) alguma limitação da cognição no plano vertical; b) significativa redução, no horizontal; c) empenho em conciliar; d) dever de diálogo entre juiz e partes; e) procedimento muito concentrado; f) irrecorribilidade das decisões interlocutórias; g) recurso contra a sentença, sem efeito suspensivo; h) deformalização dos atos; i) dispensa do patrocínio por advogado em causas de valor menor; j) inteira gratuidade em primeiro grau de jurisdição." Poder-se-ia acrescentar, quanto aos Juizados Especiais Federais Cíveis, que a dispensa de patrocínio do advogado é geral, sendo ainda maior o limite de sua competência, abrangendo causas de até sessenta salários mínimos.

Em consequência, admite-se ampla liberdade formal e maiores poderes do juiz na condução do processo, que decide com base em uma cognição sumária<sup>34</sup> e absolutamente célere<sup>35</sup>, dentro da maior ampliação da atividade judicial.

Nos juizados especiais, a celeridade é a maior responsável pela efetividade do processo, e ela é alcançada através dos já citados critérios orientadores dos procedimentos, quais sejam, a oralidade, a simplicidade, a informalidade e a economia processual<sup>36</sup>. Tal decorre do fato de que além desses critérios serem os mais adequados às causas de menor complexidade, que dispensam a rigidez de formas e os longos ritualismos procedimentais, também viabilizam aqueles critérios, na prática, o ágil funcionamento dos Juizados Especiais, que sem isso estariam em pouco tempo fadados ao malogro, dada a brutal sobrecarga de trabalho que adviria, com certeza, da grandiosa ampliação do acesso à Justiça, que soltava as diversas amarras da litigiosidade contida.

Conforme menciona Luiz Fux<sup>37</sup>, esta litigiosidade contida decorre de pequenas injustiças de profundas repercussões sociais, até então ignoradas pelo Estado, que não oferecia um sistema judiciário adequado para absorver tais demandas, que não através do modelo tradicional de solução de conflitos, cujo processo é obviamente inadequado, o que levava à negação de jurisdição a estes interesses e direitos individuais.

No caso dos Juizados Especiais Federais, várias adaptações se fizeram e se fazem necessárias para que a celeridade e efetividade não venham a se frustrar. Dentre elas a necessidade de dotar os agentes públicos de poderes para transacionar, a eliminação do duplo grau obrigatório e de privilégios fazendários como os prazos diferenciados para a apresentação de resposta e recursos, a restrição das possibilidades de recurso, a possibilidade de pagamento independentemente de precatório, o afastamento do efeito suspensivo de todos os recursos, o reconhecimento de que a sentença tem efeito mandamental, e não apenas condenatório, com eliminação do processo de execução, a responsabilização pessoal e criminal do agente público que

---

<sup>34</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel, *Instituições de Direito Processual Civil*, vol. I, São Paulo, Malheiros, 2001, p. 165.

<sup>35</sup> FUX, Luiz, *Juizados Especiais Cíveis e Criminais e Suspensão Condicional do Processo Penal*, Forense, Rio de Janeiro, 2001, pp.3/15. Em introdução ao tema, Luiz Fux faz considerações sobre a ideologia dos juizados especiais, com ampla citação da doutrina nacional e estrangeira.

<sup>36</sup> CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro, *Acesso à Justiça: Juizados Especiais Cíveis e Ação Civil Pública*, Forense, 2ª ed., Rio de Janeiro, 2000, p. 110.

<sup>37</sup> FUX, Luiz, *Juizados Especiais Cíveis e Criminais e Suspensão Condicional do Processo Penal*, Forense, Rio de Janeiro, 2001, pp. 6/9.

descumprir a decisão judicial, a mudança do sistema de comunicação dos atos processuais, adequando-o à sociedade moderna e globalizada, além de outras<sup>38</sup>.

A propósito da importância dos Juizados Especiais dentro do atual contexto social, econômico e jurídico, em que se encontra a moderna sociedade globalizada, Joel Dias Figueira Júnior chega a afirmar que “os indicativos apontam como sendo esses Juizados, provavelmente, o último baluarte para a salvaguarda dos interesses da grande massa populacional, que sem esse mecanismo, vê-se acuada e impotente em face da crise do processo, como instrumento de efetividade dos direitos e da pacificação social”<sup>39</sup>.

Muitos ajustes ainda serão necessários para o aprimoramento do funcionamento dos Juizados Especiais, principalmente no que se refere aos Juizados Federais, dada a natureza especial das matérias neles discutidas, bem como dos entes públicos ali demandados. Mas o reconhecimento de sua extrema importância no cenário processual atual já é um grande passo para o alcance do efetivo acesso à Justiça por parte dos titulares de interesses e direitos que envolvam causas de menor complexidade.

## 5. Tutela monitoria

A ação monitoria<sup>40</sup> foi introduzida no direito pátrio pela Lei 9.079/14.7.95, embora seja uma experiência antiga no Direito Europeu, onde tem sido o mais rápido instrumento de composição judicial de litígios<sup>41</sup>.

O processo monitorio tem por característica uma cognição sumária sem a prévia oitiva do réu<sup>42</sup>, baseada no fato de que o autor possui um direito evidenciado por

---

<sup>38</sup> Além destas, ver outras sugestões e aprofundamentos em *Juizados Especiais Federais - Série Pesquisas do CEJ*, 7, do Conselho da Justiça Federal, Brasília - DF, 2001.

<sup>39</sup> FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias, *Comentários à Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais*, RT, 3ª ed., São Paulo, 2000, pp. 47/8.

<sup>40</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel, *Instituições de Direito Processual Civil*, vol. III, São Paulo, Malheiros, 2001, pp. 334 e 739/741. Segundo o eminente processualista, a denominação ação monitoria como a designar uma ação de conhecimento de procedimento especial é incorreta, considerando-se que o processo monitorio é um *processo diferenciado*, porque nem é conhecimento, onde se pode produzir um julgamento de mérito, nem é execução, porque contém mais do que este, já que o autor não dispõe de título executivo e no curso do processo monitorio este título se produz.

<sup>41</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto, *Curso de Direito Processual Civil*, vol. III, 22ª ed., Forense, Rio de Janeiro, 2000, pp. 331/332. Menciona o autor, citando Schönke, que o instituto tem comprovada eficiência na Alemanha, onde “só no ano de 1937 tramitaram pela primeira instância dos tribunais germânicos 4.515.821 feitos de procedimento monitorio, contra apenas 1.654.952 de procedimento ordinário ou comum”.

<sup>42</sup> CARREIRA ALVIM, José Eduardo, *Ação Monitoria e Temas Polêmicos da Reforma Processual*, 1ª ed., 2ª tiragem, Del Rey, Belo Horizonte, 1995, p. 21.

uma prova documental, sem que, no entanto, tal prova se constitua em título executivo, pelo que depende do aval jurisdicional para torná-lo exequível de imediato, sem ter que esperar todo o longo procedimento ordinário do processo de conhecimento até a obtenção da sentença condenatória, que ainda estaria passível de recursos.

O juiz decide, portanto, com base em um juízo de probabilidade ou quase certeza do direito do autor, baseado na prova documental escrita, pelo que o processo monitório, supondo que o réu não tenha qualquer defesa a apresentar, admite-se dispensada sua oitiva, a plena cognição e a própria sentença condenatória final, para se passar diretamente à execução.

Este juízo de probabilidade se desfaz caso o réu apresente no prazo legal sua defesa, através dos embargos, quando toda a especialidade ou diferenciação procedimental do processo monitório cede lugar ao procedimento ordinário<sup>43</sup>.

Utilizando-se das lições de Carnelutti, Humberto Theodoro Júnior explica que embora não haja uma resistência à pretensão pelo devedor, mas sim uma pretensão insatisfeita, que ensejaria apenas o processo executivo, não possui o credor o título que o legitime a iniciar a execução diretamente<sup>44</sup>.

A iniciativa da plena cognição, com a abertura do contraditório, fica, pois, a cargo do devedor, que deverá apresentar os embargos como resposta<sup>45</sup> à pretensão que se presumia não resistida, mas apenas insatisfeita.

A cognição sumária que o juiz faz no momento em que determina a expedição de mandado monitório<sup>46</sup>, ocorre apenas diante da prova documental que o

---

<sup>43</sup> DINAMARCO, *op. cit.*, pp. 755/758, considerando que os embargos constituem um outro processo de natureza cognitiva, que não se confunde com o processo monitório, entende que o procedimento ordinário dos embargos não diz respeito ao procedimento do processo monitório, que fica suspenso até o julgamento dos embargos.

<sup>44</sup> *Op. cit.*, pp. 332/333. No mesmo sentido, consulte-se CARREIRA ALVIM, José Eduardo, *Ação Monitória e Temas Polêmicos da Reforma Processual*, 1ª ed., 2ª tiragem, Del Rey, Belo Horizonte, 1995, p. 29.

<sup>45</sup> CARREIRA ALVIM, *op. cit.*, p. 43. Afirma serem os embargos monitórios um meio de defesa. Contrariamente, DINAMARCO, *op. cit.*, p. 757, defende que os embargos não têm natureza de contestação.

<sup>46</sup> CARREIRA ALVIM, *op. cit.*, p. 31, menciona que a forma correta deste provimento jurisdicional inicial é de decreto e não de sentença, o que se justifica pela falta de contraditório neste momento. Mas adverte o mesmo autor que este deferimento judicial do mandado de pagamento ou de entrega da coisa, que ocorre de plano e no início do procedimento, gera preclusão para o juízo (pp. 50/51) e, como juízo de mérito que é, tem valor análogo ao de uma decisão definitiva, podendo vir a se constituir no único ato jurisdicional da causa, tornando-se definitivo e com eficácia de coisa julgada material (pp. 44 e 56). A favor da coisa julgada material, ver também THEODORO JÚNIOR, *op. cit.*, p. 342. Contra a coisa julgada material da decisão que determina a expedição do mandado de pagamento ou de entrega, DINAMARCO, *op. cit.*, p. 753.



autor apresenta e que deve ser apta a legitimá-lo a passar diretamente à execução, embora sem eficácia de título executivo. Nisso se constitui justamente a tutela monitória, diferenciada pelo fato de que a situação deste autor não parece necessitar, em princípio, da plenitude da cognição, com a oitiva do devedor, para que se lhe dê razão, podendo ser abreviado o caminho para a execução, deixando ao devedor a iniciativa do eventual contraditório<sup>47</sup>.

A ação monitória, também conhecida no direito estrangeiro como ação injuncional, embora não tenha natureza mandamental<sup>48</sup>, tem por característica a expedição de plano de um mandado de pagamento ou de entrega de coisa, que se converte em mandado executivo, caso os embargos não sejam oferecidos<sup>49</sup>.

O mandado de pagamento ou entrega de coisa<sup>50</sup> não chega a ser o mandado de citação para a execução sob pena de penhora ou apreensão do bem, típico do processo de execução, mas também não é simplesmente o mandado de citação para o processo de conhecimento<sup>51</sup>.

E para desestimular a defesa infundada ou procrastinatória do devedor, a lei lhe outorga a isenção das custas e honorários, caso cumpra a ordem dada, com a abreviação do rito.

Assim, não havendo embargos do réu, considera-se definitivo o acerto preliminar, feito sumariamente e sem prévia audiência do devedor, adquirindo o mandado monitório eficácia executiva. A ação monitória passa à fase da execução com a mesma natureza de uma ação de execução por título judicial, cabendo a partir de então apenas os embargos à execução<sup>52</sup>.

---

<sup>47</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto, *op. cit.*, p. 334, com referência a Calamandrei. Igualmente, CARREIRA ALVIM, *op. cit.*, p. 33.

<sup>48</sup> DINAMARCO, *op. cit.*, p. 754.

<sup>49</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto, *op. cit.*, p. 336.

<sup>50</sup> CARREIRA ALVIM, *op. cit.*, p. 42. O mandado de pagamento ou de entrega seria, como ocorre numa ação executiva, de citação para pagamento ou entrega.

<sup>51</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto, *op. cit.*, p. 336.

<sup>52</sup> *Idem, ibidem*, pp. 337 e 341. Em sentido contrário, quanto aos embargos à execução, ver DINAMARCO, *op. cit.*, pp. 765/766, defendendo que a inadmissibilidade dos embargos à execução é mais coerente com a natureza diferenciada da tutela jurisdicional monitória.

Havendo embargos ao mandado de pagamento, este ficará suspenso até o final do processo que será de conhecimento pelo procedimento ordinário<sup>53</sup>, quando a sentença acolherá os embargos, revogando o mandado de pagamento, ou os rejeitará, quando a execução por título judicial terá início.

Ainda que a tutela monitoria e a antecipação da tutela condenatória à obrigação de dar possam ter algumas semelhanças à vista da cognição sumária e do diferimento do contraditório, que ocorrem em ambas, as diferenças são bem claras e consistem no fato de que a tutela monitoria tem sua eficácia submetida à condição suspensiva da inexistência de embargos<sup>54</sup>, enquanto a tutela antecipada é imediata mas apenas provisória, dependendo de confirmação após a plena cognição. A doutrina autorizada, inclusive, tem admitido a possibilidade de tutela antecipada no processo monitorio, justamente porque o mandado monitorio não tem eficácia imediata, não dando ensejo à execução provisória, antes dos eventuais embargos ou mesmo depois deles<sup>55</sup>.

No direito brasileiro, a ação monitoria se presta para as pretensões de pagamento de soma em dinheiro, entrega de coisa fungível ou de determinado bem móvel, conforme dicção do art. 1.102, *a*, do Código de Processo Civil, com a redação dada pela Lei 9.079/95, pelo que não serve para a obrigação de dar imóvel, de fazer ou de não fazer.

Observe-se que “soma em dinheiro” é o mesmo que “quantia certa” das execuções reguladas pelo art. 646 e seguintes do Código de Processo Civil, descabendo, portanto, a ação monitoria para o pagamento de quantia que dependa de liquidação<sup>56</sup>.

A ação monitoria não serve para quem detenha título executivo, nem poderá ser proposta contra os entes da Administração Pública, não só porque a execução contra eles não prescinde de precatório com base em sentença condenatória (com exceção para os débitos de pequeno valor, fixados em sessenta salários mínimos

---

<sup>53</sup> DINAMARCO, *op. cit.*, pp. 743 e 756/758, considera que os embargos constituem um outro processo de natureza cognitiva, que não se confunde com o processo monitorio, embora considere que a sentença que acolhe os embargos determina a extinção do processo monitorio (p.761).

<sup>54</sup> CARREIRA ALVIM, *op. cit.*, p. 46.

<sup>55</sup> CARREIRA ALVIM, José Eduardo, “Antecipação de Tutela no Processo Monitorio”, in *Revista da Escola de Magistratura Regional Federal*, Tribunal Regional Federal 2ª Região, vol. 4, no. 01, novembro/dezembro/2001, Ed. América Jurídica, Rio de Janeiro, 2001, pp. 03/23, seguindo ensinamento doutrinário de Eduardo TALAMINI.

<sup>56</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto, *op. cit.* p. 337.

pela Lei 10.259/2001), como porque eventual revelia não surte os efeitos confessórios necessários à concessão de eficácia executiva ao mandado monitorio. Além disso, há necessidade de submissão da sentença condenatória (que nem existirá nesta primeira fase da ação monitoria) ao duplo grau obrigatório, o que também inviabiliza sua utilização contra a Administração Pública<sup>57</sup>.

## 6. Tutela inibitória

Segundo Luiz Fux, “a tutela inibitória induz à idéia de uma espécie de tutela necessária a determinadas pretensões para as quais não são adequadas as formas tradicionais de prestação de justiça. É que há direitos que necessitam de uma forma especial de intervenção do Estado-juiz”<sup>58</sup>.

Tal decorreria de uma imperfeição da tutela condenatória como resposta judicial, com natural eficácia ressarcitória e não preventiva, e que mesmo assim ainda necessita do processo executório para alcançar a satisfação do direito vindicado.

Assim, ainda segundo Fux, “a *iniciativa inibitória* imediata cumpre o escopo da efetividade da jurisdição com muito mais eficiência que uma condenação *ex post facto*”<sup>59</sup>.

Apoiando-se na obra “Tutela Inibitória” de Luiz Guilherme Marinoni, defende Fux que a aspiração da tutela inibitória não poderia basear-se, como faz a tutela condenatória a obrigações de fazer infungíveis e de não fazer, na idéia de que o descumprimento do dever quando muito implica na conversibilidade em perdas e danos, mas sim na aptidão que possui de evitar a lesão, cumprindo os postulados da efetividade<sup>60</sup>.

A tutela inibitória encontra então amparo legal no art. 461, do Código de Processo Civil, com redação introduzida pela Lei 8.952/94 e praticamente repete o conteúdo do artigo 84, do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90), atento ao princípio da efetividade da tutela, através de sua adequação aos interesses e direitos que se quer proteger<sup>61</sup>, conforme previsto no artigo 83, deste último diploma legal.

<sup>57</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto, *op. cit.*, p. 338.

<sup>58</sup> FUX, Luiz, *Curso de Direito Processual Civil*, Forense, Rio de Janeiro, 2001, pp. 72 e 1.085.

<sup>59</sup> *Ibidem*, pp. 74 e 1.086.

<sup>60</sup> *Ibidem*, pp. 74 e 1.086.

<sup>61</sup> Recorde-se, mais uma vez, da lição de CHIOVENDA “il processo deve dare per quanto é possibile praticamente a chi ha um diritto tutto quello e proprio quello ch’egli há diritto di conseguire” (*Saggi di diritto processuale civile*, Roma, s.ed., 1930, v. I, p.110).

Em trabalho sobre a tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer, baseado justamente no artigo 461, do CPC, e 84 do CDC, Eduardo Talamini faz séria crítica à posição de Marinoni, quanto à denominação de “inibitória”, que serviria, segundo Talamini, para distinguir apenas uma parte das tutelas previstas nos dispositivos legais citados, considerando imprópria e inoportuna a importação de termo do ordenamento italiano que serve para denominar via de tutela (a *azione inibitoria*) que é menos abrangente e completa do que a instaurada pelo art. 461, do CPC, o que oculta a verdadeira extensão desta tutela no direito brasileiro. Prosseguindo, observa ainda Talamini que a tutela do art. 461 presta-se não só para impedir a prática de um ato, correspondente à inibição, como também para impor a observância de um fazer que não está vinculado a um originário dever de não fazer, e que, portanto, nenhuma natureza inibitória possui. Alude, ainda, às medidas voltadas à obtenção do resultado prático equivalente, independentemente da conduta do réu, que está inequivocamente fora da noção de “tutela inibitória”<sup>62</sup>.

Dinamarco inclui a tutela inibitória como uma espécie de tutela preventiva, em contraposição à tutela reparatória e à sancionatória, sendo que a prevenção do dano é feita mediante o veto a alguma conduta e condenação do sujeito a abster-se<sup>63</sup>.

Fux considera que a tutela inibitória tem cunho autônomo e satisfativo, ainda que possa também existir a tutela inibitória cautelar. Admite também que seja ela antecipada, embora nem toda antecipação de tutela tenha caráter inibitório. Por fim, alude que a decisão inibitória, antecipada ou concedida a final, deve ser de “execução completa e imediata, ditada de inseparável mandamentalidade”, acompanhada dos meios de sub-rogação, e no caso desses se frustrarem, utilizando-se os meios de coerção<sup>64</sup>.

## 7. Procedimento sumário

O procedimento sumário era o antigo procedimento sumaríssimo que, após as Leis 8.952/13.12.94 e 9.245/26.12.95, passou a ter essa denominação<sup>65</sup>, em razão do

<sup>62</sup> TALAMINI, Eduardo, *Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer*, São Paulo, RT, 2001, pp. 231/232, com citações da referida obra de Luiz Guilherme Marinoni e da obra de Aldo Frignani (*L'injunction nella common law e l'inibitoria nel diritto italiano*, Milão: Giuffrè, 1974).

<sup>63</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel, *Instituições de Direito Processual Civil*, vol. I, São Paulo, Malheiros, 2001, pp. 152/153.

<sup>64</sup> *Op. cit.*, pp.76/77 e 1.088/1.090. Por fim, Luiz Fux adverte: “É preciso adotar em nosso sistema a postura do magistrado do *common law*, como único meio capaz de resgatar o prestígio do Poder Judiciário relegado a níveis alarmantes de insatisfação popular por influência de um Legislativo tão despota quanto aquele idealizado por Montesquieu, que preferia ao juiz dotado de *imperium judicis* aquele a quem limitadamente se conferia a função de ser apenas *la bouche de loi*.”

<sup>65</sup> BERMUDEZ, Sérgio, *A Reforma do Código de Processo Civil*, Freitas Bastos, 1ª ed., 1995, pp.32/33, dizia que a mudança do nome de sumaríssimo para sumário no art. 272, do CPC, através da Lei 8.952/94, só teria sentido com a alteração substancial do procedimento, o que, contudo, já era esperado.

fato de que os Juizados Especiais adotavam um procedimento ainda mais concentrado, que a Constituição Federal, no art. 98, I, denomina de sumaríssimo, ficando o sumário, portanto, numa posição intermediária entre o ordinário e o sumaríssimo.

De qualquer modo, ainda permanecia a incongruência em razão de que para o procedimento dos Juizados Especiais Estaduais, instituídos pela Lei 9.099/95, o limite em razão do valor é de quarenta salários mínimos, enquanto para o procedimento sumário, também em razão do valor, foi mantido pela Lei 9.245/95 o limite de vinte salários mínimos, incongruência esta ampliada com o advento da Lei 10.259/2001, que instituiu os Juizados Especiais Federais, com a fixação de sessenta salários mínimos como limite geral de sua competência<sup>66</sup>. Mais recentemente, contudo, foi alterado o limite de valor para o procedimento sumário, através da Lei 10.444, de 7.5.2002, com *vacatio legis* de três meses, passando de 20 (vinte) para 60 (sessenta) vezes o valor do salário mínimo.

Com a Lei 9.245/26.12.95, houve reformulação da sistemática do procedimento sumário, com modificações significativas, o que veio a ressaltar a importância deste rito, a despeito de alguns considerarem que o procedimento se esvaziou com a criação dos Juizados Especiais Estaduais<sup>67</sup>, e hoje, com maior razão, com a criação dos Juizados Especiais Federais. Com a alteração, entretanto, do limite de vinte para sessenta salários mínimos, trazida pela Lei 10.444/7.5.2002, que entrou em vigor em agosto de 2002, este esvaziamento teria se reduzido, mormente em relação aos Juizados Especiais Estaduais.

No sistema de nosso Código de Processo Civil, o procedimento sumário, ao lado do ordinário, encontra-se no rol dos procedimentos comuns do processo de conhecimento, conforme prevê o art. 272. Tal distinção, contudo, apenas quer evidenciar que o procedimento sumário não é um procedimento especial, como os previstos nos artigos 890 e seguintes, dando, portanto, lugar, a qualquer procedimento especial que seja cabível. O sumário só preferirá, assim, ao procedimento ordinário, nos casos em que cabível conforme a lei<sup>68</sup>.

<sup>66</sup> Lei 10.259/2001, art. 3º: "Compete ao Juizado Especial Federal Cível processar, conciliar e julgar causas de competência da Justiça Federal até o valor de sessenta salários mínimos, bem como executar suas sentenças."

<sup>67</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto, *Curso de Direito Processual Civil*, vol. I, 31ª ed., Forense, Rio de Janeiro, 2000, p. 298. No mesmo sentido, não fosse a consideração de que há facultatividade dos Juizados Especiais, ver DINAMARCO, Cândido Rangel, *Instituições de Direito Processual Civil*, vol. III, São Paulo, Malheiros, 2001, p. 696.

<sup>68</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel, *op. cit.*, pp. 336/7 e 690/5.

Esclareça-se que, apesar de o procedimento sumário ceder diante de um outro especial, o entendimento que tem prevalecido em relação aos Juizados Especiais Estaduais é o de que há facultatividade ou possibilidade de escolha<sup>69</sup>, pelo que, caso se prefira a Justiça comum, o procedimento sumário será cabível nos casos especificados no artigo 275, do Código de Processo Civil. Outra, porém, é a realidade nos Juizados Especiais Federais, considerando-se a competência absoluta destes, fixada no 3º parágrafo, do art. 3º, da Lei 10.259/2001, pelo que neste caso, somente será cabível a propositura de ação pelo procedimento sumário na Justiça Federal comum, quando não for o caso de competência dos Juizados Especiais Federais.

Embora se situe no rol dos procedimentos comuns, o procedimento sumário tem natureza concentrada, em razão da redução de prazos e de possibilidades de respostas (vedando a reconvenção, a ação declaratória incidental, a denunciação da lide, o chamamento ao processo e a nomeação à autoria)<sup>70</sup>, como por alguma restrição probatória (prova técnica de maior complexidade), concentrando-se as fases e atos do processo<sup>71</sup>. Valoriza-se, ainda, o princípio da oralidade, com a realização de duas audiências, uma de conciliação e a outra de instrução e julgamento. Admite o procedimento, também, o pedido contraposto do réu, passando a ação a ter natureza dúplice, e seus recursos não têm revisor, tudo em prol da economia processual<sup>72</sup>.

E ainda que a cognição seja limitada pelas restrições citadas, ela é plena e exauriente<sup>73</sup>. O procedimento sumário, contudo, é forma de tutela diferenciada pela não ordinariade gerada pela necessidade de sua adequação a causas de menor complexidade, seja pelo valor da causa ou pela matéria, onde há possibilidade de concentração do rito, o que permitirá maior celeridade<sup>74</sup> e, conseqüentemente, prestação jurisdicional mais efetiva para estes casos do que o proporcionado pelo procedimento ordinário.

<sup>69</sup> *Idem*, *Instituições...*, vol. I, pp. 472/3, e vol. III, p. 696. Em sentido contrário, ver FUX, Luiz, *Curso de Direito Processual Civil*, Forense, Rio de Janeiro, 2001, p. 462.

<sup>70</sup> A Lei 10.444, de 7.5.2002, alterou a redação do art. 280, do CPC, que passou a ser a seguinte: "Art. 280. No procedimento sumário não são admissíveis a ação declaratória incidental e a intervenção de terceiros, salvo a assistência, o recurso de terceiro prejudicado e a intervenção fundada em contrato de seguro."

<sup>71</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel, *Instituições...*, vol. III, pp. 692/3.

<sup>72</sup> FUX, Luiz, *Curso de Direito Processual Civil*, Forense, Rio de Janeiro, 2001, pp. 459/468.

<sup>73</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel, *Instituições...*, vol. III, p. 693.

<sup>74</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto, *op. cit.*, p. 302.

## 8. Antecipação da tutela

### 8.1. Noções gerais

A antecipação da tutela importa na concessão da tutela jurisdicional antes de seu momento próprio, o que se dá pela necessidade de efetividade do provimento jurisdicional em casos onde há risco de inutilidade do provimento jurisdicional se concedido apenas ao final do processo. Tal necessidade se impõe uma vez que sendo a autotutela, regra geral, vedada, e incumbindo ao Estado, pela inafastabilidade do controle jurisdicional, a solução das lides através do Poder Judiciário, tem este que garantir que a decisão final de mérito adotada seja eficaz e efetiva<sup>75</sup>.

A diferenciação não seria propriamente da tutela mas sim da forma ou momento em que é concedida ou antecipados seus efeitos.

Então, pelo princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional<sup>76</sup> e do direito de acesso à Justiça, tem o Estado o dever de prestar jurisdição, e mais do que isso, o dever de bem prestá-la, porque se esta prestação jurisdicional for tardia, poderá nem vir a ter utilidade e não terá sido, assim, efetiva, não cumprindo o Estado o seu mister de bem solucionar as lides que lhe são submetidas.

Como anteriormente inexistia medida processual genérica que permitisse esta antecipação, era comum haver utilização desregrada e promíscua<sup>77</sup> do processo cautelar com efeitos satisfativos e substanciais, o que chegou a um exagero tal que desnaturou em muitos casos a própria tutela cautelar, cujos requisitos e objetivo são diversos. Ressalta Fux<sup>78</sup> que a busca de uma tutela diferenciada é uma reação natural à geral insatisfação com o processo burocrático ocidental, mormente nas situações de urgência, que visava tornar realidade, e não vã garantia formal, o dogma de que a todo direito corresponde uma ação adequada que o assegura.

---

<sup>75</sup> WAMBIER, Luiz Rodrigues, CORREIA DE ALMEIDA, Flávio Renato, e TALAMINI, Eduardo, *Curso Avançado de Processo Civil*, vol. 1, 3ª ed., São Paulo, RT, 2000, pp. 350/351.

<sup>76</sup> Que a doutrina extrai do art. 5o, XXXV, da Constituição Federal: "A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito".

<sup>77</sup> FUX, Luiz, *Tutela de Segurança e Tutela da Evidência*, Saraiva, São Paulo, 1996, p. 343.

<sup>78</sup> Idem, *Curso de Direito Processual Civil*, Forense, Rio de Janeiro, 2001, pp. 1.286/1.290.

Com as inovações trazidas pela chamada Reforma do Código de Processo Civil, a Lei 8.952/13.12.94, modificando inteiramente a redação do art. 273, do CPC, disciplinou a antecipação de tutela, como instituto processual passível de aplicação em qualquer tipo de processo e procedimento<sup>79</sup>, o que visava atender aos reclamos da sociedade contemporânea, que já não se satisfaz com a prestação jurisdicional morosa, que deixa de atender aos anseios dos que a pleiteavam com maior urgência e viam, muitas vezes, perecer seus direitos em nome de uma absoluta observância dos postulados máximos dos princípios do contraditório e da ampla defesa, inseridos no bojo do devido processo legal (art. 5º, LIV e LV, Constituição Federal).

Esta necessidade decorreu da observância de que em muitos casos apresentados ao Judiciário, a parte autora encontrava-se em situação de desvantagem, pois que assistia a violação de seus direitos, e por ter que aguardar a plena observância do contraditório e da ampla defesa do réu, corria sério risco de ver perecer aquele seu direito, nada podendo fazer sem a interveniência do Poder Judiciário, o qual, entretanto, parecia impotente para garantir uma solução da lide ao mesmo tempo eficaz e de plena cognição<sup>80</sup>.

A antecipação de tutela consiste, assim, numa aparente mitigação do contraditório e da ampla defesa, em nome de outros princípios, como o do tratamento igualitário das partes e da própria efetividade da prestação jurisdicional, corolário maior da inafastabilidade do controle jurisdicional. Assim, atendendo a parte autora a determinados requisitos, e preenchendo a situação apresentada em juízo as condições legais necessárias, poderá o juiz, em despacho fundamentado, conceder o provimento jurisdicional pretendido antes da resposta do réu ou antes das fases probatória e decisória, ou mesmo antes ou durante a fase recursal, como se verá adiante.

A mitigação do contraditório e da ampla defesa é apenas aparente, porque os pressupostos exigidos para a concessão da tutela antecipada, se criteriosamente analisados, trazem em si a imperiosa necessidade daquela antecipação, restando ao

---

<sup>79</sup> FUX, Luiz, *Tutela de Segurança e Tutela da Evidência*, Saraiva, São Paulo, 1996, p. 337. Esclarece Luiz Fux, que a tutela antecipada, conforme a tese por ele proposta, dispensava qualquer autorização legal para ser utilizada, uma vez que o Judiciário tem o poder-dever de solucionar os conflitos intersubjetivos com celeridade e exatidão, o qual é o postulado máximo do princípio da efetividade do processo.

<sup>80</sup> *Ibidem*, p. 338. Os pressupostos da antecipação da tutela são os mesmos da denominada tutela de segurança e tutela de evidência de que trata a obra de Luiz Fux.



réu, contudo, o ônus de demonstrar a ausência destes pressupostos para reverter a situação em seu favor, no que lhe será plenamente garantido o devido processo legal, e seus consectários, o contraditório e a ampla defesa. O que ocorre, portanto, é uma postergação do contraditório em virtude da urgência, e diante da evidência do direito alegado, passando o réu, e não mais o autor, a ter que suportar o ônus do tempo do processo, até o acerto final da lide, pois que a duração do processo não deve causar prejuízo a quem tenha razão.

A modificação principal está na forma de se compreender os princípios do contraditório e da ampla defesa, os quais eram até então vistos como absolutos no sentido de nada poder ser concedido antes de terminada a plena cognição, e antes até de transitar em julgado a decisão final. Tais princípios, entretanto, são absolutos no sentido de deverem ser sempre respeitados em todo e qualquer processo, não sendo possível que se decida definitivamente sem a oportunidade de defesa e da manifestação das partes em todas as fases do processo, não podendo, porém, ser neles inserida a impossibilidade de medidas provisórias, como já acontecia com a tutela cautelar e a própria antecipação de tutela em muitas liminares em mandado de segurança, na ação civil pública, e na ação declaratória de inconstitucionalidade<sup>81</sup>.

Vejamos, então, quais são os pressupostos de admissibilidade da antecipação de tutela.

## 8.2. Pressupostos necessários

O art. 273, do Código de Processo Civil já inicia sua redação dizendo que o juiz “poderá”, o que poderia ser traduzido como uma faculdade<sup>82</sup> do juiz, mas não é. Na verdade, o que se exige do juiz é uma decisão fundamentada, pelo que a faculdade está em ele se convencer ou não do cabimento da medida, mas jamais deixar de apreciá-la, ou considerar presentes seus requisitos e mesmo assim indeferi-la. Destarte, da decisão que defere ou indefere a antecipação da tutela cabe recurso de agravo.

<sup>81</sup> Exemplos citados por WAMBIER, CORREIA DE ALMEIDA e TALAMINI, *Curso Avançado de Processo Civil*, vol. 1, 3ª ed., São Paulo, RT, 2000, p. 353.

<sup>82</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto, *Tutela Jurisdicional de Urgência*, Rio de Janeiro, América Jurídica, 2001, pp. 14/15.

Terá que haver requerimento da parte, não sendo possível a concessão da antecipação da tutela de ofício<sup>83</sup>. Cabe, pois, ao advogado diligente a percepção da necessidade ou não daquela antecipação e, no primeiro caso, apresentar pedido neste sentido, expondo também de forma clara e precisa seus argumentos, principalmente de ordem fática. Nada impede também que nos processos iniciados antes da inovação trazida pela Lei 8.952/94, venha a parte autora postular a antecipação, até porque em muitos casos a necessidade e cabimento desta medida surge mesmo depois de proposta a ação. A lei não faz menção apenas à parte autora, sendo possível, portanto, que o réu também a postule em eventual reconvenção, quando assume posição semelhante a de autor, ou nas ações de natureza dúplice, onde o réu pode, além de se contrapor ao pedido, apresentar pedido próprio.

A antecipação dos chamados efeitos da tutela pode ser total ou parcial, podendo também ser modificada qualitativa e quantitativamente, mas engloba apenas o objeto do pedido formulado na inicial, não sendo possível que o juiz antecipe algo que não fora expressamente pedido como tutela principal<sup>84</sup>, pois que assim fazendo estaria antecipando os efeitos de uma tutela nula, que jamais poderia ser concedida ao final, a não ser por uma sentença *extra* ou *ultra petita*.

Nada impede, porém, que alguma medida de segurança diversa da pretendida seja determinada pelo juízo, desde que suficiente para cessar o dano ou afastar o risco de dano, o que, porém, decorreria do dever geral de cautela de que trata o art. 798, do Código de Processo Civil, e não de uma antecipação da tutela. Aliás, foi neste sentido que houve a recente inclusão de um § 7º, no art. 273, do CPC, através da Lei 10.444, de 7.5.2002, que autoriza o juiz a conceder, desde que presentes seus pressupostos, medida cautelar em caráter incidental, caso tenha sido esta requerida, ainda que a título de antecipação de tutela.

Deve haver prova inequívoca, prova esta que incide, como não poderia deixar de ser, sobre os fatos alegados, já que o direito decorre dos fatos e não precisa ser “provado”.

---

<sup>83</sup> WAMBIER, CORREIA DE ALMEIDA e TALAMINI, *op. cit.*, p. 356. Considerando a regra anacrônica, consulte-se FUX, Luiz, *Tutela de Segurança e Tutela da Evidência*, Saraiva, São Paulo, 1996, pp. 338/9 e nota 391.

<sup>84</sup> Diversa é a posição de FUX, Luiz, *Tutela de Segurança e Tutela da Evidência*, Saraiva, São Paulo, 1996, pp. 340/341, considerando aplicável a fungibilidade no âmbito da segurança, onde não poderá haver exagerado apego ao princípio dispositivo. A fungibilidade que defende, entretanto, não tem relação com a alegada fungibilidade entre a tutela cautelar e a própria antecipação da tutela.

É preciso ainda que o juiz se convença da verossimilhança da alegação. A palavra tem como sinônimo a aparência de verdade, mas aqui tal aparência de verdade não pode cobrir apenas os fundamentos fáticos, para os quais seria mais apropriada, devendo também ser verdadeiros (ou, mais apropriadamente, procedentes), ainda que aparentemente, os fundamentos jurídicos, ou seja, sobre a tese esposada na inicial deve haver uma quase certeza quanto à procedência do pedido. Assim, terá o juiz que se convencer, diante das provas inequívocas quanto aos fatos alegados, que a causa de pedir, composta dos fundamentos fáticos e jurídicos que envolvem a lide, levará, quase com certeza, à procedência do pedido.

Este requisito da quase certeza da procedência do pedido, não se confunde com o *fumus boni iures* que é um dos pressupostos para a concessão da tutela cautelar<sup>85</sup>, porque este apenas analisa a plausibilidade em tese do direito alegado, podendo ser comparado a uma noção de probabilidade, cuja intensidade não precisa ser tão analisada, enquanto a verossimilhança seria uma quase certeza, ou uma probabilidade muito forte. Tal diferença entre estes pressupostos se justifica porque a tutela cautelar servirá à salvaguarda da tutela principal, não consistindo na antecipação desta, pelo que dispensável seria um esforço grandioso para se convencer da maior ou menor probabilidade do direito alegado, bastando que seja meramente plausível a tese.

E afastado este requisito, nem é necessário analisar os demais requisitos para a antecipação da tutela, podendo o juiz, se não convencido desta verossimilhança do direito alegado, já indeferir o pedido de concessão da antecipação da tutela, bastando fundamentar a decisão com as razões que o levam a tal conclusão.

Mas convencido da verossimilhança do direito alegado, diante dos fatos inequivocamente comprovados, passará então a analisar seus outros requisitos, previstos nos incisos I e II, do art. 273, além do que consta de seu parágrafo 2°. Observe que a reunião da verossimilhança com uma das condições de um dos incisos seguintes é absolutamente necessária, o que se verifica pela conjunção “e” existente no final do *caput* do art. 273, ao que se somará também a condição do parágrafo 2°, do mesmo artigo.

O inciso I exige fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, o que pode ser comparado com o requisito do *periculum in mora*, não se exigin-

---

<sup>85</sup> WAMBIER, CORREIA DE ALMEIDA e TALAMINI, *op. cit.*, pp. 353/4.

do aqui necessariamente risco de perecimento do direito, bastando o risco de um dano de difícil reparação. Assim, caberia, neste caso, a providência jurisdicional nominada de tutela de segurança, cujo pressuposto é a urgência ou o *periculum in mora* do próprio direito material da parte, em razão da demora da submissão da pretensão à análise judicial ordinária<sup>86</sup>.

O inciso II vem logo depois da conjunção “ou” aposta no final do inciso I, o que importa dizer que tais condições não são cumulativas, mas sim alternativas. A condição aqui imposta é a da caracterização do abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu, podendo se considerar este incluído naquele. Tais situações são praticamente as mesmas tratadas nos incisos I, II, IV, VI e VII, do art. 17, do CPC, que constituem litigância de má-fé.

Esta hipótese envolve a evidenciação do direito pela resposta do réu, sendo um dos casos que Luiz Fux denomina de tutela de evidência<sup>87</sup>. Sua ocorrência é mais difícil que a do *periculum in mora* do inciso I, e tem que se ter cuidado para que a antecipação de tutela não tenha caráter punitivo, sendo inafastável a configuração do requisito do *caput* (verossimilhança), cuja interpretação agora, depois de verificado o abuso do direito de defesa ou propósito manifestamente protelatório do réu, não pode se contentar com a mera plausibilidade do direito alegado, continuando a ser imprescindível o juízo de quase certeza a que antes se referiu. É claro que, dependendo das circunstâncias do caso concreto ou da própria resposta do réu, o juízo de quase certeza se aflore com veemência, a partir do vazio da resposta do réu, tornando evidente o direito alegado pelo autor, quando nenhum óbice haverá então para a configuração deste pressuposto. O que não é razoável, todavia, é que o juízo, embora não totalmente convencido da verossimilhança, conceda a antecipação apenas porque o réu abusou do direito de defesa.

Temos, ainda, a condição do parágrafo 2º, do art. 273, que impede a concessão da antecipação de tutela, quando houver risco de irreversibilidade do provimento antecipado<sup>88</sup>. Isso significa dizer que deve haver possibilidade de retorno ao

---

<sup>86</sup> FUX, Luiz, *Tutela de Segurança e Tutela da Evidência*, Saraiva, São Paulo, 1996, pp. 50/73, espec. 63/64.

<sup>87</sup> *Ibidem*, pp. 346/347.

<sup>88</sup> WAMBIER, CORREIA DE ALMEIDA e TALAMINI, *op. cit.*, pp. 357/8. Segundo estes autores, considera-se “reversível o provimento (reversíveis os seus efeitos), toda vez que puder haver indenização e que esta seja capaz de efetivamente compensar o dano sofrido.” Mais adiante, afirmam que “o princípio da proporcionalidade recomenda que, ainda que esteja em jogo um interesse rigorosamente não indenizável, devam-se ponderar os valores em jogo, e, em função dessa ponderação, eventualmente, chegar-se a conceder a antecipação.”

*status quo ante*, caso a medida venha a ser revogada ou a tutela a final indeferida. Essa possibilidade deve ser real, e não baseada no ressarcimento da parte prejudicada pela indenização em perdas e danos, porque esta será sempre possível, ao menos juridicamente. O pressuposto dessa reversibilidade é justamente a observância do devido processo legal, bem como do contraditório e da ampla defesa, porque tornando-se irreversível o provimento antecipado, aqueles direitos constitucionais apenas servirão a uma tentativa de indenização do réu pelos danos causados por uma irreversível antecipação da tutela<sup>89</sup>.

Todavia, há situações em que esse risco de irreversibilidade do provimento tira todo o sentido do novo instituto processual criado, permitindo o perecimento do direito postulado, pelo que bom senso tem que servir à apreciação de cada caso, mormente quando o pressuposto da verossimilhança é muito evidente e há mais do que receio de dano irreparável, isto é, há praticamente certeza deste dano, pelo que realmente caberá uma ponderação de valores quando a não antecipação da tutela também gerar uma situação irreversível de perecimento do direito do autor<sup>90</sup>.

A satisfatividade da antecipação da tutela, portanto, não pode ser confundida com a irreversibilidade do provimento, querendo apenas significar que a antecipação coincide, no plano prático e dos fatos, com a própria tutela principal, não sendo medida distinta desta<sup>91</sup>.

Também não se pode dizer que é satisfativa no sentido de que dispensa a decisão definitiva posterior, pois que além de reversível será sempre provisória. Daí, os parágrafos 4º. e 5º., do art. 273, que permitem a revogação ou modificação da tutela antecipada a qualquer tempo, bem como o prosseguimento do processo até o julga-

---

<sup>89</sup>Em crítica contundente a esta posição e ao legislador que inseriu o risco de irreversibilidade como pressuposto para a concessão da antecipação de tutela, consulte-se FUX, Luiz, *Tutela de Segurança e Tutela da Evidência*, Saraiva, São Paulo, 1996, pp. 339/340 e 350/351.

<sup>90</sup>José Carlos Barbosa Moreira, referindo-se ao óbice para a antecipação da tutela previsto no art. 273, § 2º, CPC (quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado), e com nota indicando a obra de Luiz Guilherme Marinoni (A antecipação da tutela, 3ª ed., S. Paulo, 1997, p. 170/1.), menciona que: "Esse óbice poderia ser superado mediante um temperamento ao teor literal do § 2º, no sentido de admitir-se a antecipação da tutela, ainda quando irreversíveis os efeitos em prejuízo de uma das partes, desde que o indeferimento da antecipação, por sua vez, gere perigo de irreversibilidade em prejuízo da outra parte: era precisamente o que aconteceria se, por exemplo, o enfermo em risco de vida, com necessidade premente de intervenção cirúrgica, ficasse impedido de custeá-la por não dispor incontinenti do numerário para isso reservado." ("A Tutela de Urgência num Episódio Recente da História Política Brasileira", in *Temas de Direito Processual*, Sétima Série, São Paulo, Saraiva, 2001, p. 36).

<sup>91</sup>WAMBIER, CORREIA DE ALMEIDA e TALAMINI, *op. cit.*, p. 353.

mento final, além do parágrafo 3º, que tratando do modo de execução<sup>92</sup> da tutela antecipada, diz que ela observará, no que couber, a execução provisória<sup>93</sup>.

O parágrafo 1º. refere-se à necessidade de fundamentação da decisão do juiz que conceder a tutela antecipada, o que também é devido quando a negar, por força da Constituição Federal (art. 93, IX). Esta explicitação se deveu à observação da prática anterior, infelizmente comum, quanto às medidas cautelares, onde apenas se dizia algo como “presentes os pressupostos legais, defiro a liminar”, o que não poderia ser aqui jamais aceito (embora nas cautelares também não pudesse), considerando-se aquela aparente mitigação do contraditório e da ampla defesa trazida pela possibilidade de antecipação da tutela em processos cognitivos em geral, cuja compensação se dava justamente pela possibilidade concedida ao réu de demonstrar o contrário e de afastar aquelas condições, para o que, como óbvio, precisaria saber, de forma clara e precisa, as razões do convencimento do juiz.

Não existe um único momento adequado para a concessão da antecipação da tutela, podendo-se dizer apenas que este momento será aquele em que o juiz estiver convencido de seu cabimento e do preenchimento completo de seus requisitos, o que poderá ocorrer até na sentença<sup>94</sup>, com o objetivo de afastar o eventual efeito suspensivo da apelação, nada impedindo também seja concedida na instância recursal<sup>95</sup>, permitindo desde logo a execução da tutela reconhecida na sentença.

Com o advento da Lei 10.444/7.5.2002, houve o acréscimo de um § 6º, no art. 273, do CPC, que prevê o seguinte: “A tutela antecipada também poderá ser concedida quando um ou mais dos pedidos cumulados, ou parcela deles, mostrar-se incontroverso”. Dispensável seria assim verificar verossimilhança, o risco de demora ou o abuso do direito de resposta, bastando a incontrovérsia do pedido ou de parte dele, para que o juiz esteja autorizado a conceder a antecipação de tutela. Em

<sup>92</sup>Sobre a execução como efetivação vide FUX, Luiz, *Tutela de Segurança e Tutela da Evidência*, Saraiva, São Paulo, 1996, pp. 357/365.

<sup>93</sup>A Lei 10.444/7.5.2002 já trouxe alteração para o parágrafo 3º, do art. 273, do CPC, que compatibiliza a efetivação da tutela antecipada com as alterações sugeridas para o art. 588, relativo à execução provisória da sentença, e com as técnicas de efetivação de tutela específica previstas no art. 461, parágrafos 4º e 5º e 461-A, passando a ter a seguinte redação: “A efetivação da tutela antecipada observará, no que couber e conforme sua natureza, as normas previstas nos arts. 588, 461, §§ 4º e 5º, e 461-A”.

<sup>94</sup>WAMBIER, CORREIA DE ALMEIDA e TALAMINI, *op. cit.*, p. 355.

<sup>95</sup>WAMBIER *et alli*, *op. cit.*, p. 355, e FUX, Luiz, *Tutela de Segurança e Tutela da Evidência*, Saraiva, São Paulo, 1996, p. 355.

termos de tutela de evidência pura seria a única hipótese, pois que as demais exigem a configuração de uma das condições previstas nos incisos I ou II do art. 273, do CPC.

### **8.3. Provimento antecipatório nas obrigações de fazer e de não fazer**

Relativamente ao art. 461 e seus parágrafos, também introduzidos pela Lei 8.952/94, é de se ver que tratam da ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, onde é admitida também a possibilidade da antecipação da tutela, conforme prevê seu parágrafo 3º.. Este dispositivo, porém, substituiu a verossimilhança do direito alegado e receio de dano irreparável ou de difícil reparação do art. 273 pela relevância do fundamento da demanda e justificado receio de ineficácia do provimento final (como no mandado de segurança), passando a configurar estes os únicos pressupostos para a concessão da tutela específica liminarmente ou mediante justificação prévia. Nenhuma menção é feita ao abuso do direito de resposta ou propósito protelatório do réu, ou mesmo à irreversibilidade do provimento antecipatório.

Não tendo o art. 273, do CPC, excluído de seu âmbito as ações condenatórias à obrigação de fazer ou de não fazer, que são cognitivas, as disposições do art. 461, do CPC, poderiam parecer, em princípio, desnecessárias. Contudo, a interpretação aqui cabível é que no caso de ação condenatória à obrigação de fazer ou não fazer, a disciplina aplicável seria a do art. 461 e, eventual e subsidiariamente, a do art. 273, sendo a daquele artigo específica para aquelas ações, onde inclusive há possibilidade de utilização de medidas de apoio, sejam por meios de sub-rogação ou de coerção, estas através da fixação de multa diária ao réu, independentemente de pedido do autor, para obrigá-lo ao cumprimento da tutela específica ou resultado prático equivalente, o que também consta dos artigos 644 e 645, que tiveram suas redações alteradas pela Lei 8.953/13.12.94. Com a recente alteração trazida pela Lei 10.444/7.5.2002, ficou ainda possível ao juiz modificar de ofício o valor ou a periodicidade da multa, caso se torne insuficiente ou excessiva.

De qualquer forma, a impressão que fica é a de que o legislador da reforma processual que introduziu a antecipação da tutela quis garantir as vantagens que este provimento antecipatório traria para a efetividade da tutela em pelo menos um artigo, dada a possibilidade de modificações do texto original ou de vetos, ou, como se diz vulgarmente, “quis cercar por todos os lados”, pois que o tratamento dado pelo art. 273, com pequenas adaptações para as obrigações de fazer ou não

fazer, relativamente às medidas de apoio, além do complemento dos artigos 644 e 645, já seriam suficientes à viabilização e efetivação da tutela antecipada relativamente a estas obrigações de fazer ou não fazer, que requerem satisfação específica.

Por outro lado, poder-se-ia admitir que os parágrafos 4º e 5º do art. 461 também sejam aplicáveis à tutela antecipada regulada pelo art. 273, considerando-se que o conjunto de normas dos artigos 273 e 461 participa de um mesmo sistema legislativo-processual, o que deve merecer cautela, já que a obrigação de dar dispensa, em princípio, os meios de sub-rogação e de coerção, pela existência de outros meios de satisfação do débito, que não importam necessariamente em convolar a obrigação inadimplida em perdas e danos.

Seja como for, o importante é reconhecer que a efetivação (e não execução) do provimento antecipatório deve ocorrer no mesmo procedimento em que foi deferida, dispensando a instauração do processo executivo, para o que se faz mister reconhecer seu caráter de auto-executoriedade e certa carga de mandamentalidade da decisão que a defere<sup>96</sup>.

Restaria, contudo, certa perplexidade quanto à tutela jurisdicional a ser reconhecida ao final da ampla e longa cognição, que diversamente da tutela antecipada não seria efetivada mas sim executada, o que importa num contra-senso, pois onde há a mesma razão deve haver a mesma disposição. E a razão de se efetivar, com mandamentalidade, e não apenas executar, a tutela concedida apenas ao final do processo cognitivo seria ainda maior, pela evidenciação do direito, que a razão que justifica a efetivação da tutela apenas antecipada, de forma ainda provisória, baseada em verossimilhança e urgência ou abuso de direito de defesa. A questão desafia a revisão da autonomia do processo de execução, e recebeu incremento com a mais recente alteração do art. 644, trazida pela Lei 10.444/7.5.2002, que autoriza que a sentença relativa à obrigação de fazer ou não fazer cumpra-se de acordo com o art. 461, observando-se apenas subsidiariamente o capítulo do CPC referente às execuções destas obrigações.

---

<sup>96</sup>FUX, Luiz, *Tutela de Segurança e Tutela da Evidência*, Saraiva, São Paulo, 1996, pp. 127/134.



#### 8.4. Distinção entre antecipação de tutela e tutela cautelar

Por fim, é de se ressaltar a diferença entre a antecipação de tutela e a tutela cautelar, que tanta confusão gerou no início da aplicação do novel dispositivo legal. A tutela cautelar visa a servir ao processo principal, tendo que ensejar medidas que resguardem a efetividade da tutela principal pretendida, não sendo, pois, a antecipação da própria tutela principal. Daí, se diz que a tutela cautelar não é satisfativa, no sentido de que não se confunde com a tutela principal, tendo natureza de proteção de interesses processuais ou instrumentais. Já a antecipação de tutela precipita o que de regra se obteria pelo provimento final de mérito<sup>97</sup>.

A fungibilidade agora trazida pela Lei 10.444/7.5.2002, com a introdução de um § 7º no art. 273, do CPC, não confunde os conceitos entre tutela cautelar e antecipação de tutela, mas permite que se presentes os pressupostos para a tutela cautelar, deva ser ela concedida em caráter incidental ao processo ajuizado, pelo poder geral de cautela do juízo (art. 798, do CPC) mesmo se requerida a título de antecipação de tutela. A fungibilidade autorizaria, inclusive, o oposto, ou seja a concessão de provimento antecipatório ainda que postulado a título de provimento cautelar<sup>98</sup>. Todavia, cabe aqui uma ressalva: não nos parece razoável a concessão de antecipação de tutela principal em sede de ação tipicamente cautelar, pois que isso importaria em confundir a natureza de cada uma dessas tutelas, esgotando-se no processo cautelar propriamente dito a prestação jurisdicional principal, como que a confundir as naturezas específicas de cada um dos provimentos ali possíveis. Ainda que outra seja a realidade do sistema italiano, a verdade é que no Brasil nada impede o poder geral de cautela do juízo no próprio processo de conhecimento, tornando neste, por assim dizer, fungíveis o provimento antecipatório ou o cautelar, não sendo porém de se admitir, ao menos em linha de princípio, que se esgote a tutela principal em sede de processo tipicamente cautelar, ressaltando-se, evidentemente, as chamadas ações cautelares impróprias.

<sup>97</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto, *Tutela Jurisdicional de Urgência*, Rio de Janeiro, América Jurídica, 2001, pp. 3/11.

<sup>98</sup> Sobre o aspecto, e denominando o fenômeno de "duplo sentido vetorial", ver DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Reforma da Reforma*, 3ª ed.. São Paulo: Malheiros, 2002, pp. 90/94 e 104/5. Ver, ainda, em apoio a Dinamarca, BARBOSA MOREIRA, José Carlos. "Tutela de urgência e efetividade do direito", in *Temas de Direito Processual*, Oitava Série. São Paulo: Saraiva, 2004, pp. 89/105, espec. 102/103.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

**ARAÚJO FILHO**, Luiz Paulo da Silva. *Ações Coletivas: a tutela jurisdicional dos direitos individuais homogêneos*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

\_\_\_\_\_. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor - Direito Processual*. São Paulo: Saraiva, 2002.

**BARBOSA MOREIRA**, José Carlos. "A Ação Popular do Direito Brasileiro como Instrumento de Tutela Jurisdicional dos Chamados Interesses Difusos", in *Temas de Direito Processual*, Primeira Série, 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

\_\_\_\_\_. "A Tutela de Urgência num Episódio Recente da História Política Brasileira", in *Temas de Direito Processual*, Sétima Série. São Paulo: Saraiva, 2001.

\_\_\_\_\_. "Efetividade do Processo e Técnica Processual", in *Temas de Direito Processual*, Sexta Série. São Paulo: Saraiva, 1997.

\_\_\_\_\_. "Os Novos Rumos do Processo Civil Brasileiro", in *Temas de Direito Processual*, Sexta Série. São Paulo: Saraiva, 1997.

\_\_\_\_\_. "Tendenze Evolutive del Processo Civile", in *Temas de Direito Processual*, Sexta Série. São Paulo: Saraiva, 1997.

\_\_\_\_\_. "Tutela de urgência e efetividade do direito", in *Temas de Direito Processual*, Oitava Série. São Paulo: Saraiva, 2004.

**BERMUDES**, Sergio. *A Reforma do Código de Processo Civil*, 1.ª ed.. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1995.

**CALAMANDREI**, Piero, *Direito Processual Civil* (tradução de Luiz Abezia e Sandra Drina Fernandes Barbery), São Paulo, BookSeller, 1999, vol. 3.

**CAPPELLETTI**, Mauro e **GARTH**, Bryant. *Acesso à Justiça*, trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CAPPELLETTI, Mauro. "Os Métodos Alternativos de Solução de Conflitos no Quadro do Movimento Universal de Acesso à Justiça", traduzido do inglês por J.C. Barbosa Moreira, *in Revista de Processo*, São Paulo: RT, no. 74, abril-junho/94.

CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro, *Acesso à Justiça: Juizados Especiais Cíveis e Ação Civil Pública*, 2ª ed.. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

CARREIRA ALVIM, José Eduardo. "Antecipação de Tutela no Processo Monitório", *in Revista da Escola de Magistratura Regional Federal*, Tribunal Regional Federal 2ª Região, vol. 4, no. 01, novembro/dezembro/2001. Rio de Janeiro: Ed. América Jurídica, 2001.

\_\_\_\_\_. *Ação Monitória e Temas Polêmicos da Reforma Processual*, 1ª ed., 2ª tiragem. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

\_\_\_\_\_. *Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais Comentada e Anotada*, de CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de *et alii*, 2ª ed.. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

CASTRO MENDES, Aluísio Gonçalves de. *Ações Coletivas no direito comparado e nacional*, Coleção Temas Atuais de Direito Processual Civil, volume 4. São Paulo: RT, 2002.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Saggi di diritto processuale civile*. Roma, s.ed., 1930

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. *Juizados Especiais Federais - Série Pesquisas do CEJ*, 7, do Conselho da Justiça Federal, Brasília - DF, 2001.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Reforma da Reforma*, 3ª ed.. São Paulo: Malheiros, 2002.

\_\_\_\_\_. *Instituições de Direito Processual Civil*, vol. I, São Paulo, Malheiros.

\_\_\_\_\_. *Instituições de Direito Processual Civil*, vol. III. São Paulo: Malheiros, 2001.

FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. *Comentários à Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais*, 3ª ed.. São Paulo: RT, 2000.

FUX, Luiz. *Curso de Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

\_\_\_\_\_. *Juizados Especiais Cíveis e Criminais e Suspensão Condicional do Processo Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

\_\_\_\_\_. *Tutela de Segurança e Tutela da Evidência*. São Paulo: Saraiva, 1996.

**GONZÁLEZ PÉREZ**, Jesús. *El Derecho a la Tutela Jurisdiccional, Tercera Edición*. Madrid: Civitas, 2001.

**PIOVESAN**, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. São Paulo: Max Limonad, 2000.

**PROTO PISANI**, Andrea. *Lezioni di diritto processuale civile, terza edizione*. Napoli: Jovene Editore, 1999.

**TALAMINI**, Eduardo, *Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer*. São Paulo: RT, 2001.

**THEODORO JÚNIOR**, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*, vol. III, 22ª ed.. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

\_\_\_\_\_. *Curso de Direito Processual Civil*, vol. I, 31ª ed., Forense, Rio de Janeiro, 2000.

\_\_\_\_\_. *Tutela Jurisdiccional de Urgência*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2001.

**TUCCI**, José Rogério Cruz e. *Lineamentos da Nova Reforma do CPC*. São Paulo: RT, 2002.

\_\_\_\_\_. *Tempo e processo: uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual (civil e penal)*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1997.

**WAMBIER**, Luiz Rodrigues, **CORREIA DE ALMEIDA**, Flávio Renato, e **TALAMINI**, Eduardo. *Curso Avançado de Processo Civil*, vol. 1, 3ª ed.. São Paulo: RT, 2000.

**WANDERLEI RODRIGUES**, Horácio. "Juizados Especiais Cíveis: inconstitucionalidades, impropriedades e outras questões pertinentes", *in Genesis - Revista de Direito Processual Civil*, Curitiba, Ano I, janeiro-abril de 1996.

## DA ANTECIPAÇÃO DE TUTELA NEGATIVA (Tutela Antecipada em Favor do Réu)

Reis Friede - Desembargador Federal  
Mestre e Doutor em Direito Público

Alguns autores têm sustentado, em face do princípio constitucional da isonomia (ou, mais precisamente, em respeito ao princípio da igualdade das partes), que o instituto da tutela antecipada, previsto no art. 273 do CPC, também deve abranger, de forma ampla, as hipóteses de antecipação da denominada contrapretensão autoral, quando expressamente requerida pelo réu, em sua peça contestatória.

“A parte a que se refere a primeira proposição do caput do artigo é não apenas o autor, como também o Ministério Público, ou o terceiro interveniente. Aludindo à antecipação dos efeitos da tutela ‘pretendida no pedido inicial’ e à ‘verossimilhança da alegação’, obviamente a que fundamenta o pedido, o artigo excluiu a possibilidade de requerimento pelo réu. Não sei, contudo, se, diante do princípio da igualdade, não haverá espaço para a construção de que o pedido possa também ser feito pelo réu, salvo na hipótese do inciso II. Sem me pronunciar sobre ela, apenas suscito a questão, incompatível com a índole deste trabalho, para estimular a facúndia dos processualistas.”

(Sérgio Bermudes in a Reforma do Código de Processo Civil, Freitas Bastos, 1ª. ed., 1995, RJ, págs.35/36)

Muito embora reste evidente a ampla possibilidade de, nas ações dúplices e no caso de reconvenção, o réu pleitear a tutela antecipada, uma vez que o texto do art. 273 do CPC alude a expressão “a requerimento da parte” (e não “a requerimento do autor”)

“Nas ações dúplices ou se estiver reconvindo, o réu pode pleitear a tutela antecipada” (Theotônio Negrão in Código de Processo Civil, 28ª. ed. Saraiva, SP, 1997, p.258)

é certo, por outro lado, que a hipótese vertente caracteriza evidente excepcionalidade, posto que o objetivo último do instituto subexamen é, de forma insuperável, a antecipação dos efeitos da tutela meritória requerida pelo autor (e em favor do mesmo) na própria exordial (quando presente o requisito alternativo previsto no inciso I) ou, após

o oferecimento da contestação (ou da resposta do réu, em suas várias modalidades), na hipótese alternativa do inciso II (abuso do direito de defesa), ainda que, em ambos os casos, a antecipação pretendida só possa ser eventualmente deferida, pelo julgador, após a oitiva do réu (através de audiência específica, de simples petição impugnativa (no prazo de 5 (cinco) dias (art.185 do CPC) ou da apresentação de efetiva contestação (ou qualquer outra forma de resposta do réu)).

De qualquer sorte, os objetivos confessados que nuclearam a concepção originária do instituto, permitindo a sua correspondente incorporação em nossa legislação processual, parece-nos, no mínimo, não satisfeitos, em sua plenitude, considerando que a agilização da prestação jurisdicional, em última análise, poderia se dar, em muitos casos - e sem maiores conseqüências -, na hipótese em que o julgador, particularmente nas questões unicamente de direito, prima facie (por já ter julgado questão idêntica ou, simplesmente, por algum motivo, já possuir entendimento a respeito do tema), já tem o seu juízo meritório concebido nitidamente em desfavor à pretensão autoral, independente da apresentação dos termos da contestação pelo réu.

Nesta situação especial, ao que tudo indica, faltou ao legislador conceber a previsão expressa quanto a um necessário complemento ao instituto processual da tutela antecipada, permitindo, em todos os casos, a antecipação da denominada tutela negativa, em princípio favorável ao réu (e a sua conseqüente pretensão contrária aos termos previstos na exordial), independentemente da apresentação da peça de resposta, viabilizando, em casos específicos, a rápida prestação da tutela jurisdicional, notadamente quando a parte autora encerra pretensão unicamente de direito (plena-mente viável, em qualquer hipótese, sob a ótica processual do preenchimento dos pressupostos processuais e condições genéricas da ação).

A previsão legal modificativa da norma antecipatória em epígrafe, neste particular, necessariamente deveria abranger um novo artigo, fazendo com que o atual art. 273 do CPC ganhasse, a exemplo dos artigos relativos à disciplina da ação monitória, uma alínea a diferencial, permitindo, por efeito, a existência de um art. 273 b, com a expressa previsão normativa quanto às especialidades do instituto da antecipação de tutela negativa, em especial a afirmação de que a tutela negativa pode ser concedida independentemente do exposto requerimento da parte ré, (e, portanto, pode ser deferida ex-offício, antes da citação do réu) e que, na hipótese de interposição, pela parte autora, do competente recurso de apelação, a parte ré deverá ser obrigatória-

mente citada para oferecer contra-razões, conjuntamente com sua resposta (contestação e/ou outras modalidades), ocasião em que poderá ocorrer, excepcionalmente, a revelia (e seus efeitos (ainda que minimizados por se tratar de causa unicamente de direito)) e a própria aquiescência do réu em relação à pretensão autoral.

Em todos os casos, para permitir o efetivo cumprimento dos objetivos do instituto em questão, ou seja, a sinérgica agilização da prestação jurisdicional como um todo, deve ficar clara a efetiva impossibilidade de - uma vez reformado o conteúdo da sentença que, antecipadamente julgou improcedente o pedido autoral meritório pelo tribunal (órgão ad quem), tornando, em consequência, o pedido exordial procedente -, esta nova sentença (acórdão) não ser reconhecida como suficiente para a complementação do princípio constitucional do duplo grau de jurisdição, evitando, desta feita, o retorno, indesejável (sob o ponto-de-vista da celeridade processual), dos autos ao órgão a quo (prolator da sentença definitiva, por antecipação negativa de tutela), exceto para eventual execução da mesma.

“Art.273b - O juiz poderá, independentemente de requerimento da parte, antecipar, através de decisão definitiva, sem necessidade de prévia citação e sem ouvir o réu em resposta, os efeitos negativos da tutela pretendida pela parte autora, desde que, existindo prévio convencimento, forme juízo inicial no sentido de que a pretensão apresentada, quando unicamente de direito, não poderá ser julgada no sentido da procedência do pedido autoral.

§ 1º. Na decisão que antecipar a tutela, o juiz indicará, de modo claro e preciso, as razões de seu convencimento.

§ 2º. Na hipótese de interposição de recurso pela parte autora, o réu será citado para apresentar suas contra-razões, valendo a mesma como efetiva contestação.

§ 3º. Alterados os termos da sentença recorrida, pelo tribunal, e transitada em julgado a decisão, os autos serão encaminhados ao juízo de origem para a eventual execução do julgado.”

Com a eventual aprovação desta modificação legislação, corrigiríamos, ainda que parcialmente, em nosso entendimento, um dos defeitos estruturais da reforma do CPC, posto que a mesma, além de não ter atingido seus objetivos fundamentais no que tange a imprimir maior celeridade processual (uma vez que as principais

inovações introduzidas, como a audiência de conciliação obrigatória (art.331 do CPC), em grande medida, vem contribuindo para uma maior lentidão processual), acabou por conferir, em desprestígio ao princípio do equilíbrio processual e da igualdade de tratamento às partes litigantes, diversas vantagens e privilégios à parte autora, notadamente com o advento da possibilidade de antecipação da tutela meritória autoral (sem equivalente para a parte-ré) prevista nos arts. 273 (tutela geral) e 461 (tutela específica), ambos do CPC, e com a relativa ampliação do alcance dos instrumentos recursais, como previsto no art. 296 do CPC que criou a figura processual da apelação especial (retratativa)



Sentenças

Sentenças



## BREVES OBSERVAÇÕES SOBRE CONDIÇÕES DA AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

A ação de improbidade administrativa é nova e, não apenas por isso, mas também por se prestar a pesado instrumento de pressão política, assaz polêmica; suas conseqüências, reflexas ou diretas, todas gravíssimas, exigem que o intérprete tenha plena consciência do que seus atos pode acarretar à honra e à dignidade do funcionário público, bastando para tanto que seja ultrapassada a fase de defesa prévia, não raro, que simplesmente a inicial não seja inadmitida pelo Juízo, isto aos olhos do povo...O caso a que a sentença se refere talvez possa servir de exemplo do que acima foi dito e, quem sabe, talvez sugerir a outros juízos idéias ou caminhos que permitam àquela ação o atingimento da finalidade de favorecer um melhor controle de legalidade e eficiência da coisa pública, preservando-se a dignidade da pessoa humana - que o funcionário público não deixa de ser, apenas por ser funcionário público...- e a verdadeira função do Poder Judiciário - fazer justiça, e não servir de instrumento para fins políticos, ou outros de pior espécie, nem sempre confessados.

### AÇÃO ORDINÁRIA

**PROCESSO Nº:** 2004.5101003418-6

**AUTOR(ES):** MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

**RÉU(S):** ARMÊNIO ALBINO DA CRUZ FILHO e  
UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO - UFRJ

**JUIZ FEDERAL:** ALBERTO NOGUEIRA JÚNIOR

O MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL propôs Ação Ordinária por atos de improbidade administrativa contra ARMÊNIO ALBINO DA CRUZ FILHO e UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO - UFRJ, alegando que a juíza federal SALETE MARIA POLITA MACCALÓZ foi aprovada e classificada em segundo lugar em Concurso Público para o Cargo de Professor Assistente de Direito do Trabalho da UFRJ, em novembro de 1994, e, "irresignada com irregularidades" surgidas quando da "avaliação dos títulos no citado certame", impetrou ela o Mandado de Segu-

rança no. 95.0014654-1, perante o MM. Juízo Federal da 28ª. Vara/RJ, julgada procedente em 07.03.1996, tendo a sentença respectiva determinado a realização de nova avaliação dos títulos apresentados pela Impetrante e anulado a prova de títulos que fora prestada. O Eg. TRF-2ª. Região, em acórdão proferido em 11.12.1996 e transitado em julgado em 27.11.1997, decidiu no mesmo sentido. Alega o Ministério Público Federal que, “desde então, a Faculdade de Direito da UFRJ foi intimada inúmeras vezes pelo Juízo da 28ª. Vara Federal para dar cabal cumprimento à decisão concessiva da segurança, o que nunca fez, pretextando dificuldades burocráticas”, até que, “em 11.01.2000, a UFRJ informou à 28ª. Vara Federal que já teria dado cumprimento à decisão”. Não obstante, “o alegado cumprimento da sentença consistiu em vergonhoso ato, praticado em 03.01.2000 por Comissão encabeçada pelo 1º. Réu, e integrante também pelos Professores LUIZ ALBERTO SOUZA E SILVA e CELSO MACHADO PAUPÉRIO, que decidiu, “em face do procedimento normal e correto da Banca Examinadora ratificar o resultado final do concurso”. O MM. Juízo Federal da 28ª. Vara/RJ, em decisão de 13.11.2000, “anulou o referido ato da Comissão e estabeleceu uma série de determinações precisas visando o cumprimento da sentença que concedera a segurança, no prazo de sessenta dias”, tendo sido a Faculdade Nacional de Direito da UFRJ intimada da citada decisão em 05.12.2000, “ocasião em que o 1º. Réu já era seu Diretor”. Nova Comissão foi nomeada, agora pelo 1º. Réu, em 04.01.2001, com o objetivo de examinar os títulos dos candidatos àquele certame, “presidida pelo Prof. FRANCISCO DOS SANTOS AMARAL NETO”, “exatamente a autoridade coatora do Mandado de Segurança impetrado pela candidata SALETE MACCALÓZ, o que evidenciava o seu impedimento para presidir a nova Comissão”. Comunicou a candidata o fato ao MM. Juízo Federal da 28ª. Vara/RJ, o qual “requisitou da Faculdade de Direito da UFRJ toda a documentação comprobatória da continuidade do processo seletivo, reservando-se para apreciar a questão ligada à validade da nomeação do Presidente da nova Banca após a oitava da UFRJ”, tendo sido o 1º. Réu “intimado desta decisão em 25.05.2001”. A documentação juntada comprovou “o não cumprimento da decisão judicial”, eis que “não se tinham apresentado, por exemplo, os critérios objetivos de avaliação dos títulos, nem tampouco os atos praticados ligados ao certame haviam sido devidamente publicados, em contrariedade ao que fora determinado em decisão anterior”; diante disso, “o Juízo da 28ª. Vara Federal suspendeu a prova de títulos que havia sido marcada para 04.06.2001, por reconhecer que a conduta adotada até então pela Faculdade de Direito da UFRJ comprometia a higidez do procedimento, mas determinou que os atos necessários ao efetivo cumprimento da decisão”, já ordenados pelo Judiciário, “fossem ultimados”. Ocorre que o 1º. Réu ficou inerte, até que, em 22.02.2002, o MM. Juízo Federal da 28ª. Vara

determinou “a continuidade do processo tendente à realização da prova de títulos, e fixou multa cominatória de mil reais por dia, contados da data da intimação”, o que se verificou em 20.03.2002, contudo, “até agora a sentença ainda não foi cumprida”, montando o débito da UFRJ, “hoje, a mais de setecentos mil reais”, que está a ser executado. Alega o Ministério Público Federal que, “apesar da impugnação ao nome do Presidente da Comissão - Prof. FRANCISCO AMARAL - decorrente do fato de ser ele a autoridade coatora do writ, e da posição já externada pelo Juízo da 28ª. Vara”, “no sentido de que, sob a presidência do mesmo, “o processo seletivo não teria seguimento”, “o 1º. Réu nada fez para alterar a composição da Comissão”, pelo contrário, “manteve a referida autoridade, que marcou a prova de avaliação dos títulos para o dia 1º. de dezembro de 2003”. A candidata não compareceu, “forte no argumento de que a referida autoridade não teria isenção para julgar seus títulos”. Alega, também, que a UFRJ, “nos Embargos a Execução das astreintes”, argumentou no sentido de que “a resistência ao cumprimento da decisão judicial não é da Universidade Federal do Rio de Janeiro, que sequer havia sido intimada até o presente momento (03.10.2003), mas sim da Direção da Faculdade de Direito”, esta também “a conclusão” que “figura no Relatório Final da Comissão de Sindicância constituída pela Portaria 2139 daquela Universidade, que visava apurar diversas irregularidades ocorridas na Faculdade Nacional de Direito”, tendo esta chegado a recomendar “o seu afastamento do cargo de Diretor da Faculdade de Direito da UFRJ, como medida cautelar para que o servidor não venha a influenciar a apuração das irregularidades apontadas”. Alega, ainda, que “tudo indica que o comportamento do 1º. Réu deve-se também ao fato de que, no concurso anulado, sua esposa, Prof. MARIA DA PENHA, desempenhara papel decisivo, como se pode verificar da leitura da petição inicial do mandado de segurança impetrado pela candidata SALETE MACCALÓZ” e que “a política do grupo do 1º. Réu, instalado no poder da Faculdade Nacional de Direito bem antes de sua gestão, tem se marcado pela preocupação de não permitir o ingresso na casa de pessoas que possam representar uma ameaça à sua hegemonia política”. Alega, por fim, que a conduta do 1º. Réu enquadra-se no disposto nos arts. 10; 11, II e V; e 12, I e II, todos da Lei no. 8.429/92. Pediu, assim, o afastamento cautelar do 1º. Réu do cargo de Diretor da Faculdade Nacional de Direito; a citação dos réus; e a procedência da ação, ao final, condenando-se o 1º. Réu nas penas previstas no art. 12, II ou III da Lei no. 8.429/92, bem como os réus nos ônus da sucumbência. (fls. 02/16) Juntou documentos (fls. 17/934).

Remetidos os autos ao MM. Juízo Federal da 27ª. Vara para verificação de possível prevenção (fls. 935), prestou a Secretaria as informações de fls. 936,

com os documentos de fls. 937/948, após o que declinou aquele MM. Juízo da competência (fls. 949).

Distribuídos os autos para esta 10ª. Vara Federal, determinou o MM. Juízo a intimação do 1º. réu para o oferecimento de defesa prévia (fls. 951).

Petição do Ministério Público Federal às fls. 952/953, com o documento de fls. 954, informando o afastamento cautelar do 1º. réu por ato do Magnífico Sr. Reitor da UFRJ, em processo administrativo, pelo prazo de sessenta dias.

Defesa prévia do 1º. réu às fls. 963/994, com os documentos de fls. 995/1241, tendo alegado, em síntese, que a ação de mandado de segurança impetrada perante o MM. Juízo Federal da 28ª. Vara “vem sofrendo vários percalços, tanto pela alteração do Quadro de Professores da Faculdade, quanto pela mudança de Diretores, pelas dificuldades de execução de determinadas ordens, impugnações constantes da autora e atropelos processuais”; assim, “desde o início do processo, ao se tentar intimar a autoridade coatora para a prestação das informações, houve sobressaltos”, uma vez que “o Diretor da Faculdade à época, professor FRANCISCO AMARAL”, não aceitou aquele “status”, tendo em vista que “não era o Presidente da Comissão Julgadora”; informou o então Diretor, porém, quando de Ofício datado de 12.07.1995, que “a tabela de avaliação de títulos foi objeto da Resolução no. 03/94, aprovada pela Congregação em 29.09.1994, bem como o exame dos títulos se deu mediante audiência pública, com a presença de vários alunos”, e, “em 18.8.95”, “encaminhou à Procuradoria Geral da UFRJ, para instruir o mandado de segurança, a tabela com os “Critérios para Avaliação de Títulos na realização de Concursos Públicos e Progressão Funcional dos Docentes”, determinada pela Resolução no. 03/94 da Congregação da Faculdade de Direito, vigente desde 29.09.1994”; “tal Tabela não se destinava exclusivamente aos casos de progressão funcional” e a sentença concessiva da ordem reconheceu este fato, embora tenha entendido ter havido vício consistente “na falta de motivação das Atas conclusivas da Comissão de Avaliação, que não permitiam verificar se os critérios de avaliação dos títulos foram seguidos fielmente pela Banca Examinadora”, entendimento este que também foi o esposado pelo acórdão proferido pela Colenda 4ª Turma do Eg. TRF-2ª. Região; em “19.3.1999, através do Ofício no. 217/99”, o MM. Juízo Federal da 28ª. Vara fixou prazo de dez dias para o cumprimento da ordem do Mandado de Segurança, “vez que o acórdão transitou em julgado em 27.11.97”, tendo a UFRJ, “através de sua advogada específica, não vinculada à Faculdade de Direito”, requerido

a concessão de mais trinta dias para o cumprimento, “vez que haveria a necessidade de convocação de membros da Banca Examinadora, incluindo o examinador externo”; em razão do óbito de uma das componentes da Banca Examinadora, a Profa. DENISE SOUZA SOARES, o então Diretor da Faculdade de Direito, professor AYRTON DA COSTA PAIVA, “solicitou ao Procurador Geral da UFRJ informe sobre como deveria proceder e considerou conveniente requerer novo prazo para o cumprimento da medida”, tendo sido o MM. Juízo Federal da 28ª. Vara comunicado desta medida por petição datada de 28.04.1999; em 06.12.1999, o Sr. Diretor da Faculdade designou, “ad referendum” da Congregação, uma Comissão de Reavaliação de Títulos composta pelos Professores ARMÊNIO ALBINO DA CRUZ FILHO, LUÍS ALBERTO DE SOUZA E SILVA e CELSO MACHADO PAUPÉRIO; ocorre que a respectiva Portaria “nomeou tal Comissão, mas em momento algum determinou que a mesma procedesse de acordo com a decisão judicial, que era desconhecida pela mesma” e aquela era “a primeira vez em que o Professor ARMÊNIO” travava “algum conhecimento da avaliação dos títulos da doutora SALETE MACCALÓZ, as ainda na condição de mero professor”; a Comissão, em decisão de 03.01.2000, houve por bem ratificar os resultados apresentados no concurso anterior e, “em 08.12.2000, o Professor ARMÊNIO ALBINO DA CRUZ FILHO foi nomeado Diretor da Faculdade de Direito”, cargo este que exerce desde então; “no mesmo dia de sua posse, mediante o MEMO 101/2000, de 8.12.2000”, o novo Diretor “encaminhou ao Procurador Geral da UFRJ a documentação referente ao Mandado de Segurança para as providências jurídicas cabíveis”; face a irrisignação da Impetrante, o MM. Juízo Federal da 28ª. Vara, em 13.11.2000, teve por inválida a decisão proferida pela Banca Examinadora e ordenou as seguintes medidas: “a) designação de nova Banca Examinadora, com publicação de edital informando os nomes de seus integrantes; b) obrigação de se constar o prazo de dez dias para eventual impugnação dos escolhidos; c) designação de data para a nova avaliação dos títulos dos candidatos; d) obrigação de constar, no julgamento da prova de títulos, a motivação da atribuição da nota conferida a cada título; e) elaboração do quadro descritivo de pontuação dos títulos para cada candidata”; em “04.01.2001, através da Portaria no. 001, o Diretor da Faculdade, professor ARMÊNIO, designou nova Banca, “ad referendum” da Congregação, composta pelos professores FRANCISCO DOS SANTOS AMARAL NETO, LEONARDO GRECO e JOSÉ ALFREDO RATTON, o primeiro o único titular efetivo da Faculdade de Direito, o segundo titular em estágio probatório, e o último adjunto; ademais, solicitou, através do MEMO 002/01, do mesmo dia, a publicação do edital no prazo de dez dias, conforme decisão judicial, para caso de eventual impugnação”; e, “através da Portaria no. 011, retificou a primeira portaria para fazer constar o prazo de dez dias para impugnações, já requerida para constar no Edital”;

“após a publicação da Portaria no. 011/2001”, e “sem que houvesse qualquer impugnação contra qualquer integrante da Banca Examinadora, foi comunicado ao Presidente da Comissão julgadora tal fato pelo Diretor da Faculdade, a 26.03.2001, razão pela qual poderia o concurso seguir seu intento”; ocorre que, “apesar de não ter impugnado administrativamente a composição da Banca em tempo hábil, a autora do mandamus suscitou, em juízo, a 22.05.2001, o impedimento ou suspeição do professor FRANCISCO AMARAL, em razão de ele ter sido o Diretor da Faculdade de Direito e Presidente da Congregação quando do início da ação, razão pela qual fora apontado como coator; ademais, exigiu a eleição de nova Comissão e a intimação da autoridade coatora para fazer prova da publicação dos critérios de avaliação e da continuidade do processo seletivo”; o MM. Juízo Federal da 28ª. Vara não proferira ainda decisão acerca do impedimento ou da suspeição alegados, quando, “neste interregno, o Presidente da Comissão julgadora, professor FRANCISCO AMARAL, no dia 09.05.2001, designou o dia 05.06.2001, às 12 horas, na sala da Congregação da Faculdade, para a avaliação dos títulos das candidatas, comunicando ainda ao Diretor que já expedira comunicação postal às interessadas”; a professora SALETE MACCALÓZ, “inconformada com o avanço do concurso, requereu nova decisão judicial”, protocolou petição, no dia 04.06.2001, solicitando a suspensão da sessão de avaliação da prova de títulos, o que foi deferido pelo MM. Juízo em 05.6.2001, “até ulterior deliberação” daquele Juízo; em 10.9.2001, requereu a Impetrante que fosse decidido o “eventual impedimento do Professor AMARAL, bem como que se determinasse à autoridade coatora que constituísse nova Comissão e a publicação da tabela valorativa”, além de “aplicação de multa diária por contumácia”; em 30.11.2001, pediu a Impetrante “a juntada da Tabela de Critérios Gerais de Avaliação de Títulos da Universidade do Estado do Rio de Janeiro - instituição de ensino diversa - a fim de atender ao comando sentencial”; finalmente, decidiu o MM. Juízo Federal da 28ª. Vara/RJ determinou que a autoridade impetrada prosseguisse com “as demais etapas do certame, inclusive publicando a tabela valorativa dos critérios objetivos para a prova de títulos, no prazo de dez dias, contados da intimação” da ordem, “sob pena de pagamento de multa diária de mil reais por dia de atraso”, e que “todos os atos administrativos doravante praticados” deveriam ser “imediatamente comunicados” àquele Juízo, à Impetrante e à litisconsorte, “sem prejuízo da necessária publicação no Boletim Interno da Faculdade para conhecimento de terceiros interessados”; “em decorrência de tal decisão, que inexplicavelmente retomou o assunto da publicação da Tabela de Avaliação dos Títulos - ponto este resolvido na sentença de primeira instância, já transitada em julgado - o Diretor da Faculdade de Direito expediu o MEMO no. 51/2002 ao Procurador Geral da UFRJ”, no qual “remeteu



o mandado de intimação no. 335/2002 e a determinação” judicial recebida, e esclarecendo que a Faculdade de Direito “não é Unidade Gestora, não contando, assim, com verba para fazer as despesas necessárias”; no mesmo dia, “através do Ofício no. 30/2002/FND/GD, o Diretor da Faculdade de Direito, professor ARMÊNIO”, enviou ao MM. Juízo Federal da 28ª. Vara/RJ “a Tabela de Critérios para Avaliação de Qualificação para Títulos, formulada pela Faculdade de Direito, Resolução no. 03/94 - CFD” “e Resolução sobre Julgamento de Títulos em Concurso para o Magistério, aprovada em Sessão de 25.10.1974 do Conselho de Coordenação do Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas em obediência ao que decidiu o Conselho Universitário”, além dos “expedientes dirigidos ao Procurador Geral da UFRJ para fazer publicar a tabela valorativa dos critérios objetivos para a prova de títulos do Concurso Público”, “bem como a solicitação da comunicação imediata do presente procedimento” àquele MM. Juízo, à Impetrante e à litisconsorte”; informou, todavia, que “tal procedimento tem que ser feito pela Reitoria da Universidade - Procuradoria Geral, já que a Faculdade de Direito não é Unidade Gestora e, assim sendo, todos os procedimentos que demandem despesas são de responsabilidade da Reitoria”; em 09.5.2002, pelo MEMO no. 73/2002, o Diretor da Faculdade de Direito “comunicou novamente ao Procurador Geral da UFRJ, dentre outras providências, que não é Unidade Gestora e, portanto, que remetia a documentação necessária para o Setor de Publicações, “a fim de ser publicado no Boletim da Universidade”, bem como para que aquele órgão providenciasse “a publicação determinada no no. 01 do segundo parágrafo da Conclusão de fls. 532 do Mandado de Segurança, bem como a comunicação à Impetrante e à litisconsorte”, tendo sido ainda “remetidas cópias deste MEMO para o Reitor, o Sub-Reitor de Patrimônio e Finanças - SR - 3, ao Setor de Publicações e ao Juízo da 28ª. Vara Federal”; o Procurador Geral da UFRJ determinou “à Coordenadoria Administrativa” da Procuradoria Geral que encaminhasse “à DVRH os textos para publicação no DOU e no BUFRJ”; deu-se, porém, que “na movimentação interna do processo na estrutura burocrática da Universidade (e não da Faculdade de Direito), começaram a surgir alguns retardamentos para a efetivação da ordem judicial, especialmente no que toca à publicação da Tabela de valores dos títulos, a saber: 1) 19.06.2002 - publicação da tabela valorativa dos critérios objetivos para a prova de títulos no Boletim da UFRJ; 2) 25 de junho de 2002 - despacho da Relatora, Sra. ROSA CRISTINA DIAS PERES, determinando a devolução do expediente à DRH - SR 4, “para providenciar a publicação do Regulamento do Concurso de Títulos do CCJE”; 3) 12.07.2002 - A Sra. Presidente da CPPD remeteu o expediente ao Sr. Procurador - Geral da UFRJ, “para análise”; em 28.10.2002, através do MEMO no. 185/02/GD/FND/UFRJ, o Diretor da Faculdade de Direito “comunicou detalhadamente, inclusive

com cópia das decisões judiciais, ao Presidente da Comissão Examinadora, tudo o que fora feito para efetivar a avaliação da Dra. SALETE MACCALÓZ e sua concorrente” e que “as demais etapas do certame deveriam ser realizadas, sendo certo que a Direção tomou todas” as medidas possíveis “dentro de suas atribuições”; em 12.03.2003, através da Portaria no. 05, o Diretor da Faculdade de Direito, “levando em conta a aposentadoria do professor JOSÉ ALFREDO RATTON e do pedido do mesmo em não participar mais da referida Comissão Examinadora, resolveu substituí-lo pelo Professor MANOEL CARPENA AMORIM”; em 31.03.2003, a Procuradoria Geral da UFRJ recebeu o Ofício no. 180/2003 - CART, da 28ª. Vara Federal/RJ, o que levou o Sr. Procurador Geral da UFRJ, em 28.10.2003, “portanto, sete meses após ter recebido o Ofício da 28ª. Vara Federal”, a determinar que aquele expediente administrativo fossem publicado, urgentemente, no Diário Oficial; em 17.11.2003, o Magnífico Reitor da UFRJ autorizou a publicação exigida pelo Juízo, no Diário Oficial; em 24.11.2003, houve o recebimento eletrônico da solicitação de publicação do expediente pela Imprensa Nacional, “contudo, mediante resposta por email da própria Imprensa Nacional, a 24.11.2003, às 20.48 h, afirmou-se que “o assunto é de caráter interno, não publicável no DOU, salvo legislação específica”, o que levou o Chefe da Seção de Publicações SG - 4 / DICOM - UFRJ a informar que “a referida matéria” não poderia ser “publicada no DOU”; esta a situação até o presente momento, “apesar das publicações regulares no Boletim da UFRJ e das comunicações ao Juízo”; alega, ainda, que “a Impetrante insiste em considerar tais publicações ilegítimas, malgrado o teor da sentença transitada em julgado e da impossibilidade de publicação de tais atos no Diário Oficial”, e que não fossem as “reiteradas petições ao Juízo, impugnando novamente questões já ultrapassadas e renovando pedidos de suspensão do exame do seu título”, “o novo julgamento, nos termos da sentença imutável, já teria sido pronunciado há tempos”; alega, também, que “a ação se restringe ao não cumprimento da sentença do mandado de segurança impetrado pela Dra. SALETE MACCALÓZ”, a qual “tinha como coatores apontados o PRESIDENTE DA BANCA EXAMINADORA e a CONGREGAÇÃO DA FACULDADE DE DIREITO DA UFRJ, encabeçada pelo Diretor da mesma”, “destarte, a ação somente pode ter como fatos geradores contra o Professor ARMÊNIO os atos do mesmo como Presidente da Banca Examinadora e como Diretor da Faculdade de Direito”, resultando, assim, que “nenhum ato de Diretor anterior ou Presidente de Comissão anterior ao mesmo pode ser atribuído à sua pessoa, sob pena de responsabilização por infração administrativa sem conduta; de qualquer modo, o professor ARMÊNIO apenas foi integrante de Banca, mas não seu Presidente”; em 03.01.2000, o professor ARMÊNIO, “juntamente com outros dois professores, e respaldado pela Congregação, emitiu nova Ata de Reavaliação dos Títulos,

ratificando o resultado anterior, que fora anulado judicialmente; no que toca à Direção da Faculdade, o mesmo tornou-se Diretor no dia 08.12.2000”; que “de forma alguma pode-se acusá-lo de ímprobo em relação a deveres jurídicos exigíveis exclusivamente de outros funcionários da UFRJ”; que o que “a Banca Reavaliadora, composta pelo Professor ARMÊNIO, fez, foi obedecer a uma Portaria do Diretor que não fazia referência a qualquer ordem judicial e respeitar o art. 138 do Regimento Geral da UFRJ”; que “os atuais concursos para Professor Adjunto promovidos pela Faculdade de Direito, cujas Comissões Examinadoras são presididas por professores distintos, seguem o mesmo tipo de procedimento que o adotado pela Banca” referida na inicial, isto é, “nas Atas de avaliação das provas de títulos não consta qualquer especificação de peso atribuídos aos títulos e trabalhos apresentados’, aplicando-se, portanto, “à risca”, “o art. 138 do Regimento Geral da UFRJ”; que houve “violação à coisa julgada”, com “imposição de um ônus desnecessário à Universidade e prejudicial à própria Impetrante, vez que isto foi o principal motivo pelo tamanho retardamento do processo de seleção”, “contudo, mesmo sendo paradoxal tal exigência judicial, a Universidade e a Faculdade de Direito apresentaram novamente tal Tabela e a republicaram algumas vezes”; que “todo o retardo do cumprimento do presente mandamus decorre de uma ordem judicial impossível de ser realizada, de impugnações indevidas por parte de sua própria autora e da falta de atribuição do Diretor da Faculdade de Direito para o exercício de algumas das exigências”, especialmente se for considerado que “esta Unidade não possui autonomia financeira e, portanto, a falta de poderes de gestão por parte do mesmo o impede de proceder à publicação da tabela valorativa de títulos no Diário Oficial”; que o professor FRANCISCO AMARAL não teria como ser considerado suspeito ou impedido, além do que a “margem de escolha” da Faculdade “era mínima”, vez que “estava extremamente carente de professores concursados aptos a examinar as candidatas”, tanto assim que era o professor FRANCISCO AMARAL, “à época, o único titular efetivo disponível para o exame, bem como das exigências regimentais da Universidade para o concurso para Professor Assistente”, ex vi o art. 6º., item 15 do Regimento Geral da UFRJ; que “o professor ARMÊNIO não poderia escolher qualquer professor do quadro da Faculdade, mas apenas aqueles indicados pelo Departamento ao qual a vaga de professor aberta para concurso está submetida” e, consoante o disposto no art. 192, I e parágrafo único daquele mesmo Regimento Geral, um dos poucos com “titulação superior” à das candidatas; que, “até o presente momento”, o 1º. réu “não tomou conhecimento de qualquer decisão judicial pela qual tenha sido o Presidente da Comissão Examinadora, professor FRANCISCO AMARAL, considerado impedido ou suspeito”; que é impossível o enquadramento dos fatos às hipóteses do art.

11 da Lei de Improbidade Administrativa, à falta de “existência de algum elemento subjetivo para o perfeito enquadramento da conduta”, quanto mais o “dolo”; e, por fim, que “a severidade das imputações contra o professor ARMÊNIO exorbita qualquer noção de proporcionalidade”.

Citados os réus (fls. 1244/1245; 1249; e 1261), foi dada vista ao Ministério Público Federal (fls. 1250), tendo o órgão do Parquet se manifestado às fls. 1253/1255, com os documentos de fls. 1256/1257, informando a prorrogação do afastamento cautelar do 1º. réu por ato do Magnífico Reitor da UFRJ.

Pediu o 1º. réu a declaração da nulidade da citação, à falta de decisão acerca da defesa prévia. (fls. 1263/1264), juntando os documentos de fls. 1265/1275.

Às fls. 1276, o MM. Juízo recebeu a ação e determinou nova citação dos réus.

Petição do Ministério Público Federal às fls. 1277/1278, com os documentos de fls. 1279/1335.

Às fls. 1336/1339, o MM. Juízo deferiu o pedido de manutenção liminar do afastamento do 1º. réu do cargo de Diretor da Faculdade de Direito da UFRJ.

Às fls. 1346/1384, com os documentos de fls. 1385/1659, comunicou o 1º réu a interposição de agravo de instrumento contra a decisão de fls. 1276.

Pedido de reconsideração da decisão de fls. 1276, pelo 1º. réu, às fls. 1663/1678.

Comunicação de interposição de agravo de instrumento contra a decisão de fls. 1336/1339 às fls. 1682/1698, com os documentos de fls. 1700/1915.

Contestação de ARMÊNIO ALBINO DA CRUZ FILHO às fls. 1919/1956, com os documentos de fls. 1957/1985.

**É o Relatório.**

Passo a decidir.

PRELIMINARMENTE

Chamo o feito à ordem.

Há vários motivos para se por fim a esta ação.

Assim, já em seu nascedouro, deixou o Ministério Público Federal de instruir a inicial com a cópia, ou os originais, do inquérito civil.

Ora, a juntada do inquérito civil previamente instaurado é condição de procedibilidade da ação de improbidade administrativa.

Como dito por ANTÔNIO ARALDO FERRAZ DAL POZZO, Reflexões sobre a “Defesa Antecipada” na Lei de Improbidade Administrativa, *in* Improbidade Administrativa - Questões Polêmicas e Atuais, Cassio Scarpinella Bueno e Pedro Paulo de Rezende Porto Filho (coord.), Malheiros Editores, 2003, 2ª. ed., p. 97, a respeito do art. 17, § 6º. da Lei no. 8429/92, com a redação dada pela MP no. 2225-45, de 4.9.2001:

“Para cumprir o disposto no referido parágrafo tornou-se obrigatória a instauração de inquérito civil por parte do Ministério Público ou, então, de processo administrativo por parte do órgão competente do Poder Público, mecanismos legais existentes para o exercício do poder instrutório de que eles dispõem.

“Como dissemos acima, inquérito civil sob a égide do princípio do contraditório e da ampla defesa.”

Devendo-se notar que, embora afastado o réu ARMÊNIO ALBINO DA CRUZ FILHO do cargo de Diretor da Faculdade Nacional de Direito - FND/UFRJ, como resultado de medida cautelar administrativa tomada no âmbito de processo administrativo disciplinar, até a presente data não houve conclusão desse processo. (fls. 1985)

E aqui um dano marginal causado ao réu, primeiro no procedimento administrativo, depois por força da decisão de fls. 1276, que será examinada mais adiante.

Como adverte IVAN BARBOSA RIGOLIN:

"(...) Quase nunca a Administração conclui seus processos administrativos no prazo que originalmente lhe é deferido ou naquele recomendável. O usual é nesses casos uma protelação incrivelmente longa do angustiante processo, da qual resultam malefícios, para todos os servidores envolvidos, de um como de outro lado do balcão de julgamento.

"Desnecessário enfatizar que todo e qualquer procedimento disciplinar, desde que se garanta ao acusado a mais ampla e completa defesa, deve ser tanto quanto possível abreviado no tempo. É despidiendo reiterar quão desgastante se torna ver correr, no seio de qualquer repartição pública, por às vezes anos a fio, um cansativo, burocrático e volumoso processo punitivo. Existe desgaste físico, material e moral para todas as partes, acrescido crescentemente à medida que o processo não conclui. (...) Ressalte-se que 120 dias constituem já prazo exageradamente dilatado para qualquer suspensão preventiva ou cautelar de servidor; quase sempre se pode classificar, até mesmo, como persecutória a suspensão por quatro meses. Dificilmente um servidor dará motivo a suspensão disciplinar tão longa, salvo em caso de extrema periculosidade de sua conduta no seio da Administração. Neste caso, porém, aquele comportamento incontido, por vezes escandaloso, já teria sido causa para outro anterior processo por incontinência pública e conduta escandalosa na repartição, na forma do inc. 5º. do art. 132, falta essa punível com a demissão do serviço público."

(Comentários ao Regime Único dos Servidores Públicos Civis, Ed. Saraiva, Ed. Saraiva, 1993, 2ª. ed., p. 250 e 251)

As duas prorrogações de prazo para a conclusão do processo administrativo disciplinar a que está a responder o réu (fls. 1256 e 1985) mostram, creio, o acerto das observações supra.

É certo, por outro lado, que os documentos juntados pelo Ministério Público não podem servir de substitutivo, seja em relação ao inquérito civil que não foi instaurado, seja quanto ao processo administrativo disciplinar que não foi concluído.

E isto porque, quanto ao inquérito civil, nele teria tido o réu oportunidade de participar ativamente do seu desenvolvimento, na forma do art. 5º., LIV da CF/88, com a devida observância do contraditório e da ampla defesa, não se podendo confundir o inquérito civil, de caráter eminentemente contraditório, com o inquérito penal, de natureza inquisitiva, à conta de alguma contaminação sugerida pelo nome semelhante dado àquele procedimento.

Quanto ao processo administrativo disciplinar, porque representaria antecipação de efeitos de decisão ainda não proferida, sequer em definitivo, em âmbito administrativo, e sem que haja lei que expressamente autorize tal hipótese de antecipação de efeitos, mormente tendo por origem ato não da autoridade administrativa processante, mas sim de órgão judicial, em ação judicial inconfundível, autônoma e independência daquele procedimento administrativo.

Ainda quanto à inépcia da inicial, por carência de ação, resultante da falta de interesse jurídico, demonstrado pela ausência de fundamentação suficiente a embasar o pedido autoral.

A ação de improbidade administrativa é uma ação típica.

Significa isto dizer que, para que determinada providência (pedido) seja solicitada, é preciso expor os fundamentos de fato e de direito, colhidos no inquérito civil ou no procedimento administrativo de outro órgão e entidade públicos - não necessariamente aquele em relação ao qual é o agente público vinculado - que conduzam à tipificação do fato gerador da responsabilidade por improbidade administrativa, e assim, conseqüentemente, a determinada sanção dentre as hipóteses elencadas nos incisos do art. 12 da Lei no. 8.429/92.

Assim, por exemplo, se o agente público vier a "aceitar emprego, comissão ou exercer atividade de consultoria ou assessoramento para pessoa física ou jurídica que tenha interesse suscetível de ser atingido ou amparado por ação ou omissão decorrente das atribuições" dele, a hipótese corresponderá à prevista no art. 9º., VIII da Lei no. 8.429/92; ao autor competirá juntar os elementos de fato e de direito, colhidos na esfera do inquérito civil ou de outro procedimento administrativo, que conduzam a uma conclusão de existência da veracidade daquela imputação que é endereçada ao agente público respectivo; e o pedido terá que observar os limites previstos no art. 12, I da mesma Lei.

Se os elementos probatórios colhidos não conduzirem à tipificação daquela hipótese, o fato será atípico, e a ação deverá ser julgada extinta; se o pedido for de aplicação de outras sanções, que não as previstas naquele dispositivo legal, e assim continuar, mesmo em tendo o órgão jurisdicional intimado o autor a emendá-lo, a ação deverá ser igualmente extinta, por falta de interesse; tanto num caso, como noutro, haverá carência de ação por parte do autor.

Daí resulta que o ônus do correto enquadramento dos fatos às hipóteses de incidência típicas previstas na Lei no. 8.429/92 é do autor, já que é dele o poder de iniciativa da ação, e destina-se a prova até então produzida ao convencimento do juízo acerca da existência e da extensão dos fatos constitutivos da improbidade administrativa.

Significa isto dizer, portanto, que não pode o autor pretender transferir ao órgão jurisdicional, ou ao réu, os ônus dos quais compete ao primeiro se desincumbir, já quando da inicial, e quanto a todos os elementos que devem nela estar presentes, sob pena de carência da ação - completa exposição dos fatos e dos fundamentos jurídicos do pedido; adequação dessa "causa petendi" a uma das hipóteses típicas de improbidade administrativa previstas na Lei; e correta formulação do pedido, guardando ele pertinência com aquilo que exposto como típico na "causa petendi".

Contudo, o Ministério Público Federal, às fls. 10, alegou que a conduta do réu teria tipificado o disposto no art. 10, "caput"; admitiu, às fls. 11, que se não fosse assim, "no mínimo ter-se-á que admitir que sua conduta ofendeu diversos princípios que regem a Administração Pública", pelo que "caberia enquadrá-lo no art. 11 da mesma Lei" (fls. 11, último parágrafo); e mesmo ao referir-se ao disposto no art. 11, invocou os incisos II, IV e V (fls. 12, terceiro parágrafo; não bastasse, alegou ainda ser caso de aplicação das penas previstas no art. 12, I "ou, no mínimo, nas sanções cominadas no inciso II do mesmo artigo". (fls. 13, primeiro parágrafo)

Não bastasse, da indeterminação e da generalidade da causa de pedir e dos pedidos, poderia resultar combinação estapafúrdia, tal como o entendimento de que, por culpa, o réu teria violado princípio administrativo (art. 11).

Ora, como observado por EMERSON GARCIA:

" Ante o teor da Lei no. 8429/92 constata-se que apenas os atos que acarretem lesão ao erário público (art. 10) admitem a forma culposa, pois somente aqui tem-se a previsão de sancionamento para tal elemento volitivo. Nas hipóteses de enriquecimento ilícito (art. 9º.) e violação aos princípios administrativos (art. 11), o ato deve ser doloso."

(A Improbidade Administrativa e sua Sistematização, "Jus Navigandi", Teresina, a . 7, n. 86, 27 setembro 2003, disponível em <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=4284>, texto colhido em 10.08.2004)



Salta aos olhos o caráter genérico e indeterminado dos pedidos, a prejudicar sensivelmente a defesa do réu.

Nem o Ministério Público Federal soube dizer que conduta do réu, em específico, teria tipificado ato ou omissão de improbidade administrativa; e qual a sanção que estaria a reclamar, a título de providência judicial.

Note-se que a indeterminação não se limita à espécie da providência requerida, mas também à própria especificação do fato típico culpável acerca do qual teria o réu que responder.

Ora, consoante o disposto no art. 286 do CPC, o pedido deve ser certo e determinado; e as exceções previstas nos incisos I a III deste dispositivo legal, com certeza, não relevam para o caso ora sob exame, tanto que até o valor do prejuízo foi quantificado pelo Ministério Público Federal.

Valho-me das palavras de JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA:

“Normalmente, segundo o art. 286, 1ª. parte, “o pedido deve ser certo ou determinado”. A conjunção “ou” vale aí por “e”: o pedido deve ser certo e determinado. É necessário precisar tanto o objeto imediato (a providência jurisdicional desejada) como o objeto mediato (o bem que se pretende conseguir) do pedido. Por exceção, admite a lei, em três hipóteses (...), a indeterminação do objeto mediato (não do imediato!), ou seja, a formulação de pedido genérico; (...)

“Nesses casos, e somente neles (art. 459, parágrafo único), se não for possível determinar o objeto imediato no curso do próprio processo de conhecimento, o juiz proferirá sentença ilíquida, cuja liquidação se realizará como procedimento preliminar à eventual execução (...), ressalvado, quanto à ação de prestação de contas, o disposto no art. 915, §§ 2º. e 3º.”

(O Novo Processo Civil Brasileiro, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 2002, 22ª. ed., p. 11) (grifos no original)

A inépcia da inicial, resultante da generalidade e da indeterminação das causas de pedir e dos pedidos, outrossim, apenas admitiria saneamento, na forma do art. 284 do CPC, se ainda fosse possível ao Ministério Público Federal não só especificar e delimitar corretamente os fatos que tipificariam alguma conduta do réu como

de improbidade administrativa, incluindo-se aí a narrativa dos atos praticados pelo réu tendentes a demonstrar sua culpa, mas também adequar o pedido à hipótese tipificada na causa de pedir.

Ocorre que a ausência de inquérito civil ou de outro procedimento administrativo em que tenha sido possível ao réu exercer seu direito ao contraditório e à ampla defesa, concluídos em definitivo antes da propositura desta ação de improbidade, torna impossível aquele saneamento, já que um ou outro procedimento constituem-se em condição de procedibilidade da demanda de improbidade administrativa.

Em outros termos: não é possível, a título de saneamento, ao Ministério Público Federal ou à UFRJ, produzir agora algo que, necessária e inevitavelmente, deveria ter antecedido a propositura desta ação de improbidade administrativa, como condição de procedibilidade desta, que é.

É oportuno chamar a atenção para o fato de que as hipóteses previstas nos incisos I a III do art. 12 da Lei no. 8.429/92 não são alternativas ou cumulativas, mas, ao revés, excludentes entre si, por definição.

Novamente nas palavras de DAL POZZO:

"Portanto, para não enveredarmos por uma exegese que conduz ao absurdo, lícito será dizer que, havendo, simultaneamente, a ocorrência de enriquecimento ilícito e de prejuízo ao erário, o enquadramento correto será no inciso I, ficando para o inciso II apenas os casos de prejuízo ao erário sem enriquecimento ilícito. (...)

"Assim, havendo dano ao erário, a hipótese a ser considerada será a do inciso II do art. 12, restando para o seu inciso III apenas os atos de improbidade administrativa que atentem contra os princípios da administração pública (art. 11). Nada mais.

"Como conclusão, temos que caberá ao autor da ação civil por ato de improbidade enquadrar a conduta do sujeito passivo numa das espécies previstas e pedir a aplicação da sanção adequada." (op. cit., p. 92 e 93)

Há ainda outro motivo para se ter por inepta a inicial.

É que a ação de improbidade administrativa pressupõe a existência de ato que tenha se consumado, ou que ainda esteja a se consumir e a exaurir os

efeitos que lhe são próprios; somente então é que se pode falar de possível responsabilidade pessoal do agente público, por ato que praticou ou que deveria ter praticado, já que a tanto legal e regulamentemente obrigado.

Mas, no caso ora sob exame, os atos praticados pelo réu encontram-se ainda sujeitos a apreciação e decisão do MM. Juízo Federal da 28ª. Vara/RJ, nos autos da ação de mandado de segurança no. 95.0014654-1 - cuja sentença, por coincidência, foi de minha lavra, quando Juiz Federal Substituto lá em exercício.

Ora, não é possível responsabilizar-se pessoalmente agente público pela prática de ato cuja validade encontra-se pendente de decisão judicial, em outra causa.

Caso contrário, correr-se-ia o risco de invencível tumulto processual, bastando imaginar-se hipótese na qual este Juízo Federal da 10ª. Vara viesse a condenar o réu, em quaisquer dos pedidos formulados aleatoriamente pelo Ministério Público Federal e, logo a seguir, o MM. Juízo Federal da 28ª. Vara viesse a decidir que os atos por ele praticados não teriam importado em desobediência a ordem judicial, sob o fundamento de que o réu teria sido obstaculizado quando do respectivo cumprimento, seja pela demora da UFRJ na destinação de verba para a publicação do Regulamento no Diário Oficial, seja por igual demora da Procuradoria - Geral da UFRJ ou dos serviços de publicação da Universidade em sua atividade, seja, enfim, por causa da recusa da Imprensa Nacional em publicar aquele expediente.

Na verdade, há várias questões que remanescem pendentes na referida ação de mandado de segurança, todas elas capazes de, a princípio, repercutirem negativamente nesta ação de improbidade administrativa, como verdadeiras questões prejudiciais externas.

Assim, por exemplo, a alegação de que a Impetrante teria deixado de impugnar a designação, como Presidente da Banca Examinadora, do então Diretor da Faculdade Nacional de Direito, Prof. FRANCISCO AMARAL, sequer tendo comparecido à respectiva sessão; ou que, por meio de sucessivas petições, teria alargado o rol das providências para as quais foi a UFRJ, substituída processualmente por aquela autoridade administrativa, condenada em definitivo, segundo o v. acórdão de fls. 66/81, transitado em julgado.

Tudo isto impede que, fora dos autos daquele mandado de segurança, possa ter-se o ora réu como responsável pessoalmente por ilícito, quanto mais por ilícito tipificável como de improbidade administrativa.

Certo, tal óbice não existiria na esfera do procedimento administrativo disciplinar, face a autonomia e a independência entre as instâncias administrativa e judicial.

Isto como conseqüência da aplicação harmoniosa do disposto nos arts. 1525 do CC (1916) - 935 do CC (2002); 126 da Lei no. 8.112/90; 65 e 386 do CPP; e na Súmula no. 18 do Eg. STF.

Contudo, o mesmo não se dá na esfera judicial, relativamente a dois ou mais órgãos jurisdicionais, entre si e no exercício de suas respectivas e legítimas competências, dado o risco de superveniência de decisões contraditórias, como ilustrado pelo exemplo acima formulado.

E é de se atentar para o fato de que, mesmo na órbita administrativa, furtou-se a Administração Pública a adentrar no exame do mérito, do fundo do direito, tal como alegado pelo aqui réu, e ali indiciado (fls. 1982), para tanto tendo a Comissão de Inquérito argumentado com a necessidade de ouvir testemunhas.

Inepta a inicial, deve a ação ser extinta, sem julgamento de mérito.

Mas há ainda um interesse remanescente do réu - o de não ser considerado como tal.

A correta apreciação judicial da defesa prévia do agente público, no rito estabelecido pela MP no. 2225-45, de 04.09.2001, de modo a que tenha ele a possibilidade de vê-la extinta na posição processual de - "notificado" - e não de - "réu", é um direito subjetivo processual que tem, mormente se for lembrado que, em seus registros funcionais, a simples alusão a que respondeu como "réu" em ação de improbidade administrativa poderá servir de fundamento para a restrição a algum direito - no mínimo, poderia prejudicar a indicação do seu nome para o exercício de algum cargo de confiança hierarquicamente mais elevado que o de Diretor de Faculdade da UFRJ.

Daí porque há que reconhecer-se presente o interesse do réu em ter examinada suas alegações de invalidade, ou de nulidade, da decisão de fls. 1276, que admitiu a ação e determinou sua citação.

Entendo que o desenvolvimento da causa, a partir da decisão de fls. 1276, restou viciado de nulidade insanável.

Isto porque a decisão de fls. 1276 não foi objetivamente fundamentada - ao menos, com a profundidade que a ação de improbidade administrativa exige - e, com isto, feriu o disposto no art. 93, IX da CF/88, devendo ser reconsiderada.

As gravíssimas sanções diretas que uma possível condenação em ação de improbidade administrativa pode acarretar - civil, com a obrigação de pagamento de multa civil, de indenização e de perda de bens havidos ilicitamente, em favor do Erário Público; política - suspensão de direitos políticos; administrativa - perda do público; além do efeito antecipatório da condenação, representado pela decretação da indisponibilidade de bens (art. 7º. da Lei no. 8.429/92), e de outras restrições acessórias de direitos - assim, e.g., a proibição de contratar com o Poder Público, ou de receber dele subvenções, benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, por prazos que variam de três a dez anos - e o impacto desastroso e irreparável à imagem e à honra do servidor público que vier a sofrer, cautelar ou antecipadamente, quaisquer um dos efeitos de tais sanções, levam à necessidade de um exame rigoroso, por parte do juiz, quando do recebimento da inicial ou de decisão sobre se é cabível a citação do servidor público, após sua defesa prévia.

Não é possível admitir-se que, já na inicial, venha o servidor público a ser acusado sem que provas minimamente constituídas tenham sido juntadas; ou, ainda, que após a defesa prévia, venha o servidor a ser citado - quanto mais, afastado liminarmente do exercício de seu cargo público - se o quadro fático - probatório produzido não sustentar as graves imputações feitas quando da inicial, embora até então tenha sido possível conferir-se às provas existentes nos autos certo grau de veracidade, tudo isto a pretexto de decidir-se em definitivo mais adiante, depois de toda a instrução probatória.

O verdadeiro estigma social que a mera tramitação de uma ação como a de improbidade administrativa representa impõe, a meu ver, ao órgão julgador, objetiva e profunda apreciação da admissibilidade desta ação, desde a inicial e até o seu final julgamento; e tanto isso foi desejado pelo próprio legislador, que fez ele constar norma aparentemente redundante no corpo da Lei no. 8.249/92- refiro-me ao art. 17, § 11, que diz: “Em qualquer fase do processo, *reconhecida a inadequação da ação de improbidade, o juiz extinguirá o processo sem julgamento do mérito*”. (grifei) Ora, se falta à ação o pressuposto de sua adequação, seja esta formal, pelo não preenchimento de alguma condição de procedibilidade - assim, e.g., representação que não atenda aos elementos previstos no art. 14, § 1º. da Lei no. 8.249/92, ou por não se constituir o pretense réu servidor ou agente público, ainda que segundo a larga acepção dada a esses termos pelo art. 2º. da mesma lei - seja, inclusive, do ponto de vista material - já com a inicial é manifesta a inexistência de quaisquer das hipóteses elencadas nos arts. 9º. a 11 da Lei, conseqüentemente, igualmente mostra-se inexistente ou temerária a imputação de improbidade administrativa - a hipótese, aplicando-se o sistema do CPC, teria que ser, forçosamente, de extinção da ação, com fulcro no art. 267, IV ou VI, ou no art. 295, e isto a qualquer tempo e grau de jurisdição, na forma do art. 301, § 4º. do CPC. Daí a conclusão de que o legislador, com a norma contida no art. 17, § 11 da Lei no. 8.429/92, quis reforçar e deixar claro o verdadeiro dever funcional do juiz de, a todo o tempo, controlar a existência, ou a permanência, dos requisitos e condições, quando não do próprio mérito, da ação de improbidade administrativa.

Ainda uma vez recorrendo às palavras de DAL POZZO:

“O simples ajuizamento de ação civil por ato de improbidade administrativa representa uma séria sanção ao sujeito passivo, graças à enorme divulgação que lhe dá a mídia, quase sempre com manchetes sensacionalistas.

“Já se disse que os fatos retratados em letra de imprensa, ou relatados pelo rádio e pela televisão, têm sabor de verdade. Assim, exposto à opinião pública, o réu é condenado por antecipação, conquanto ainda distante o momento em que o Poder Judiciário irá se pronunciar definitivamente sobre o processo. Todavia, sendo julgada improcedente a ação, a divulgação de sua inocência - quando é feita - não tem o mesmo destaque da notícia inicial. Por outro lado, como são demandas demoradas, ao final do processo o patrimônio subjetivo do requerido - sua honra, sua dignidade e prestígio eleitoral - já não mais existe.” (op. cit., p. 90)

Certo, pois, ADILSON ABREU DALLARI, ao dizer que:

“De maneira alguma se pode entender que qualquer pessoa pode ser acusada sem qualquer motivo ou propósito, desde que se lhe assegure o direito à ampla defesa. Ter que invocar, em juízo, essa garantia, imotivadamente, como resultado de uma acusação gratuita e desprovida de plausibilidade, já é um constrangimento ilícito.

“São coisas totalmente distintas uma acusação plausível, com relação à qual o acusado se revele, ao final, inocente, e uma acusação despropositada, fruto do puro descuido, da simples negligência no exercício de função pública, para não falar até mesmo de dolo.”

(Limitações à Atuação do Ministério Público na Ação Civil Pública, in Improbidade Administrativa - Questões Polêmicas e Atuais, Cásio Scarpinella Bueno e Pedro Paulo de Rezende Porto Filho (coord.) et alii, Malheiros Editores, 2003, p. 38)

Outra vez, nas palavras de EMERSON GARCIA:

“(...) Assim, à improbidade formal deve estar associada à improbidade material, a qual não restará configurada quando a distorção comportamental do agente importar em lesão ou enriquecimento de ínfimo ou de nenhum valor; bem como quando a inobservância dos princípios administrativos, além daqueles caracteres, importar em erro de direito escusável ou não assumir contornos aptos a comprometer a consecução do bem comum (art. 3º., IV da CR/88). (...)”.

(op. cit.)

No mesmo sentido, MAURO ROBERTO GOMES DE MATTOS:

“Não é necessária a prova incontestável do ato de improbidade administrativa, mas para o ingresso com a competente ação o seu autor não poderá lastrear razões no “ouviu dizer” ou em notícias de jornais, pois é necessário para o exercício lícito do direito de acionar que haja indícios ou justificativas capazes de justificar o ingresso no Judiciário, sem que ocorra abuso de direito, por parte do autor da lide (...)”.

(O Limite da Improbidade Administrativa, América Jurídica, Brasília, 2004, p. 521)

Ora, fundamentar uma decisão significa demonstrar o raciocínio desenvolvido para que se possa verificar, ao final, se é ela justa ou não, de modo a que se conclua se não resultou de puro arbítrio. Há que se sopesar os fatos, tais como provados, e as alegações, e mostrar, dialeticamente, como o juiz chegou à conclusão que chegou.

Nas palavras de NÉLSON NERY JÚNIOR:

“Fundamentar significa o magistrado dar as razões, de fato e de direito, que o convenceram a decidir a questão daquela maneira. A fundamental tem implicação substancial e não meramente formal, donde é lícito concluir que o juiz deve analisar as questões postas a seu julgamento, exteriorizando a base fundamental de sua decisão. Não se constituem “substancialmente” fundamentadas as decisões que afirmam que “segundo os documentos e testemunhas ouvidas no processo, o autor tem razão, motivo por que julgou procedente o pedido”. Essa decisão é nula porque lhe falta fundamentação.”

(Princípios do Processo Civil na Constituição Federal, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2002, 7ª. ed., p. 183)

Assim, como dito quando da ACR no. 96.02.342188-RJ, TRF-2ª. Região, 1ª. Turma, Rel. Des. Fed. Maria Helena Cisne, julg.: 12.3.1997, dec. un. pub. DJU 29.4.1997, p. 28.465, cuja respectiva ementa passo a transcrever, em parte:

“PENAL. CRIME DE CORRUPÇÃO PASSIVA. ART. 317 DO CP. PRINCÍPIO DO LIVRE CONVENCIMENTO DO MAGISTRADO. ABSOLVIÇÃO POR INSUFICIÊNCIA DE PROVA.

A MOTIVAÇÃO DA SENTENÇA, ORDENAMENTO DE MATRIZ CONSTITUCIONAL ALENCADA NO ART. 93, IX DA CARTA MAGNA, É O ATO PELO QUAL O JUIZ EMITE SUA VONTADE, EXPÕE SEU RACIOCÍNIO, DESENVOLVE SUAS IDÉIAS, EM SUMA, FORNECE AS RAZÕES DE FATO E DE DIREITO QUE EMBASAM A DECISÃO RECORRIDA. NÃO CARACTERIZA AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO OU FUNDAMENTAÇÃO O FATO DE O MAGISTRADO REFERIRSE, PARA BASEAR SUA CONVICÇÃO, ÀS TESTEMUNHAS OUVIDAS EMJUÍZO. (...)”.

Basta a leitura da decisão de fls. 1276 para concluir-se que não se houve com a devida observância do princípio supra mencionado.

Transcrevo-a, pois:



“Chamo o feito à ordem. Recebo a ação, nos termos do art. 17, pg. 9º. da Lei no. 8429/92, *face aos fortes indícios de irregularidade quanto aos atos investigados*. Decorrido o prazo recursal (10 dias) conforme art. 17, pg. 10/L. 8429, cite-se o 1º. réu para apresentação de contestação, bem como a UFRJ, observando em relação a esta última o preceituado no art. 6º., 3º. da Lei 4717/65 quanto à abstenção da contestação ou a formação de litisconsórcio com o autor.” (grifei)

A motivação das decisões judiciais é um direito e também uma garantia e compreende: “1) O enunciado das escolhas do juiz, com relação: a) à individualização das normas aplicáveis; b) à análise dos fatos; c) a sua qualificação jurídica; d) às conseqüências jurídicas delas decorrentes. 2) Os anexos de implicação e coerência entre os referidos enunciados.” (RUI PORTANOVA, *Princípios do Processo Civil*, Livraria do Advogado, 2003, 5ª. ed., p. 247, reportando-se, ainda, a MICHELE TARUFFO e ADA PELLEGRINI GRINOVER).

“Data máxima vênia”, a que “fortes indícios de irregularidades” a decisão referiu-se ? E como chegou à conclusão de que, além de existentes, eram “fortes”, sem que tivesse apreciado qualquer uma das alegações produzidas quando da defesa prévia do 1º. réu ?

A manifesta ausência de uma devida e objetiva fundamentação da decisão de fls. 1276 já levaria à decretação de nulidade de todos os atos a partir dela, inclusive, por expresse imperativo constitucional.

A respeito, vale lembrar, novamente com NÉLSON NERY JÚNIOR, que é:

“Interessante observar que normalmente a Constituição Federal não contém norma sancionadora, sendo simplesmente descritiva e principiológica, afirmando direitos e impondo deveres. Mas a falta de motivação é vício de tamanha gravidade que o legislador constituinte, abandonando a técnica de elaboração da Constituição, cominou no próprio texto constitucional a pena de nulidade.” (op. cit., p. 184)

Sendo que, em sede de ação de improbidade administrativa, o juiz “não poderá relegar o exame dessas questões para o final, como às vezes ocorrida

quanto às preliminares argüidas em contestação”. (ANTÔNIO ARALDO FERRAZ DAL POZZO, Reflexões sobre a “Defesa Antecipada” na Lei de Improbidade Administrativa, in Improbidade Administrativa - Questões Polêmicas e Atuais, Cássio Scarpinella Bueno e Pedro Paulo de Rezende Porto Filho (coord.), op. cit., p. 103)

O réu ARMÊNIO ALBINO DA CRUZ FILHO foi afastado liminarmente do exercício do cargo de Diretor da Faculdade de Direito da UFRJ.

Deve-se salientar, inicialmente, que o exercício do cargo público para o qual foi nomeado e investido é um dos principais direitos dos funcionários públicos; tanto assim, que pode ele exigir ser empossado, desde que previamente aprovado em concurso público. (Súmula no. 16 STF)

A decisão de afastamento liminar, ou antecipatória, de servidor público do exercício do cargo para o qual nomeado, também por esta razão, exige a pela exposição, pelo órgão julgador, da existência dos  fatos apontados como ilícitos, e da necessidade da medida de afastamento, como único instrumento adequado bastante para resguardar-se a instrução probatória.

Em se tratando de ação de improbidade administrativa, exige-se ainda a tipicidade da conduta, assim como a demonstração da existência do elemento subjetivo - o dolo, ou a culpa - por parte do agente.

Como decidido quando do Inquérito no. 95.04.558062-RS, TRF-4ª Região, 1ª. Seção, Rel. Juiz Gilson Dipp, dec. un. pub. DJU 18.9.1996, p. 69.722, acerca do crime de prevaricação, mas que é aplicável, mutatis mutandis, ao ilícito de improbidade administrativa, “ausente o dolo para o retardamento, atípica é a conduta. Omissão administrativa, quando ausente a má - fé ou a improbidade, não se confunde com o elemento subjetivo necessário para a configuração do delito”.

Ou, ainda, como dito quando do REO no. 185968-PE, TRF-5ª. Região, 2ª. Turma, Rel. Des. Fed. Araken Mariz, dec. un. pub. DJU 26.10.2001, p. 1324:

“CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE. PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. DOLO. INEXISTÊNCIA. PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE.  
DE ACORDO COM A LEI no. 8429/92 CONSISTE EM IMPROBIDADE

ADMINISTRATIVA A OMISSÃO OU O RETARDAMENTO DA PRÁTICA DE ATO DE OFÍCIO.

APESAR DE TAL CIRCUNSTÂNCIA SER DEFINIDA COMO ATENTATÓRIA AOS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, A APLICAÇÃO DO COMANDO LEGAL NÃO PODE PRESCINDIR DE PONDERAÇÕES ACERCA DO PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE.

NÃO TENDO SIDO CARACTERIZADA A INTENÇÃO MANIFESTA DE MITIGAR A MORALIDADE ADMINISTRATIVA, O QUE AFASTA A PRESENÇA DO DOLO NA CONDUTA DO AGENTE POLÍTICO, INJUSTIFICÁVEL O ENQUADRAMENTO DA QUESTÃO COMO IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA.

O ENVIO DAS COMUNICAÇÕES EXIGIDAS CONSOANTE O ART. 2º DA LEI no. 9452/97, ACERCA DA LIBERAÇÃO DE VERBAS FEDERAIS EM FAVOR DA EDILIDADE, MESMO QUE EXTEMPORANEAMENTE, NÃO IMPLICA, POR SI SÓ, A FALTA DE TRANSPARÊNCIA NA GESTÃO DA COISA PÚBLICA.

REMESSA OFICIAL IMPROVIDA.”

De forma semelhante, a decisão proferida quando do julgamento do AI no. 2003.01.000335385-DF, TRF-1ª. Região, 1ª. Turma, Rel. Des. Fed. José Amílcar Machado, dec. un. pub. DJU 09.7.2004, p. 45, cuja respectiva ementa passo a transcrever em parte:

“PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO DE SENTENÇA RELATIVA AO REAJUSTE DE 28,86% (VINTE E OITO VÍRGULA OITENTA E SEIS POR CENTO). TÍTULO EXECUTIVO JUDICIAL. RESPONSABILIZAÇÃO DE SERVIDOR PÚBLICO MEDIANTE IMPOSIÇÃO DE MULTA PESSOAL POR DIA DE ATRASO E INFRAÇÃO À LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. REGIME LEGAL. IMPOSSIBILIDADE. (...) 3. A PRÁTICA DE ATOS DE OFÍCIO, PELO SERVIDOR PÚBLICO, PARA FINS DE CARACTERIZAÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE ORDEM JUDICIAL, MEDIANTE RETARDO OU OMISSÃO INDEVIDOS, ENSEJAM INSTAURAÇÃO DO PROCEDIMENTO ADEQUADO, NA ESFERA ADMINISTRATIVA E PENAL, SENDO INDEVIDA A AMEAÇA PREMATURA DE PRISÃO E PAGAMENTO DE MULTA REVESTIDOS DE CARÁTER PESSOAL, COMO MEIOS COATIVOS DE CUMPRIMENTO DE ORDEM JUDICIAL, SEM QUE HAJA A VERIFICAÇÃO DE OUTROS ELEMENTOS PARA QUE SE POSSA COGITAR DE SUA EVENTUAL INCIDÊNCIA. (...)”.

Assim também a decisão proferida quando do julgamento do RESP no. 550.135-MG, STJ, 1ª. Turma, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, julg.: 17.2.2004, dec. un. pub. DJU 08.3.2004, cuja respectiva ementa passo a transcrever:

“PROCESSO CIVIL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. MEDIDA CAUTELAR DE AFASTAMENTO DE CARGO. INTELIGÊNCIA DO ART. 20 DA LEI no. 8429/92.

Segundo o art. 20, “caput” da Lei no. 8.429/92, a perda da função pública e a suspensão dos direitos políticos, como sanção por improbidade administrativa, só se efetivam com o trânsito em julgado da sentença condenatória. Assim, o afastamento cautelar do agente de seu cargo, previsto no parágrafo único, somente se legitima como medida excepcional, quando for manifesta sua indispensabilidade. A observância dessas exigências se mostra ainda mais pertinente em casos de mandato eletivo, cuja suspensão, considerada a temporariedade do cargo e a natural demora na instrução de ações de improbidade, pode, na prática, acarretar a própria perda definitiva.

A situação de excepcionalidade não se configura sem a demonstração de um comportamento do agente público que importe efetiva ameaça à instrução do processo. Não basta, para tal, a mera cogitação teórica da possibilidade de sua ocorrência.

Para configuração da indispensabilidade da medida é necessário que o resultado a que visa não possa ser obtido por outros meios que não comprometam o bem jurídico protegido pela norma, ou seja, o exercício do cargo. Assim, não é cabível a medida cautelar de suspensão se destinada a evitar que o agente promova a alteração de local a ser periciado, pois tal perigo pode ser contornado por simples medida cautelar de produção antecipada de prova pericial, nos exatos termos dos arts. 849 a 851 do CPC, meio muito mais eficiente que a medida drástica postulada.

Recurso especial provido.”

Não é possível, assim, alegar-se vagamente a possível risco que o agente público venha a representar para a instrução probatória na ação de improbidade administrativa; há que demonstrar-se, objetivamente, a existência de semelhante risco.

Como dito quando do RESP no. 550135-MG, Rel. Min. Teori Albri Zavascki, já mencionado:

“Sem a alegação de existência efetiva de uma ameaça ao processo, o deferimento da medida equivale a tornar regra o que é exceção: em tese, qualquer agente público, especialmente aos prefeitos, detém em sua competência um plexo de poderes ou de influência que, em maior ou menor medida, pode, se indevidamente utilizada, acarretar danos à prova. Assim, a acolher-se as razões

do acórdão, todos deveriam ser desde logo afastados, ante a simples propositura de demanda, o que seria um exagero. Indispensável, portanto, não apenas a alegação teórica da possibilidade de ameaça, mas, no mínimo a da existência de indícios, pelo menos, de algum ato ou comportamento do réu que importem ameaça à instrução do processo.”

Ato ou comportamento que não foram declinados pelo Ministério Público Federal, nem na inicial, nem em qualquer momento posterior.

Quanto à UFRJ, a referida pendência de decisões a serem proferidas na ação de mandado de segurança desde 1994 e até hoje em trâmite no MM. Juízo Federal da 28ª. Vara/RJ obsta a que, do mesmo modo como exposto relativamente a ARMÊNIO ALBINO DA CRUZ FILHO, que se tenha como possível de ter incorrido em improbidade administrativa.

Isto posto, declaro nula e sem efeitos a decisão de fls. 1276, desqualificando ARMÊNIO ALBINO DA CRUZ FILHO como réu, tendo-o apenas por notificado; e julgo extinta a ação, por inépcia da inicial, nos termos do art. 267, IV e VI do CPC. Sem custas, nem honorários advocatícios de sucumbência, contra o Ministério Público Federal, já que não demonstra a existência de evidente má - fé.

Intimem-se, pessoalmente, o Ministério Público Federal e a UFRJ, através da Advocacia da União, desta sentença.

Oficie-se ao Exmo. Sr. Des. Fed. ROGÉRIO CARVALHO, Relator dos AI nos. 2004.51.01003418-6 e 2004.5101003418-6, e ao MM. Juízo Federal da 28ª. Vara/RJ, comunicando-lhes o inteiro teor desta sentença.

Decorrido o prazo legal sem interposição de recurso voluntário, remetam-se os autos ao Eg. TRF-2ª. Região, para reexame obrigatório.

P . R . I .

Rio de Janeiro, 13 de agosto de 2004

**ALBERTO NOGUEIRA JÚNIOR**  
Juiz Federal da 10ª. Vara/RJ



**COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL PARA APRECIAR MANDADO DE SEGURANÇA CONTRA ATO DE PRESIDENTES DOS TRIBUNAIS REGIONAIS DO TRABALHO E ELEITORAL. COBRANÇA DE CONTRIBUIÇÃO DE INATIVOS.**

Não obstante a jurisprudência contrária do Superior Tribunal de Justiça, fulcrada no art. 21, VI, da LOMAN, entendeu o juízo que, nos termos dos dispositivos constitucionais pertinentes, não há como afastar a competência da Justiça Federal na hipótese referida no título.

**MANDADO DE SEGURANÇA**

**PROCESSO Nº:** 2004.5101007432-9

**IMPETRANTE(S):** JOSÉ DE SOUZA PAULO E OUTROS

**IMPETRADO(S):** PRESIDENTE DO TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO  
DA PRIMEIRA REGIÃO E OUTRO

**JUIZ FEDERAL:** FABRÍCIO FERNANDES DE CASTRO

**S E N T E N Ç A**

**I - RELATÓRIO**

**JOSÉ DE SOUZA PAULO, TEREZA RODRIGUES DE ALCANTARA, ANA MARIA BRAGA CAPACCIA, JOSÉ VIDAL e SEBASTIÃO DIAS VIEIRA**, qualificados na petição inicial, impetraram o presente mandado de segurança contra ato do **EXCELENTÍSSIMO SENHOR DESEMBARGADOR PRESIDENTE DO TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA PRIMEIRA REGIÃO** e do **EXCELENTÍSSIMO SENHOR DESEMBARGADOR PRESIDENTE DO TRIBUNAL REGIONAL ELEITORAL DO RIO DE JANEIRO**, pleiteando fosse determinado que as autoridades impetradas se abstenham de efetuar descontos previdenciários nos pagamentos dos impetrantes por aplicação do art. 40 da Constituição da República, com a redação dada pela Emenda Constitucional n.º 41.

Sustentaram, como fundamento do pedido, a inconstitucionalidade da referida emenda.

A petição inicial veio acompanhada da guia de recolhimento de custas de fl. 71e documentos de fls. 40/70.

À fl. 84, este Juízo determinou a emenda da petição inicial, a fim de que fosse corretamente direcionada a demanda.

Às fls. 86/88 veio a emenda.

Na decisão de fl. 89, este Juízo deferiu parcialmente a medida liminar para que fossem depositadas judicialmente as contribuições impugnadas.

O Excelentíssimo Desembargador Presidente do Egrégio Tribunal Regional Eleitoral do Rio de Janeiro prestou as informações de fls. 103/114 argüindo, preliminarmente, a incorreta indicação da autoridade impetrada, ao argumento de que é mero executor das determinações administrativas provenientes do órgão superior da justiça eleitoral e que, nos termos do art. 116, V, da Lei n.º 8.112/90, não poderia deixar de cumprir a ordem recebida sobre a questão posta, visto que não é manifestamente ilegal. Em seguida, ainda em sede de preliminares, apontou a incompetência absoluta da Justiça Federal por força do art. 121 da Constituição da República c/c art. 21, VI da Lei Orgânica da Magistratura. Por fim, em derradeira preliminar, sustentou a impossibilidade de utilização de mandado de segurança para a impugnação de lei em tese. Concluiu no sentido de que a petição inicial não apontou ato ou providência de sua atribuição.

O Excelentíssimo Desembargador Presidente do Egrégio Tribunal Regional do Trabalho da Primeira Região prestou as informações de fls. 116/131, sustentando que o ato impugnado pelos impetrantes decorre do simples cumprimento do texto legal e que não cabe mandado de segurança contra lei em tese. No mérito, pugnou pela improcedência diante da inexistência de inconstitucionalidade.

O Ministério Público Federal pugnou pelo reconhecimento da preliminar de incompetência no parecer de fls. 134/137.

A seguir, vieram os autos conclusos para sentença.



## II - FUNDAMENTAÇÃO

### Da preliminar de incompetência

Sustentam a segunda autoridade impetrada e o Ministério Público Federal, com fulcro no art. 21, VI, da Lei Complementar n.º 35/73, a incompetência da Justiça Federal para processar esta demanda.

Não obstante, a respeito da competência em sede de mandado de segurança, merece transcrição a lição de Celso Agrícola Barbi no sentido de que as “normas para determinação dessa competência encontram-se na Constituição, art. 102, inciso I, letra *d*, no que tange ao Supremo Tribunal Federal; no art. 105, inciso I, letra *b*, no relativo ao Superior Tribunal de Justiça; no art. 108, item I, letra *c*, quanto aos Tribunais Regionais Federais, no art. 109, item VIII, no referente aos Juízes Federais. Nas Constituições dos Estados, quanto aos seus Tribunais, por força do art. 125, §1º da Constituição Federal; nas Leis de Organização Judiciária dos Estados, no pertinente aos juízes estaduais”<sup>1</sup>.

Assim, na esteira do entendimento acima, em se tratando de remédio constitucional, cuja competência para processamento e julgamento está definida na própria Carta Política, as normas infraconstitucionais que o regulamentam somente são aplicáveis quando em harmonia com a Lei Maior.

Portanto, a abertura contida no *caput* do art. 121 da Constituição deve ser interpretada de forma sistemática, de maneira que a Lei Complementar ali referida esteja adequada aos demais dispositivos constitucionais.

Não que o art. 21, VI da Lei Orgânica da Magistratura não tenha sido recepcionado. Apenas a sua utilização, em concreto, não pode ferir o texto constitucional.

Neste sentido, as seguintes ementas:

---

<sup>2</sup> Do mandado de segurança. 10ª ed. p. 81.

CONSTITUCIONAL, ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA CONTRA ATO DO PRESIDENTE DO TRT 11ª REGIÃO. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. ART. 109 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. DIREITO LÍQUIDO E CERTO. INEXISTÊNCIA.

1. A competência para processar e julgar *mandamus* impetrado contra ato administrativo do Presidente do Tribunal Regional do Trabalho, em matéria administrativa, é da Justiça Federal, nos termos do art. 109, da Constituição Federal.

2. É legítimo o ato do Presidente do TRT da 11ª Região que, atendendo à recomendação do TCT, revogou o ato de aposentadoria do impetrante, pelo fato de não contar com 5 anos de efetivo exercício como Juiz temporário, como previa a Lei nº 6.903/81.

3. Não é o mandado de segurança a via processual adequada para resolver controvérsia acerca de tempo de serviço.

4. Apelação a que se nega provimento. TRF1. 1ª Turma. AMS n.º 01000154087. Relator Desembargador Federal LUIZ GONZAGA BARBOSA MOREIRA.

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA CONTRA ATO DO PRESIDENTE DA COMISSÃO DE CONCURSO PARA JUIZ DO TRABALHO. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL.

1. Compete à Justiça Federal processar e julgar mandado de segurança impetrado contra ato do Presidente da Comissão de Concurso para Juiz do Trabalho, uma vez que, no exercício de tal função, pratica atos de natureza administrativa. Precedentes deste Tribunal.

2. Agravo de Instrumento provido. TRF1. 5ª Turma. AG n.º 01001142924. Relator Desembargador Federal FAGUNDES DE DEUS.

Observe-se que, embora os julgados acima digam respeito somente a Presidente de Tribunal Regional do Trabalho, os fundamentos e conclusões são idênticos no que se refere aos Presidentes dos Tribunais Regionais Eleitorais, com o acréscimo do que foi dito acima sobre a correta interpretação do art. 121, *caput* da Carta Política.

### **Da preliminar de incorreta indicação da autoridade impetrada**

Sustenta a primeira autoridade impetrada que somente estaria cumprindo expressa determinação legal, não dispondo de poderes para afastar a incidência da norma. No mesmo sentido a segunda autoridade quanto às determinações do Colendo Tribunal Superior Eleitoral.

Nesse ponto, valho-me, mais uma vez, das lições de Barbi:

**107. Ato violador baseado em lei** - O caso mais simples é aquele em que a autoridade executora da lei - usada esta última palavra no sentido estrito de regra geral elaborada pelo Poder Legislativo - age em desacordo com ela, ou também quando, tendo cumprido estritamente a lei ordinária, esta violou o texto constitucional. São pacíficas a doutrina e a jurisprudência no sentido de que, nessas hipóteses, autoridade coatora é aquela que praticou o ato que particularmente violou o direito do autor. Os órgãos elaboradores da lei não são chamados a juízo, resolvendo-se a controvérsia apenas com o pedido de informações ao autor do ato impugnado. *Mesmo que essa autoridade se tenha limitado a cumprir estritamente a lei inconstitucional*, esta seria, em relação ao impetrante, apenas a causa mediata da lesão, porque a causa imediata seria o ato da autoridade que aplicou a lei.

**108. Ato violador baseado em decisões normativas** - Maior dificuldade e alguma divergência surgem quando o ato violador do direito foi praticado em cumprimento de regulamentos, instruções de ordem geral, portarias etc. Nesses casos, se regulamentos, instruções ou portarias violaram a lei, tende a maioria dos doutos à conclusão de que esses atos gerais incorporam-se à legislação do país e, portanto, o ato a ser impugnado é o de aplicação dessas normas e não o de produção das mesmas. *É, portanto, o ato que concretizou a norma geral que constitui o violador do direito do cidadão, e a autoridade que o praticou será a verdadeira coatora*" <sup>2</sup>(grifei).

Desta feita, haja vista que as autoridades impetradas são responsáveis pelas folhas de pagamentos dos impetrantes de suas respectivas cortes, nas quais são efetuados os descontos a título da contribuição impugnada, correta a sua indicação na qualidade de autoridades impetradas.

### **Das preliminares de inadequação do mandado de segurança para a impugnação de lei em tese e de ausência de indicação do ato coator**

O pedido, tal como formulado na petição inicial, deixa bem claro que o que os impetrantes pretendem é que não lhes seja descontada a contribuição prevista na Emenda Constitucional n.º 41 de 2003.

---

<sup>2</sup> Ob. cit. p. 83.

Portanto, a inconstitucionalidade, aqui, é mera causa de pedir mediata, perfeitamente adequada ao sistema misto de controle de constitucionalidade adotado no Brasil.

No mais, insere-se nas atribuições administrativas das autoridades impetradas o poder, ainda que vinculado, de determinar a suspensão dos recolhimentos guerreados.

Rejeito, pois, todas as preliminares.

### **Do mérito**

No mérito, diante do efeito vinculante do julgamento da Ação Direita de Inconstitucionalidade n.º 3105, impõe-se o acompanhamento da decisão proferida pelo Excelso Supremo Tribunal Federal, veiculada no item de notícias do sítio [www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br), no dia 18 de agosto deste ano, no seguinte sentido:

Por sete votos a quatro, o Supremo Tribunal Federal considerou constitucional a cobrança de inativos e pensionistas instituída no artigo 4º da Emenda Constitucional (EC) 41/03.

Votaram pela cobrança os ministros Cezar Peluso, Eros Grau, Gilmar Mendes, Carlos Velloso, Joaquim Barbosa, Sepúlveda Pertence e Nelson Jobim. Já a ministra-relatora Ellen Gracie e os ministros Carlos Ayres Britto, Marco Aurélio e Celso de Mello votaram contra a cobrança.

Os ministros que decidiram pela constitucionalidade da cobrança seguiram o voto do ministro Cezar Peluso, que fez ressalva quanto à instituição de alíquotas diferentes (incisos I e II do parágrafo único do artigo 4º da EC 41/03) para a contribuição de servidores dos Estados, Municípios e Distrito Federal (50%) e de servidores União (60%). Para ele, o tratamento diferenciado é inconstitucional por ferir o princípio da igualdade.

O resultado prático da decisão do Supremo é que, para todos os inativos e pensionistas, sejam eles federais ou estaduais, a contribuição previdenciária deve incidir somente sobre a parcela dos proventos e pensões que exceder o teto estabelecido no artigo 5º da EC 41/03. O dispositivo fixa em R\$ 2.400 o teto para incidência

da contribuição, devendo esse valor ser atualizado pelos mesmos índices aplicados aos benefícios do Regime Geral de Previdência Social (R\$ 2.508, atualmente).

Impõe-se, destarte, a procedência parcial do pedido.

### III - DISPOSITIVO

Ante o exposto:

**JULGO PROCEDENTE, EM PARTE, O PEDIDO**, nos termos do art. 269, I, do Código de Processo Civil, e **CONCEDO A SEGURANÇA**, para determinar às autoridades impetradas que limitem a aplicação aos impetrantes da Emenda Constitucional n.º 41, no que se refere à cobrança de contribuições previdenciárias, à parcela dos proventos e pensões que exceder o teto estabelecido no artigo 5º da EC 41/03, devendo esse valor ser atualizado pelos mesmos índices aplicados aos benefícios do Regime Geral de Previdência Social (R\$ 2.508, atualmente).

Condeno a União à restituição de metade das custas.

Sem honorários (Sum. 512 STF e 105 STJ).

Sentença sujeita a reexame obrigatório, ante o disposto no art. 12, parágrafo único, da Lei n.º 1.533/51. Oportunamente, encaminhem-se os autos ao Egrégio Tribunal Regional Federal da 2ª Região, com as homenagens de estilo.

P. R. I., cientificando-se as Autoridades Impetradas, o representante do Ministério Público Federal e a Procuradoria da Fazenda Nacional.

Rio de Janeiro, 20 de agosto de 2004.

**FABRÍCIO FERNANDES DE CASTRO**

Juiz Federal Substituto



**A ACP E A DEFESA DA DENOMINAÇÃO “UNIVERSIDADE DO BRASIL” COMO PATRIMÔNIO HISTÓRICO IMATERIAL**

Trata-se de ação civil pública, impetrada pela ASSOCIAÇÃO DOS ANTIGOS ALUNOS DA ESCOLA DE COMUNICAÇÃO DA UFRJ, para defesa do nome “UNIVERSIDADE DO BRASIL”, com fulcro no art. 1º, III, da Lei nº 7.347/1965, para proteção do patrimônio histórico e cultural. A par da interessante discussão acerca do enquadramento da denominação “UNIVERSIDADE DO BRASIL” como patrimônio histórico imaterial, há diversas questões processuais que justificam a escolha do tema, tais como: a legitimidade ativa para a causa da Associação Impetrante; a desnecessidade do interesse exclusivo dos associados; a legitimidade passiva da UFRJ; e o próprio escopo da Ação Civil Pública. Na verdade, a ação consiste em remédio constitucional, que se traduz em relevante instrumento não apenas de controle dos atos administrativos mas também do meio-ambiente e, como no caso em testilha, do patrimônio histórico e cultural ainda que incorpóreo, sendo tarefa da jurisprudência fixar seus contornos.

**AÇÃO CIVIL PÚBLICA**

**PROCESSO Nº:** 2000.5101030834-7

**AUTOR(ES):** ASSOCIAÇÃO DOS ANTIGOS ALUNOS DA ESCOLA DE COMUNICAÇÃO DO RIO DE JANEIRO

**RÉU(S):** UNIÃO FEDERAL  
UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO - UFRJ  
COMPLEXO DE ENSINO SUPERIOR DO BRASIL LTDA.

**JUIZA FEDERAL:** BIANCA STAMATO FERNANDES

**S E N T E N Ç A (Tipo II)**

**ASSOCIAÇÃO DOS ANTIGOS ALUNOS DA ESCOLA DE COMUNICAÇÃO DO RIO DE JANEIRO**, qualificada na inicial, propõe a presente ação civil pública em face da **UNIÃO FEDERAL**, da **UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO** e do **COMPLEXO DE ENSINO SUPERIOR DO BRASIL LTDA.**, pleiteando que seja acrescentado à denominação UFRJ o nome “Universidade do Brasil”.

Aduz, em breve resumo, que o nome “Universidade do Brasil” tem inegável importância histórica e que está sendo usurpado indevidamente por ente de direito privado.

A inicial veio instruída com os documentos de fls. 02/11, com documentos de fls. 13/76.

A fls. 79/81, decisão deferindo a liminar.

Petição da União Federal a fls. 89/104, juntando cópia de agravo de instrumento, na forma do art. 526 do CPC.

Regularmente citada, a Universidade Federal do Rio de Janeiro contestou às fls. 106/126, arguindo, como questões prévias, a inépcia da inicial, ilegitimidade ativa, sua ilegitimidade passiva, impossibilidade jurídica do pedido, litisconsórcio passivo necessário, e a prescrição quinquenal. No mérito, sustenta a improcedência do pedido.

Citada, a UNIÃO apresentou contestação no prazo legal, conforme fls. 130/144, suscitando as mesmas questões que a UFRJ.

Réplica às fls. 146/147, com documentos de fls. 148/155.

A fls. 168/169, petição da associação autora requerendo a juntada de documentos de fls. 170/179.

A fls. 196, decisão determinando a inclusão de Clemerson Merlin Clève no pólo passivo.

Ofício do E. TRF da 2ª Região a fls. 199, dando notícia de que foi dado parcial provimento ao agravo regimental impetrado pela UFRJ, para conferir efeito suspensivo ao agravo de instrumento.

A fls. 229, despacho determinando a intimação das partes para especificação de provas.



A fls. 233/236, petição da autora juntando documentos de fls. 241/270 e requerendo prova oral.

A fls. 275/276, a União e a UFRJ manifestam-se pela ausência de provas a produzir.

A fls. 278, petição da Autora desistindo da prova oral.

A fls. 279-v, cota do i. presentante do MPF requerendo a inclusão da Universidade do Brasil como litisconsorte passivo necessário.

A fls. 281/285, petição do Complexo de Ensino Superior do Brasil, requerendo a sua inclusão no pólo passivo no lugar de Clemerson Merlin Clève.

A fls. 309/314, petição de Clemerson Merlin Clève, alegando sua ilegitimidade para figurar no pólo passivo.

A fls. 319, decisão indeferindo a inclusão no pólo passivo da Universidade do Brasil e deferindo a inclusão no pólo passivo do Complexo de Ensino Superior do Brasil Ltda.

A fls. 325/332, parecer do MPF pugnando pela improcedência do pedido.

Os autos vieram conclusos para sentença.

É o Relatório. **DECIDO.**

Preliminarmente, é de se afastar a preliminar de inépcia da inicial argüida pelas Rés, pois é inteligível, tanto que foi possível às Rés contestar o feito. O próprio Reitor d UFRJ compreendeu o pedido, conforme o fls. 149: "Ressalte-se que a Associação, autora da ação, não pretende a mudança de nome e sim que se acrescente a denominação Universidade do Brasil".

No tocante à ilegitimidade ativa da Associação, verifica-se do que ao contrário do alegado pela UFRJ, trata-se de ente legitimado, posto que dentre suas finalidades, conforme art. 2º, letra A, do seu Estatuto, consta prestigiar a tradição e

nome da Escola de Comunicação. Ora, como é manifesto, é interesse dos associados proteger o antigo nome da universidade que abriga a escola de comunicação. O interesse a ser protegido não precisa ser exclusivo dos associados ou da categoria, basta que seja atinente à categoria, o que, no caso, está presente, tendo em vista que são ex-alunos da “Universidade do Brasil”. É totalmente desnecessária a juntada de assembleia com a autorização dos associados, já que tal requisito não é exigido pela Constituição para a ação civil pública, onde há substituição processual e legitimação extraordinária da associação. Não se trata da hipótese prevista no art. 5, inciso XXI da Constituição, pois ele é dirigido aos casos de representação e não substituição.

No que pertine à ilegitimidade passiva da UFRJ, esta também deve ser descolhida, pois a universidade tem de integrar necessariamente o pólo passivo, para que, no caso de eventual procedência do pedido, o provimento seja invocável perante tal autarquia. Ademais, trata-se de patrimônio público de titularidade de tal autarquia que está sendo violado.

Quanto à impossibilidade jurídica do pedido, está regularmente prevista a utilização de ação civil pública para defesa do patrimônio público até mesmo contra atos omissivos, conforme a Lei 7347/85. Se há ou não fundamento jurídico para o pedido, tal questão é atinente ao mérito e será apreciada no momento oportuno.

A respeito do litisconsórcio passivo necessário, tal preliminar já foi apreciada a fls. 319.

No que pertine à prejudicial de mérito, a prescrição não ocorreu, eis que o ato lesivo se deu 29/12/1999, com o depósito do registro de marca, nos termos de fls. 38. A ação foi ajuizada em 27/11/2000.

Quanto ao mérito propriamente dito, inicialmente é de discorrer, ainda que brevemente, sobre o escopo da ação civil pública ou ação coletiva. A ação civil pública nasceu como um complemento à ação popular, que tinha seu escopo limitado apenas ao patrimônio público, material ou imaterial, e tinha como único legitimado o cidadão. A ação civil pública, portanto, surgiu como mais um instrumento de defesa do patrimônio público e da moralidade pública, e também tem como escopo a salvaguarda de direitos de índole difusa e coletiva. Confirma-se o disposto no art. 1º da Lei nº 7347/65:

“Art. 1º - Regem-se pelas disposições desta lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos causados:  
I - Ao meio-ambiente;  
II - Ao consumidor;  
III - A bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.  
IV - A qualquer outro interesse difuso ou coletivo.  
V - Por infração de ordem econômica e da economia popular.”

A Constituição Federal de 1988 previu a ação pública como função institucional do Ministério Público, no seu art. 129, inciso III:

“Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:  
I - (omissis)  
II - (omissis)  
III- promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos;

Já que a ação civil pública é a garantia constitucional para defesa, dentre outros interesses, do interesse coletivo lato sensu, do patrimônio público numa acepção lata, que compreende valores de ordem cultural, histórica, cabe, portanto, trazer à colação o elenco constitucional que define o patrimônio cultural, o qual está sobre a tutela do Estado:

“Art. 216. Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem:  
I - as formas de expressão;  
II - os modos de criar, fazer e viver;  
III - as criações científicas, artísticas e tecnológicas;  
IV - as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais;  
V - os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico.  
§ 1º. O Poder Público, com a colaboração da comunidade, promoverá e protegerá o patrimônio cultural brasileiro, por meio de inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação, e de outras formas de acautelamento e preservação.”

Estabelecida a premissa de que a ação civil pública é o instrumento processualmente adequado para a defesa do patrimônio histórico do Estado, é de se verificar se o nome “Universidade do Brasil” possui relevo para a história e cultura brasileiras, de modo a fazer jus à proteção pela via coletiva. Na lição de Hely Lopes Meirelles:

“Bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico são todos aqueles que constituem o patrimônio cultural da comunidade, e, por isso mesmo, protegíveis pela ação civil pública.

Quanto aos bens a serem protegidos e ao próprio meio ambiente, não há necessidade de que estejam tombados, bastando que haja interesse público na sua preservação, mesmo porque o tombamento não é condição da ação.”

Analisando as provas juntadas aos autos e mais fatos notórios, pode-se fazer um pequeno apanhado da história da Universidade do Brasil, a fim de exemplificar a sua relevância para a Academia Brasileira e para o patrimônio público.

A Universidade do Brasil surgiu em 1937, com o advento da Lei nº 452, de 5 de julho, e consiste na reunião de vários cursos então existentes: Faculdade Nacional de Filosofia, Ciências e Letras; Faculdade Nacional de Educação; Escola Nacional de Engenharia; Escola Nacional de Minas e Metalurgia; Escola nacional de Química; Faculdade Nacional de Medicina; Faculdade Nacional de Odontologia; Faculdade Nacional de Farmácia; Faculdade Nacional de Direito; Faculdade Nacional de Política e Economia; Escola Nacional de Agronomia; Escola Nacional de Veterinária; Escola Nacional de Arquitetura; Escola Nacional de Belas-Artes; e Escola nacional de Música (artigos 1º e 4º da Lei nº 452/37). A Universidade do Brasil foi criada numa conjuntura de reforma do ensino superior brasileiro, como se depreende da Exposição de Motivos do então Ministro Francisco Campos, de 2 de abril de 1931:

“A primeira parte do projeto contém o Estatuto da Universidade Brasileira e nela se adota, como regra de organização do ensino superior da República, o sistema universitário.

A Universidade constituirá, assim, ao menos como regra geral, e em estado de aspiração enquanto durar o regime transitório de institutos isolados, a unidade administrativa e didática que reúne, sob a mesma direção intelectual e técnica, todo o ensino superior, seja o de caráter utilitário e profissional, seja o puramente científico e sem aplicação imediata, visando, assim, a Uni-

versidade o duplo objetivo de equiparar tecnicamente as elites profissionais do País e de proporcionar ambiente propício às vocações especulativas e desinteressadas, cujo destino, imprescindível à formação da cultura nacional, é o da investigação da ciência pura.

(...)

A parte central e substancial da reforma está, porém, no regime didático e nas disposições relativas ao corpo docente.

Os nossos planos de estudo ou o quadro das disciplinas, cujo ensino é ministrado nos nossos institutos de instrução, não pode ser, em regra geral, mais completo. Se nele há vícios e defeitos serão exatamente os do excesso: disciplinas ou cadeiras em grande número, criadas em todas as reformas e algumas delas destituídas quase de objeto ou sem nenhum valor educativo.

(...)

Assim, expostas as linhas gerais da grande reforma do ensino superior, que tenho à honra de submeter à sua aprovação, cumprimento declarar a V. Exa., finalizando esta longa exposição de motivos, que nutro fundadas esperanças de que, honesta e rigorosamente executada, constituirá, por certo, o mais valioso concurso do espírito revolucionário para a grande obra de reconstrução, que, inspirada por ele e presidida, se processa presentemente no Brasil.”

(Fávero, Maria de Lourdes, Universidade do Brasil Guia dos Dispositivos Legais, Rio de Janeiro: Editora UFRJ, passim).

Desde sua criação, a Universidade do Brasil foi sinônimo de excelência acadêmica, razão pela qual nela se laureou uma plêiade. No campo do Direito podemos citar os seguintes Ministros do Supremo Tribunal Federal: Antônio Neder (1937); João Baptista Cordeiro Guerra (1937); José Carlos Moreira Alves (1955); Décio Meirelles de Miranda; Clóvis Ramalhete Maia; Aldir Guimarães Passarinho; Luiz Octavio Pires e Albuquerque Gallotti (1953); Célio de Oliveira Borja (1951); Ilmar Nascimento Galvão (1963). Dentre os juristas de escol bacharelados na Universidade do Brasil, pode-se acrescentar o eminente professor José Carlos Barbosa Moreira, que na orelha do seu livro **O Novo Processo Civil Brasileiro**, menciona o seguinte: “Diplomado pela então Faculdade Nacional de Direito da Universidade do Brasil, lecionou na mesma Faculdade”.

O rol de figuras ilustres em outras áreas do conhecimento que se formou na Universidade do Brasil não é menos notável: Ivo Pitanguy (1946); Celso Furtado (1944); Antônio Houaiss (1940); José Honório Rodrigues (1937); e José Guilherme Merquior (1963).

Como se pode ver, figuras ilustres da República, que contribuem até hoje para o gênio brasileiro nos diversos campos do conhecimento, são egressos dos bancos da “Universidade do Brasil”, nutrindo, assim, a tradição de superioridade do ensino público superior brasileiro em face do privado. Não é por outra razão que os vestibulares das universidades públicas, em especial da UFRJ, são concorridíssimos e disputados por alunos da classe média e da classe média alta.

Note-se que o simples fato de a Lei 4831/65 ter alterado o nome oficial da universidade em questão não acarreta a perda do valor histórico do nome Universidade do Brasil. Muito pelo contrário, ele está presente não só na memória, como no cotidiano da universidade. Veja-se que o *campus* situado na Praia Vermelha estampa em sua construção o antigo nome (fls. 76), que ainda é utilizado para identificar a dita universidade em clara alusão ao seu passado glorioso. Tanto é assim, que, conforme cópias de fls. 75, 241, 244, os manuais do candidato de sucessivos vestibulares na atualidade trazem a efígie de Minerva com o nome “Universidade do Brasil” estampado. É de se conferir, ainda, que no seu papel de correspondência a universidade adota marca d’água com o símbolo da universidade do Brasil, assim como na carta de visitas do seu magnífico Reitor (fls. 124/129 dos autos do agravo de instrumento apenso). Igualmente nos anúncios de convênio de estágio, a universidade, ao lado de sua denominação atual, também se identifica como Universidade do Brasil (fls. 132/135 dos autos do agravo de instrumento apenso). É de se mencionar, inclusive, que há duas publicações da Editora UFRJ sobre a Universidade do Brasil: **Universidade do Brasil Guia dos Dispositivos Legais** e **Universidade do Brasil: das Origens à Construção**, ambos de Maria de Lourdes de A. Fávoro.

Na página da internet da UFRJ, faz-se menção ao seu passado como Universidade do Brasil. Vale transcrever os seguintes trechos:

“(…) Por ocasião de sua fundação, a Universidade do Brasil/UFRJ foi formada pela reunião das seculares unidades de ensino superior já existentes no Rio de Janeiro: a Faculdade de Medicina, antiga Academia de Medicina e Cirurgia, criada em 1808 por D. João VI; a Escola Politécnica, continuação da Escola Central, e a Faculdade de Direito, todas com vida autônoma. A essas unidades iniciais, progressivamente foram -se somando outras, tais como a Escola Nacional de Belas Artes, a Faculdade Nacional de Filosofia e diversos outros cursos que sucederam àqueles pioneiros. Com isso, a Universidade do Brasil representou papel fundamental na implantação do ensino superior no país - uma vez que a tradição desses cursos pioneiros que constituíram o que hoje é a UFRJ conferiu-lhe o papel de celeiro dos professores que, posteriormente, implantaram os demais cursos profissionais de nível superior no Brasil.

(…)

De lá pra cá, a Universidade do Brasil sofreu profundas e sucessivas transformações. De primeira universidade criada pelo governo federal (e durante muitos anos a única), evoluiu paulatinamente até alcançar o estio atual, impondo-se como instituição não apenas de ensino, mas também de pesquisa - e, onde, conseqüentemente, prestam-se os mais variados serviços à comunidade”

Desse modo, é manifesta a importância histórica do nome “Universidade do Brasil”, configurando patrimônio público. O próprio magnífico Reitor da UFRJ corrobora a relevância do nome para a universidade em questão, segundo o Ofício 023/2001 (fls. 148/150), impugnando apenas a sua posição como litisconsorte passivo na presente ação civil pública: “Muito embora os efeitos da aludida decisão sejam benéficos à preservação da memória nacional, através do reconhecimento da importância histórica da denominação *“Universidade do Brasil (de uso exclusivo da UFRJ), esta autarquia contestará a Ação Civil Pública em questão, pois não concorda em figurar no pólo passivo da referida contenda. Ressalte-se que a Associação, autora da ação, não pretende a mudança de nome e sim que se acrescente a denominação Universidade do Brasil.”*

Diante do quadro fático, resulta cristalina a violação ao patrimônio público pelo requerimento do registro da marca “Universidade do Brasil” por pessoa natural ou pessoa jurídica de direito privado. Trata-se de usurpação do patrimônio público por particular. Não socorre aos Réus o fato de a Lei 4831/65 não padecer de vício de inconstitucionalidade. Com efeito, a declaração de que o nome “Universidade do Brasil” integra o patrimônio público não perpassa, necessariamente, pelo afastamento da

validade da citada lei através do controle de constitucionalidade pela via difusa. Nada obsta que paralelamente ao nome oficial da universidade, ditado por conveniência da Administração para uniformização da denominação das entidades públicas federais de ensino superior, seja estendida a proteção à designação histórica, pela qual a universidade até hoje é identificada. Este não é apenas o caso da UFRJ, há entidades de ensino público superior que também são nacionalmente conhecidas não apenas pelo seu nome oficial, mas também por sua designação histórica. Por exemplo, imagine-se uma entidade particular de ensino pretender se chamar faculdade ou universidade “Largo de São Francisco”, denominação da USP. Ou então, o nome Casa de Afonso Pena, que designa a UFMG, passar a ser de titularidade de um ente privado.

Por isso, é desinfluyente, para a solução da lide, o argumento do i. presentante do Ministério Público Federal de que a UFRJ não se chama oficialmente “Universidade do Brasil” há trinta e oito anos. O que importa é que a universidade jamais deixou de ser assim conhecida.

Nessa linha de raciocínio, também peço vênua ao i. membro do parquet federal, porquanto não vislumbro qualquer mácula ao princípio da segurança jurídica ao se pretender alçar o nome “Universidade do Brasil” ao lado da designação “Universidade Federal do Rio de Janeiro”. É assente que a segurança jurídica é um dos pilares do Estado de Direito e traduz-se na prévia ciência pelo administrado das conseqüências dos seus atos. Na lição de J. J. Gomes Canotilho:

“O princípio geral da segurança jurídica em sentido amplo (abrangendo, pois, a idéia de proteção da confiança) pode formular-se do seguinte modo: o indivíduo tem o direito de poder confiar em que seus actos ou às decisões públicas incidentes sobre os seus direitos, posições ou relações jurídicas alicerçados em normas jurídicas vigentes e válidas por esses actos jurídicos deixado pelas autoridades com base nessa normas se ligam os efeitos jurídicos previstos e prescritos no ordenamento jurídico. As refrações mais importantes do princípio da segurança jurídica são as seguintes: (1) relativamente a actos normativos - proibição de normas retroactivas restritivas de direitos ou interesses juridicamente protegidos; (2) relativamente aos actos jurisdicionais - inalterabilidade do caso julgado, (3) em relação a actos da administração - tendencial estabilidade dos casos decididos através de actos administrativos constitutivos de direitos.” (Direito Constitucional e Teoria da Constituição, p. 252)



No caso em tela, o sujeito não será surpreendido pela decisão que determina o acréscimo do nome "Universidade do Brasil" ao da UFRJ, pois conforme exaustivamente demonstrado, a universidade é conhecida ainda hoje por tal denominação. Não se trata, em hipótese alguma, de conferir denominação nova à UFRJ. Demais disso, o princípio da segurança jurídica não pode ser invocado para manter ato imoral e contrário à boa-fé, que também são pilares do Estado Democrático de Direito. De fato, não é por acaso que uma entidade privada escolhe nome tão respeitável dentro do universo acadêmico brasileiro. A adoção de tal designação por ente privado gera confusão, usurpando a fama e a tradição de excelência construída com o patrimônio público.

O que pode haver no caso em tela é um arranhão à segurança jurídica meramente formal, já que há lei alterando o nome da faculdade para UFRJ desde 1965. Mas o acréscimo do nome "Universidade do Brasil" é benéfico porque resguarda uma segurança jurídica material, pois o que avilta o sentimento de estabilidade das relações e situações jurídicas é uma pessoa totalmente desconectada com a verdadeira "Universidade do Brasil" possuir diploma de graduação onde consta o mesmo nome, mas se tratando de entidades diferentes. É isso que leva ao erro, ao engano: uma entidade privada expedindo diplomas com o mesmo nome de outra universidade que foi o berço de carreiras brilhantes como a de José Carlos Barbosa Moreira e Ivo Pitanguy.

Por fim, é de se ver que o nosso ordenamento já conhece hipótese semelhante, e, diga-se, muito mais drástica, pela qual o prenome, antes imutável, pode ser alterado para resguardar um apelido notório que identifica a pessoa natural. É o caso do art. 58 Lei 6015/73, que dispõe que o prenome é definitivo, sendo facultada a sua substituição por apelidos públicos notórios.

Por fim, é de se mencionar que a medida consistente no acréscimo do nome "Universidade do Brasil" não acarretará nenhum ônus à autarquia federal, a uma porque não houve substituição do nome, razão pela qual a universidade poderá aproveitar os formulários já existentes. A duas porquanto a universidade, como já visto, utiliza, na sua correspondência e material impresso, o símbolo e o nome "Universidade do Brasil". A três porque no mencionado Ofício 023/2001, do magnífico Reitor, é informado que a liminar anteriormente deferida estava sendo cumprida e não há qualquer menção a gastos extraordinários dela decorrentes.

Costuma-se dizer que o brasileiro não tem memória. Esta é uma excelente oportunidade de resguardá-la: uma das maneiras de valorizar o ensino superior é preservar a sua tradição. Seria incompreensível, por exemplo, que a comunidade acadêmica francesa não quisesse proteger o nome “La Sorbonne”.

Destarte, é de se declarar o nome “Universidade do Brasil” como patrimônio histórico, determinando à UFRJ que acrescente tal denominação ao seu nome oficial.

## **DISPOSITIVO**

Isto posto, **DECRETO A EXTINÇÃO DO PROCESSO COM APRECIÇÃO DO MÉRITO**, com fulcro no art. 269, inciso IV, do C.P.C., **JULGANDO PROCEDENTE O PEDIDO**, na forma da fundamentação supra, para declarar o valor histórico do nome “Universidade do Brasil” e, nos termos do art. 11 da Lei 7347/85, condenar a primeira e a segunda Rés a acrescentar o nome “Universidade do Brasil” à sua denominação oficial, e conseqüentemente, que o terceiro Réu se abstenha de registrar a marca “Universidade do Brasil”.

Custas ex lege.

Condeno as Rés em honorários advocatícios no valor de R\$ 1.000,00 (mil reais).

Sentença sujeita ao reexame necessário.

Rio de Janeiro, 22 de outubro de 2003.

**BIANCA STAMATO FERNANDES**

Juíza Federal Substituta,

no exercício de titularidade da Vigésima Nona Vara Federal

**LEGITIMIDADE DO IBAMA E TAXA DE CONTROLE E FISCALIZAÇÃO AMBIENTAL - TCFA (Leis n. 6938/81 e n. 10165/00)**

Trata-se de sentença que examina a legitimidade processual do IBAMA, como ente público em razão do exercício do poder de polícia que lhe é conferido para controlar e fiscalizar as atividades potencialmente poluidoras e utilizadoras de recursos naturais. Aprecia-se também a compatibilidade da Taxa de Controle e Fiscalização Ambiental com a ordem constitucional vigente.

**MANDADO DE SEGURANÇA**

**PROCESSO Nº:** 2002.5101005259-3

**IMPETRANTE(S):** SINDICATO DA IND/ DE ARTEFATOS DE PAPEL, PAPELÃO  
E CORTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

**IMPETRADO(S):** SUPERINTENDENTE DO IBAMA NO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

**JUIZ FEDERAL:** ALFREDO FRANÇA NETO

**S E N T E N Ç A**

Vistos etc.

SINDICATO DA IND/ DE ARTEFATOS DE PAPEL, PAPELÃO E CORTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO, inscrito no CNPJ nº 34.021.287/0001-58, qualificado na inicial, impetra este MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO PREVENTIVO contra ato do SUPERINTENDENTE DO IBAMA NO ESTADO DO RIO DE JANEIRO, porque objetiva, inclusive com o pedido de medida liminar, que a autoridade coatora se abstenha de impor quaisquer sanções pelo não recolhimento da TCFA - Taxa de Controle e Fiscalização Ambiental, bem como suspender a exigibilidade do crédito tributário em relação às associadas ao impetrante e também a suspensão da aplicação de multas pelo seu não recolhimento no prazo estipulado pelo IBAMA, até que o Supremo Tribunal Federal aprecie a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2422-1e ,por fim, afastar a exigência da TCFA.

Alega, em síntese, que seus associados são empresas do ramo de papel, papelão e cortiça do Estado do Rio de Janeiro e que a nova Taxa de Fiscalização

Ambiental exigida pelo Impetrado afronta os mais basilares princípios constitucionais e legais que norteiam a instituição das taxas. Aduz inexistir a possibilidade de participação do particular como colaborador no exercício do poder de polícia, uma vez que ambos os fatos geradores da taxa, nos termos do art.145, do CTN, são atividades vinculadas à atividade estatal. Afirma que a taxa ao ter como fato gerador um fato alheio 'a atividade estatal é um imposto, cuja instituição somente será possível no exercício de competência residual da União Federal e veiculado por lei complementar como exige o art.154, I, da CF/88. Isso porque, defende a impetrante que o art.17-C, da Lei 10.164/2000, ao dispor que o sujeito passivo da TCFA deve entregar até o dia 31 de março de cada ano o relatório das atividades exercidas no ano anterior para o fim de colaborar com os procedimentos de controle e fiscalização está a exigir que o particular atue, quando a atuação deve ser por parte do Estado.

Assevera que o poder de polícia, em relação à fiscalização das atividades das empresas potencialmente poluidoras, não é da competência do IBAMA.,mas sim dos órgão estaduais de meio ambiente, além de haver violação ao art.23, parágrafo único, da CF/88. Sustenta a tese de que qualquer norma jurídica que implique alteração das regras que disciplinam o denominado SISNAMA só podem ser introduzidas validamente por leis complementares. E, ainda, que a Lei 6938/81 confere ao IBAMA competência apenas para propor ao CONAMA normas e padrões para implantação, acompanhamento e fiscalização do licenciamento das atividades potencialmente poluidoras e que o IBAMA atua em caráter supletivo.

Derradeiramente, alega a violação ao art.145, da CF/88; ao art.167,IV; ao art.154,I, da CF/88; por considerar que a Lei 10.165/00 cria um imposto e não uma taxa. E, ainda a existência de bitributação, haja vista que o IBAMA cobra outras taxas pelo licenciamento ambiental que outorga .

Inicial instruída com documentos e pagamento das custas processuais às fls. 68.

Decisão deste Juízo às fls. 75 indefere o pedido de liminar.

Intimada, a autoridade coatora presta as suas informações, às fls.77/93, para alegar, preliminarmente, a ilegitimidade ad causam , haja vista ser o impetrado mero executor das normas emanadas da Lei 10.165/2000 e de achar-se subordinado aos

princípios do art.37, da CF/88, especialmente o da legalidade. Afirma também estarem ausentes os pressupostos autorizadores da concessão da liminar.

No mérito, defende a constitucionalidade e legalidade da cobrança da TCFA. Reforça a tese de que a taxa de fiscalização, ora instituída, decorre das atribuições do IBAMA, como previsto na Medida Provisória nº 1999-16, de 10 de março de 2000, que altera dispositivos da Lei 9649/98, pois é sua atribuição exercer as atividades de controle e fiscalização enunciadas na Lei 10.165/2000.

Sustenta que a conjugação do porte da empresa potencialmente poluidora com o potencial de poluição e o grau de utilização de recursos naturais define os valores do pagamento da TCFA por pessoas jurídicas, nos termos fixados no Anexo IX, da Lei 10165/2000, estando, desta forma, claramente evidenciado que a taxa em questão não é instituída com base de cálculo idêntica a dos impostos. Salaria a constitucionalidade da renovação do registro, uma vez que o exercício do poder de polícia não se exaure com o simples registro no cadastro. Além disso, diz que o registro e o licenciamento ambiental são inconfundíveis, ao contrário do que entende o autor.

Às fls. 98/126, o impetrante informa a interposição de Agravo de Instrumento no Eg. TRF-2ª Região de nº 2002.02.01.015998-1, distribuído à 5ª Turma.

O Ministério Público Federal, às fls.128/133, opina pela denegação da segurança.

É o relatório.  
DECIDO.

De imediato, verifico que, na espécie, não há que se falar em ilegitimidade ad causam da autoridade impetrada, uma vez que o fato de ser mera cumpridora das normas emanadas da Lei 10.165/00 e exercer competência vinculada não lhe retira a possibilidade de tornar-se a autoridade coatora. É que, ainda assim, ela estará exercendo ato capaz de violar direito líquido e certo do impetrante. Em outras palavras, ela continuará possuindo capacidade de constranger o administrado a cumprir determinação arbitrária, mesmo que por cominação legal. Desta forma, rejeito a preliminar.

No mérito, insurgem-se as impetrantes contra a cobrança da Taxa de Controle e Fiscalização Ambiental - TCFA, sob o argumento de não ser o IBAMA a autoridade competente para fiscalizar as atividades potencialmente poluidoras e utilizadoras de recursos naturais.

No que toca à afirmação de que o IBAMA carece de competência fiscalizatória, não competindo a tal autarquia o poder de polícia sobre as empresas cujas atividades são potencialmente poluidoras, tal não merece acolhida.

A lei nº 7.735/89, que cria o IBAMA dispõe em seu art. 2º:

“Art. 2º. É criado o Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis, entidade autárquica de regime especial, dotada de personalidade jurídica de direito público, autonomia administrativa e financeira, vinculada ao Ministério do Interior com a finalidade de formular, coordenar, executar e fazer executar a política nacional do meio ambiente e da preservação, conservação e uso racional, fiscalização, controle e fomento dos recursos naturais renováveis.”

Por sua vez, o Decreto nº 3.059/99 determina que cabe ao IBAMA, dentre outras ações, as seguintes:

“Art. 2º No cumprimento de suas finalidades e, ressalvadas as competências das demais entidades que integram o Sistema Nacional de Meio Ambiente - SISNAMA, cabe ao IBAMA, de acordo com as diretrizes fixadas pelo Ministério do Meio Ambiente, promover as seguintes ações federais:

(...)

X - disciplinamento, cadastramento, licenciamento monitoramento e fiscalização dos usos e acessos aos recursos ambientais, florísticos e faunísticos;

(...)

XII - fiscalização ambiental;

(...)”

Destarte, conclui-se que o IBAMA, autarquia federal, detém e exerce, efetivamente, poder de polícia sobre as empresas que exercem atividades potencialmente poluidoras. Ademais, vale ressaltar, que da leitura dos dispositivos legais, deduz-se que a atividade fiscalizatória do IBAMA não se exaure com o cadastramento das empresas, pois engloba um complexo maior de atividades.

Da mesma forma, não merece acolhida a alegação de que o IBAMA é incompetente para o exercício do poder de polícia, uma vez que tal atribuição será do órgão estadual. A uma porque a própria CF/88 estabelece no seu art.23, VI, ser hipótese de competência comum; a duas porque a Lei 6938/81, que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, também consigna as atribuições do IBAMA, o que não impede o exercício concomitante das atribuições fiscalizadoras do órgão estadual.

Não baste isso, há que se ressaltar que o art.23, da CF/88, cuida de competência administrativa e o seu parágrafo único requer lei complementar para a fixação de normas de cooperação entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios. Por outro lado, a Lei 10.165/2000 cria um tributo e, por tal razão, submete-se ao princípio da legalidade, da reserva relativa de lei e às demais normas de direito tributário encontradas na CF/88.

Frise-se que a Lei 10.165 não trata de competência administrativa e não altera o SISNAMA que continua a atuar em conjunto com o IBAMA, não há revogação da Lei 6938/81 pela Lei 10.165/2000. Cuida-se de hipóteses distintas, a Lei 10.165/2000 concerne à criação de tributo, enquanto o art.23, parágrafo único, da CF/88, requer lei complementar que regule competência administrativa em relação às normas de cooperação entre os entes da federação.

Por outro tanto, saliente-se que a TCFA não é reprodução da antiga TFA, instituída pela Lei 9960/2000, cuja eficácia é suspensa pelo STF, na ADI nº 2178-8, uma vez que o novo diploma legal não está eivado de qualquer ilegalidade ou inconstitucionalidade. Na antiga TFA, o fato gerador era o desempenho de determinadas atividades pelo particular, descrição que contraria o próprio conceito de taxa encontrado na Constituição e no CTN.

Todavia, não se repete o mesmo equívoco na TCFA instituída pela Lei 10.165/00, uma vez que o art.17-B, da Lei 10.167/2000, descreve como seu fato gerador o exercício do poder de polícia conferido ao IBAMA. Razão de inexistir qualquer participação do particular no exercício do poder de polícia que é exercido pelo órgão estatal competente.

Sabe-se que a taxa constitui espécie tributária prevista no art.145, II, da CF/88, e art.77, do CTN, e tem como fato gerador o exercício regular do poder de polícia ou a utilização efetiva ou potencial de serviço público específico e divisível

prestado ao contribuinte ou colocado a sua disposição. Além de se tratar de tributo vinculado.

No caso em tela, dispõe o art.17-B, da Lei 10.165/2000:

*“ Art.17-B- Fica instituída a Taxa de Controle e Fiscalização Ambiental -TCFA, cujo fato gerador é o exercício regular do poder de polícia conferido ao Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Renováveis-IBAMA para controle e fiscalização das atividades potencialmente poluidoras e utilizadoras de recursos naturais” .*

Assim, a taxa em questão tem como fato gerador o exercício regular do poder de polícia, função que regularmente desempenha o IBAMA. Outrossim, o art.17-C estabelece o sujeito passivo da TCFA; o art.17-D deixa claro que a taxa é devida por estabelecimento sendo os seus valores fixados no Anexo IX, da Lei 10.165/2000. Destarte, porque estão presentes os elementos constitutivos da obrigação tributária, inexistente violação ao art.145, II, da CF/88.

Não baste isso, é mister salientar a existência do órgão fiscalizador que legitima a cobrança da taxa. No mesmo sentido, mostra-se razoável a estipulação dos valores fixos da taxa, tendo como parâmetro o tipo de atividade desenvolvida pela empresa, pois é lógico que determinadas atividades que, em tese, impliquem maiores riscos para o meio ambiente demandam uma maior fiscalização, razão de constituir um critério proporcional e equânime para o cálculo do seu valor.

Por outro lado, os valores fixos da TCFA encontrados no Anexo IX, da Lei 10.165/2000, que tem como referência o porte da empresa, espelham o princípio da capacidade contributiva. Desta sorte, mostra-se razoável a classificação das empresas em pequeno, médio e grande porte, nos termos do art.17-D, da Lei 10.165/2000. Ademais, como se constata no Anexo IX, os valores são fixos e os parâmetros utilizados não constituem base de cálculo, mesmo porque não há alíquota. Frise-se que são valores fixos que utilizam a receita bruta das empresas como mero referencial.

Outrossim, no que tange à alegada violação ao art.167,IV, da CF/88, tem-se que a proibição de vinculação de receita de impostos a órgão, fundo ou despesa, como explicita o próprio texto legal , apenas diz respeito a impostos e, no caso em



tela, cuida-se de taxa, razão de ser inaplicável a disposição constitucional em comento.

Melhor sorte não tem a alegação do impetrante quanto à existência de bitributação, sob a seguinte ótica: o IBAMA cobra taxas pelo licenciamento ambiental que eventualmente outorga, quando age supletivamente ou nas hipóteses do parágrafo quarto, do art.10, da Lei 6938/81 e, no caso, da TCFA cobrada pela fiscalização do empreendimento. Tais considerações não merecem acolhida. Isso porque o licenciamento ambiental constitui atividade vinculada do IBAMA sempre que houver construção, instalação, ampliação e funcionamento de estabelecimento e atividades capazes de, sob qualquer forma, causar degradação ambiental.

Desta forma, infere-se que se trata de serviço público utilizado pelo contribuinte, de utilização compulsória, uma vez que as indigitadas atividades dependem de prévio licenciamento, nos termos do art.10, caput, da Lei 6938/81 e, também com a presença da atividade administrativa exercida pelo IBAMA, em efetivo funcionamento, nos termos do art.79, I, b, do CTN. Essas considerações, por si só, afastam a existência de bitributação.

A respeito da constitucionalidade da TCFA, veja-se a decisão do Eg.TRF da 2ª Região, Relator o Desembargador Federal Rogério Carvalho, publicada no DJU de 23/09/2002:

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. TUTELA ANTECIPADA. CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. TAXA DE CONTROLE E FISCALIZAÇÃO AMBIENTAL, INSTITUÍDA PELA LEI 6938/81. ALTERAÇÕES INTRODUZIDAS PELA LEI 10.165/00. CONSTITUCIONALIDADE DA TCFA. Compatibilidade da TCFA com a ordem constitucional vigente, cujo fato gerador é o regular exercício do poder de polícia conferido ao IBAMA para o controle e a fiscalização das atividades poluidoras. Fixação da taxa consoante princípio da capacidade contributiva, afinada com a orientação do E. STF. Inexistência de verossimilhança do direito invocado quanto à invocação quanto à inconstitucionalidade da exação. Agravo de Instrumento improvido.”

Posto isto, JULGO IMPROCEDENTE O PEDIDO e DENEGO A SEGURANÇA.

Custas ex lege e sem honorários advocatícios (Súmula STF-512 e 105, do STJ).

Dê-se ciência ao Ministério Público Federal.

Oficie-se ao Relator do Agravo de Instrumento nº 2002.02.01.015998-1, comunicando o inteiro teor desta decisão.

P.R.I.C.

Rio de Janeiro, 19 de agosto de 2003.

**ALFREDO FRANÇA NETO**  
Juiz Federal - 30ª Vara/RJ

### **PENHORA DE FATURAMENTO: UMA DECISÃO ORIENTADA POR PRINCÍPIOS.**

Trata-se de decisão interlocutória proferida nos autos da execução fiscal, processo n. 98.0056395-4, onde foi deferida a penhora de renda da empresa executada, requerida pela Fazenda.

A decisão chama atenção por ter sua fundamentação construída a partir dos princípios que regem o processo de execução, aplicados ao rito especialíssimo da execução fiscal, ponderando-se aos valores envolvidos na lide: interesse público X direito de propriedade.

Este substrato principiológico autorizou o juízo a adotar uma concepção contrária à jurisprudência dominante do Superior Tribunal de Justiça quem tem equiparado a penhora de faturamento à penhora de estabelecimento. E permitiu que a “conformação” da medida constritiva se voltasse para uma otimização da efetividade da tutela jurisdicional que se busca em sede de execução fiscal e que ao fim realiza a Justiça Fiscal, enquanto elemento essencial do Estado Democrático de Direito.

Até o momento não se tem notícia de que a medida tenha sido objeto de recurso.

Confira-se a decisão abaixo, reproduzida em sua íntegra, tendo sido omitido o nome da parte devedora:

### **EXECUÇÃO FISCAL**

**PROCESSO Nº:** 98.0056395-4  
**AUTOR(ES):** FAZENDA NACIONAL  
**RÉU(S):** RAPPORT COMLI LTDA  
**JUIZA FEDERAL:** FERNANDA DUARTE LOPES LUCAS DA SILVA

Entendo que para que seja deferida a penhora sobre faturamento devem ser enfrentadas três questões:

- 1) a possibilidade jurídica da constrição;
- 2) o percentual (*quantum*) a ser arbitrado;
- 3) a instrumentalização prática dessa medida.

1) A possibilidade jurídica desta modalidade de penhora, hoje, já se encontra consagrada pelo Superior Tribunal de Justiça - que a tem cancelado desde que exauridas as vias ordinárias de constrição patrimonial do devedor.

A propósito, veja-se entre outros: RESP 431143, RESP 453860, RESP 485512, RESP 513862, RESP 541857, AARESP 460272, AGA 478420 e ERESP 267449.

E, a título ilustrativo, colaciona-se a decisão abaixo:

“PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTARIO. PENHORA SOBRE O FATURAMENTO DA EMPRESA. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES DO STJ.

1. Inexistindo bens passíveis de garantir a execução, é admissível a penhora sobre o faturamento da empresa executada. A presunção de legitimidade do crédito tributário, a supremacia do interesse público e o princípio de que a execução por quantia certa deve ser levada a efeito em benefício do credor, justificam a penhora sobre o faturamento, no módico percentual de 10%(dez por cento) ‘a míngua de outros bens penhoráveis.

2. O patrimônio de uma sociedade é servil a suas obrigações, notadamente a tributária, que é *ex lege*, e destinada a receita pública, cuja função é satisfazer as necessidade coletivas.

3. O faturamento de uma empresa ‘e servil ao pagamento de suas obrigações, dentre os quais se destacam os tributos que tem a mesma eminência dos créditos trabalhistas. Cabe ao executado comprovar que a penhora sobre o faturamento inibe o pagamento dos créditos trabalhistas por isso que implicaria negar vigência oblíqua ao art. 186 do CTN.

4. Embargos de Declaração acolhidos, parcialmente, para reduzir o percentual da penhora sobre o faturamento para 10%(dez por cento).” (STJ, EDAGA - 453703, Relator LUIZ FUX, UF:RJ, 1a Turma, in DJU 16/02/2004).

Encaminhando-se a questão para uma pacificação em nossos Tribunais, e prestigiando-se a autoridade da referida Corte, entendo que cabe, no particular, ao juízo, verificar tão só a imprescindibilidade da medida como meio necessário à satisfação do crédito fiscal.

No caso em concreto, tal circunstância se justifica, já que os esforços ordinários de alienação patrimonial forçada resultaram negativos.

2) O *quantum* corresponde à dosagem da restrição a ser imposta ao devedor, que deve guardar relação direta com a legitimidade da medida. Esta deverá atender a parâmetros mínimos de proporcionalidade a fim de não exacerbar a tutela jurisdicional, que, se excessiva, poderá levar ao encerramento das atividades da pessoa jurídica ou a sua “quebra” - o que desatende de imediato aos princípios reitores do processo de execução.

Atento a tais peculiaridades, inicialmente, este juízo vinha decidindo no sentido da impossibilidade da aferição, de plano, do impacto da medida restritiva sobre a vida financeira da empresa devedora.

Porém, melhor refletindo sobre a questão e revendo os argumentos aduzidos pela Fazenda, já sufragados pela jurisprudência dominante, verifico que a pretensão da penhora sobre o faturamento não é descabida (superando-se assim as reservas iniciais do juízo).

Todavia a mesma deverá ter parâmetros objetivos que preservem a atividade empresarial, o que se viabiliza pela adoção de critérios que informam a vida tributária das empresas contribuintes.

Assim, deve-se escolher, como medida de restrição, percentual que mantenha uma relação de proporção com algum dos encargos tributários que conformam nosso sistema. Tal associação gradua o impacto financeiro da restrição, por observar o mesmo impacto financeiro da obrigação *ex lege*.

Desta forma, entre os inúmeros tributos que são devidos pelas pessoas jurídicas, deve-se escolher os que tenham como base de cálculo o faturamento, já que será este o objeto da constrição. No particular, a antiga sistemática da COFINS

(Lei 9.718/98), com sua alíquota única de 3% (três por cento) se adequa aos fins pretendidos pelo juízo.

Ressalte-se que o paradigma escolhido, além de, em tese, apresentar baixo impacto financeiro, em razão de seu percentual pequeno, era recolhido uniformemente por todos os contribuintes - o que gera a presunção de que a restrição judicial é perfeitamente passível de ser absorvida pelo devedor, sem que isso o leve à ruína financeira.

3) Por fim, resta determinar a forma de cumprimento da constrição judicial, bem como de sua fiscalização - o que deverá levar em conta os valores de eficácia e instrumentalidade da tutela jurisdicional.

Para tanto, impõe-se primeiramente registrar o entendimento deste juízo no sentido de que a penhora de faturamento não equívale à penhora da própria empresa/estabelecimento, mas, sim, à mera penhora de dinheiro - ainda que tais valores não estejam disponíveis.

Conforme se depreende da sistemática processual vigente, a penhora de estabelecimento, apesar de descrita em apenas dois artigos do Código de Processo Civil, tem um rito próprio, condizente com a complexidade da figura do "estabelecimento". Prescrita nos arts. 677 e 678 do CPC, pressupõe a nomeação pelo juiz de um administrador, remunerado pelo credor, para que este organize plano de administração.

A decisão abaixo reproduzida se presta a evidenciar essa complexidade, como anteriormente destacado:

"RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. PENHORA SOBRE ESTABELECIMENTO COMERCIAL, INDUSTRIAL E AGRÍCOLA. ADIANTAMENTO DO PAGAMENTO DA REMUNERAÇÃO DE ADMINISTRADOR NOMEADO PELO JUIZ ÔNUS DO EXEQUENTE. ARTIGOS 19, PARÁGRAFO 2º, 20, PARÁGRAFO 2º, E 598, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. RECURSO CONHECIDO.

1. "É inadmissível o recurso extraordinário, quando a deficiência na sua fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia." (Súmula do STF, Enunciado n. 284).

2. "A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial." (Súmula do STJ, Enunciado n. 7).

3. O artigo 677 do Código de Processo Civil proclama que, recaindo a penhora em estabelecimento comercial, industrial ou agrícola, deve o juiz nomear um “depositário”, determinando-lhe que apresente em dez dias a forma de administração.
4. A Lei, ela mesma, dispõe que, em determinados casos, não basta ao auxiliar da justiça guardar ou conservar os bens penhorados, arrestados, seqüestrados ou arrecadados (artigo 148 do Código de Processo Civil), sendo-lhe exigido, ainda, função outra, ativa, tendente à manutenção da atividade e da produção do estabelecimento. Daí porque, em boa verdade, embora o Código de Processo Civil, no artigo 677, mencione “depositário”, a hipótese, é certo, prevê a nomeação de administrador.
5. Em contraprestação dos serviços, o artigo 149 do Código de Processo Civil determina ao magistrado que, atendendo à situação dos bens, ao tempo do serviço e às dificuldades de sua execução, seja o administrador remunerado pelo trabalho.
6. A atividade desempenhada pelo administrador nomeado pelo magistrado para gerir o estabelecimento penhorado, a par de economicamente conveniente, reveste-se de inequívoca necessidade técnica, peculiar a seu ofício, à sua profissão ou, até mesmo, à ciência da administração, subsumindo-se, em consequência, nas despesas a que alude o artigo 20, parágrafo 2º, do Código de Processo Civil.
7. Sendo o administrador do estabelecimento, como é, assistente técnico nomeado pelo juiz, compete ao exequente, à luz do que enunciam os artigos 598 e 19, parágrafo 2º, do Código de Processo Civil, o adiamento de sua remuneração.
8. Recurso conhecido para restabelecer a decisão de primeiro grau.” (STJ, RESP 346939, 6ª Turma, Relator Ministro Hamilton Carvalhido, DJU 20/11/2001).

Melhor elaborando a questão, deve-se recordar os ensinamentos de Rubens Requião, em seu Curso de Direito Comercial, (1993). Para o autor, o estabelecimento comercial é um complexo de bens organizados por empresários para o exercício de atividade comercial, composto de elementos corpóreos - mercadorias, instalações, máquinas e utensílios, etc. - e incorpóreos (título de estabelecimento, ponto comercial, privilégios de invenção, marcas e patentes, modelo de utilidade, etc.).

**Desta forma, penhorá-lo significa dizer que todos os elementos que o integram - enquanto não satisfeito o débito - estarão sendo regidos por um terceiro estranho à sociedade.**

Há, pois, uma intervenção forçada que altera a estrutura orgânica do estabelecimento e retira, enquanto perdurar a medida judicial, a empresa das mãos de seus gestores (e, por conseqüência, de seus proprietários, na qualidade de acionistas ou sócios quotistas). Tal exigência procedimental, em última instância, pode, inclusive, levar ao desvirtuamento da exploração econômica inicialmente concebida, já que os rumos da empresa não mais se encontram sob a deliberação societária.

Tanto é que a melhor doutrina hostiliza a penhora de estabelecimento, justamente por seu drástico procedimento:

“Realmente, explica Pontes Miranda, empresa ou estabelecimento espelham ‘exercício profissional de atividade econômica que se organize para a produção ou distribuição de bens ou serviços’. Esta atividade, essencialmente teleológica, impõe a interação de bens, corpóreos e incorpóreos, e de pessoas, carece de impulso constante, de vontade que a direcione nos rumos do lucro, da sobrevivência e do desenvolvimento. Ora, à primeira vista não se afigura empreitada simples e cômoda interferir nestes conjunto delicado, às vezes instável, afetando-o à execução e imprimindo-lhe aquela vasta gama de efeitos inerentes à penhora. Ordenamentos há que hostilizam este tipo de penhora” (ARAKEN DE ASSIS, Manual de Processo de Execução. Ed. São Paulo: RT, 2000, p. 584).

Por outro lado, **tratando-se a penhora sobre o faturamento como penhora de dinheiro**, não há que se falar na penhora da universalidade de bens e nem mesmo em suas drásticas conseqüências.

Facilmente percebe-se que o estabelecimento não deve, de fato, ser o alvo da medida executória. Por exemplo:

a) É faticamente possível apenas a penhora de uma fração razoável do faturamento mensal, sem que isso implique necessária e logicamente na constrição de todos os seus elementos integrantes. Constrange-se uma parte, preservando-se, porém, o todo.

b) Não se tratando da constrição da universalidade, não se justifica interferências externas no funcionamento regular da empresa. Preserva-se assim a *affectio societatis* e a integridade da administração dos negócios.



Evidencia-se, claramente, que a penhora sobre faturamento como penhora de dinheiro é um grau menor de restrição ao direito de propriedade do contribuinte devedor.

Com efeito, a adequação do entendimento ora adotado, em relação à forma de constrição patrimonial do devedor, é orientada por norma constitucional.

Sob a ótica do princípio da proporcionalidade, na sua dimensão “de necessidade ou exigibilidade”, recomenda-se a penhora na forma de dinheiro, pois esta faz com que a penhora sobre o faturamento seja um *minus* em relação à penhora de estabelecimento.

São oportunas as considerações de Canotilho, tecidas em sua obra “Direito Constitucional”, Editora Almedina, (1993). Para o autor lusitano, com suporte na doutrina alemã, esta dimensão de necessidade assegura que o cidadão tenha direito à menor desvantagem possível, o que implica dizer que o meio a ser escolhido deve o mais comedido no tocante à limitação a direitos fundamentais.

Diz o referido professor :

“Este requisito, também conhecido como princípio da necessidade ou da menor ingerência possível coloca a tônica na idéia de que o cidadão tem direito à menor desvantagem possível. Assim, exigir-se-ia sempre a prova de que, para a obtenção de determinados fins, não era possível adotar outro meio menos oneroso para o cidadão. Dada a natural relatividade do princípio, a doutrina tenta acrescentar outros elementos conducentes a uma maior operacionalidade prática: a) a necessidade material, pois o meio deve ser o mais poupado possível quanto à limitação dos direitos fundamentais; b) a exigibilidade espacial aponta para a necessidade de limitar o âmbito da intervenção; c) a exigibilidade temporal pressupõe a rigorosa delimitação no tempo da medida coactiva do poder público; d) a exigibilidade pessoal significa que a medida se deve limitar à pessoa ou pessoas, cujos interesses devem ser sacrificados.

Em geral, não se discute a adoção da medida (necessidade absoluta), mas sim a necessidade relativa, ou seja, como é que o legislador poderia ter adotado outro meio igualmente eficaz e menos desvantajoso para os cidadãos” ( p. 383).

Assim, traduzindo-se em linguagem processual, a tutela jurisdicional, de caráter executório, deve se concretizar mediante a adoção do meio menos gravoso para o devedor, isto é, elegendo-se a forma de constrição menos onerosa. Nesse sentido, repete-se, não pairam dúvidas sobre a menor gravosidade da penhora de dinheiro em relação à penhora de estabelecimento.

Ressalte-se ainda que a orientação do juízo não é isolada e nem se encontra em desconformidade com nossos Tribunais.

Verifique-se o entendimento que informa o acórdão proferido nos autos do agravo n. 112870, 2ª Turma, Relator Desembargador Federal CASTRO AGUIAR, DJU 18/09/2003:

”PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. PENHORA INCIDÊNCIA SOBRE O FATURAMENTO DE EMPRESA.

I - Admite-se a penhora sobre dinheiro advindo do faturamento mensal de empresa, uma vez não tenha a executada oferecido bens suficientes à garantia da execução.

II - Agravo improvido.”

Portanto, em síntese, em face da função social que desempenham as empresas comerciais e em consonância com os princípios reitores do processo de execução, e em especial o princípio da menor gravosidade, interpretado à luz do princípio da proporcionalidade, a distinção formulada pelo juízo, com a prevalência da sistemática da penhora de dinheiro, é a mais adequada.

Por fim, considerando-se as particularidades da penhora sobre o faturamento, entendo que:

a) o ônus de depositário deverá recair sobre o representante legal da empresa que é quem naturalmente detém as informações sobre a vida fiscal da empresa, essenciais para o cumprimento da restrição;

b) a fiscalização da regularidade da penhora é de responsabilidade do credor, uma vez que, além de beneficiário da tutela executiva, está apto a apurar se os valores recolhidos estão em conformidade com a determinação judicial eis que é o destinatário de tais informações.

Logo, determino a penhora sobre o faturamento da empresa, nos seguintes termos:

1. Nomeio como fiel depositário o representante legal da empresa-executada, advertindo-o desde já que o descumprimento da ordem judicial implica em prisão civil.

2. Deverá o representante legal providenciar depósitos mensais do valor correspondente ao percentual de 3%(três por cento) do faturamento mensal bruto da devedora, que serão comprovados por meio da Declaração de Contribuintes e Tributos Federais - DCTF do mês ou trimestre anterior, apresentando ao juízo, no prazo de 5 (cinco) dias subsequentes ao recolhimento, cópia do DARF DEPÓSITO.

Esclareço que os referidos depósitos deverão ser efetuados até que se atinja o montante devido ou que haja determinação judicial em outros sentido.

3. Transcorridos 180 (cento e oitenta) dias, remetam-se os autos ao Exequente para que o mesmo verifique a regularidade e suficiência dos depósitos realizados.

4. Intime-se pessoalmente o depositário de que a contagem para a oposição de eventuais embargos inicia-se com o PRIMEIRO DEPÓSITO efetuado.

5. Autorizo, desde já, o Sr. Oficial de Justiça a requisitar força policial para o regular cumprimento dos mandados a serem expedidos, se assim for necessário.

Rio de Janeiro, 12 de maio de 2004.

**FERNANDA DUARTE LOPES LUCAS DA SILVA**

Juíza Federal Titular

da 3ª Vara Federal de Execuções Fiscais



**PROCESSO CIVIL - COMPETÊNCIA PARA APRECIÇÃO DE MANDADO DE SEGURANÇA IMPETRADO CONTRA ATO JUDICIAL PROFERIDO POR JUIZ FEDERAL NO EXERCÍCIO DOS JUIZADOS ESPECIAIS FEDERAIS. DECISÃO RECORRÍVEL. INTERPRETAÇÃO DOS ARTS. 4º E 5º DA LEI DOS JUIZADOS ESPECIAIS FEDERAIS. FALTA DE INTERESSE PARA A IMPETRAÇÃO.**

Trata-se de voto proferido em decisão inovadora da 3ª Turma Recursal dos Juizados Especiais Federais do Rio de Janeiro, pelo seu então Presidente, Juiz Federal Dr. **Aluisio Gonçalves de Castro Mendes**, que entendeu ser da competência da turma recursal, e não do Tribunal Regional Federal, a competência para apreciar e julgar mandados de segurança impetrados contra os pronunciamentos judiciais emitidos pelos juízes federais quando no exercício das funções dos juizados especiais federais, realizando, assim, interpretação sistemática e teleológica para as regras constitucionais e afastando eventual interpretação meramente literal e que atentaria contra os princípios do acesso à Justiça, da celeridade, da informalidade e da unicidade de competência para a apreciação dos recursos e ações autônomas de impugnação, além de dar tratamento uniforme ao consagrado para os juizados especiais estaduais.

O voto enfrenta, ainda, a discussão em torno da recorribilidade das decisões proferidas no âmbito dos juizados especiais, fixando interpretação em torno da expressão “decisão definitiva”, como antecedente lógico para a aferição da existência ou não do interesse como condição da ação para a propositura da demanda mandamental.

Trata-se, assim, de decisão original, de alta relevância e repercussão.

**MANDADO DE SEGURANÇA**

**PROCESSO Nº:** 2002.5151006338-5/1

**IMPETRANTE(S):** WALCI DA SILVA

**IMPETRADO(S):** UNIÃO FEDERAL (ADVOCACIA GERAL DA UNIÃO)

**JUIZ FEDERAL:** ALUISIO GONÇALVES DE CASTRO MENDES

Preliminarmente, é necessária a análise da competência para o julgamento de mandado de segurança contra ato de juiz federal, no exercício das funções de juiz dos juizados especiais federais.

A Constituição da República afirma em seu art. 108, inciso I, alínea c, que compete aos Tribunais Regionais Federais processar e julgar, originariamente, os mandados de segurança e os hábeas data contra ato do próprio Tribunal ou de juiz Federal. Uma interpretação mais literal do artigo levaria a crer que, no âmbito dos juizados especiais, seria da competência dos TRFs o julgamento de mandado de segurança contra ato de juizes do juizado, tendo em vista serem eles magistrados de primeira instância. Contudo, o direito positivo hodierno, preza por uma interpretação cada vez mais sistemática dos dispositivos legais.

A redação originária do artigo 98 da Constituição da República fez com que se firmasse o entendimento de que os Juizados Especiais seriam privativos da Justiça Estadual, bem como do Distrito Federal e Territórios. Com a emenda constitucional n. 22/99, pretendeu-se expressamente a extensão da organização dos juizados especiais, antigos juizados de pequenas causas, para o âmbito federal. Como sói ocorrer no sistema legislativo, alterou-se a redação do dispositivo diretamente relacionado, ou seja, o artigo 98 da Constituição da República, sem que se procedesse à atualização de outros enunciados normativos implicados, como o próprio artigo 108, para excepcionar expressamente, na competência dos Tribunais Regionais Federais, as causas sujeitas à apreciação dos Juizados Especiais. Poder-se-ia, mesmo discutir se a modificação expressa seria necessária, ou, como é o caso, em sintonia com o que ocorre no âmbito estadual a derrogação seria conseqüência lógica e necessária do próprio sistema judicial pertinente aos juizados especiais. Isto porque não seria razoável que pronunciamentos judiciais efetuados pelos juizes dos juizados especiais ficassem sujeitos a dupla impugnação, estando uma delas, o recurso, submetida à apreciação das turmas recursais e a outra, as ações autônomas de impugnação, dentre as quais sobressaem o mandado de segurança e a revisão criminal, levadas a julgamento por outro órgão judicial, no caso o Tribunal Regional Federal. O estabelecimento de órgãos distintos, para a apreciação de mesmo julgado, seria incoerente e propiciador de decisões conflitantes e contraditórias. Não por outra razão, o sistema processual procura manter sempre uma linha clara e coerente de atribuição de competência aos mesmos órgãos para apreciação dos meios de impugnação das decisões judiciais: o recurso, as ações autônomas de impugnação e o duplo grau obrigatório de jurisdição.

Sabe-se que, no âmbito dos juizados especiais, não é cabível o duplo grau obrigatório ( artigo 13, da Lei 10.259/2001), sendo assim, restam às partes os recursos e as ações autônomas de impugnação como forma de rever as decisões judiciais. É nesse aspecto que deve ser ressaltada a interpretação do artigo 98 da Constituição Federal quando estabelece, no âmbito dos juizados especiais, “o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau”, no plural, indicando, em sentido amplo, os meios cabíveis de impugnação, como, na espécie, o mandado de segurança.

Anterior a essa discussão no âmbito federal, já se percebia a nível estadual a problemática relativa ao julgamento de mandado de segurança contra ato de juiz dos juizados especiais. Para dirimir a questão o Superior Tribunal de Justiça já fixou entendimento no sentido de ser da competência dos conselhos ou turmas recursais dos juizados especiais estaduais o julgamento de mandado de segurança contra ato de juiz de primeira instância dos juizados. Este entendimento está presente nas decisões do Superior Tribunal de Justiça, valendo transcrever as ementas dos seguintes acórdãos:

“PROCESSUAL CIVIL - CONFLITO DE COMPETÊNCIA - MANDADO DE SEGURANÇA - ATO DE JUIZ DE DIREITO DO JUIZADO ESPECIAL CÍVEL. O que define a competência para processo e julgamento do mandado de segurança é a sede e a categoria da autoridade coatora, sendo irrelevante a matéria a ser dirimida.

Mandado de segurança contra ato de Juiz de Direito do Juizado Especial Cível e Criminal de Rio Verde-GO deve ser apreciado pela Turma Julgadora do Juizado Especial Cível daquele comarca.

Conflito conhecido.”

(STJ, DJ 14/02/2001, p.16, CC27193/GO, Rel. Min. Garcia Vieira)

“JUIZADO ESPECIAL CÍVEL. MANDADO DE SEGURANÇA. TRIBUNAL DE JUSTIÇA.

Inexiste lei atribuindo ao Tribunal de Justiça competência para julgar mandado de segurança contra ato da Turma Recursal do Juizado Especial Cível.

Recurso ordinário improvido.”

(STJ, DJ 01/07/1999, p.178, ROMS 10357/RJ, Rel. Min. Ruy Rosa-  
do de Aguiar)

“PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. JUIZADOS ESPECIAIS.

1. Os Tribunais de Justiça não têm competência para rever as decisões proferidas pelos Juizados Especiais, ainda que em sede de mandado de segurança.

2. Recurso ordinário improvido.”

(STJ, DJ 21/02/2000, p. 111, ROMS 6552/RS, Rel. Min. Paulo Gallotti)

Analogamente aos juizados especiais estaduais, deve-se afirmar no âmbito federal a competência das Turmas Recursais para julgar mandado de segurança contra ato de juiz dos Juizados Especiais Federais. Esse entendimento já foi fixado pela excelentíssima Desembargadora Federal Vera Lúcia Lima no julgamento do mandado de segurança nº2002.02.01.041589-4, e também recentemente afirmado pelo Ministro do STJ, Ruy Rosado de Aguiar, no recente seminário “Juizados Especiais Federais: Inovações e Aspectos Polêmicos”<sup>1</sup>, da seguinte forma:

“ (...) Daí por que sempre digo que cabe mandado de segurança dos atos tomados no âmbito do juizado para os órgãos internos do próprio Juizado. Se o ato é de um juiz, o mandado de segurança deve ser para turma recursal; (...)”

Assim sendo, preliminarmente decide-se pela competência desta turma para o julgamento do mandado de segurança.

Superada a questão da competência, deve-se prosseguir, ainda em preliminar, na análise das condições da ação.

O mandado de segurança exige, como requisito, a existência do direito líquido e certo, assim entendido como a prova pré-constituída em relação ao fato que serve de fundamento para o pedido. Portanto, para se admitir, na espécie, a via mandamental seria necessário que a petição inicial se fizesse acompanhar de prova segura em relação aos fatos elencados. Verifica-se, logo, a inexistência nos autos da documentação relacionada com o ato atacado: não há prova da interposição de recurso contra a sentença terminativa, das intimações e da própria sentença impugnada.

Dessa forma, não há prova pré-constituída suficiente e, por outro lado, não cabe, via mandamental, dilação probatória nesse sentido.

O presente mandado de segurança merece ser julgado extinto sem o julgamento do mérito, em razão da falta de interesse. Isto porque a parte se valeu

---

<sup>1</sup> Vide “Anais do Seminário - Juizados Especiais Federais, Inovações e Aspectos Polêmicos” realizado e publicado pela AJUFE - Associação dos Juizes Federais do Brasil



deste *mandamus* com o objetivo de impugnar sentença meramente terminativa proferida pelo juízo *a quo*. Isto porque o artigo 5º, da Lei 10.259/2001, estabeleceu que “exceto nos casos do artigo 4º, somente será admitido recurso de sentença definitiva”. O artigo 4º mencionando, por sua vez, não trata, a rigor, de sentença, mas, sim, de decisão interlocutórias, ou seja, “medidas cautelares no curso do processo” como expressamente menciona. Equivocou-se ou foi acometido de atecnia, duplamente, o legislador. Em primeiro lugar, como já dito, porque os pronunciamentos cautelares proferidos no curso do processo não são sentenças, mas, sim decisões interlocutórias, não havendo, assim, razão para excepcionar algo que não é da espécie. Em segundo, porque a expressão “sentença definitiva” representa contradição nos próprios termos. Como definido no ordenamento pátrio, nos termos do artigo 162, do Código de Processo Civil, sentença é o ato pelo qual o juiz põe a termo ao processo, no primeiro grau de jurisdição, como bem complementa a doutrina. Para se definitiva, a sentença não deve estar mais sujeita à interposição de recurso, pois a definitividade decorre exatamente da qualidade de imutabilidade, adquirida quando do trânsito em julgado, porque, a partir daí, não caberá contra a mesma qualquer recurso. Não há como conciliar, portanto, a hipótese traçada pelo legislador, ou seja, de cabimento de recurso apenas contra sentença definitiva. Na verdade, o único sentido que se pode extrair da vontade do legislador, levando-se em conta os artigos 4º e 5º, da Lei n. 10.259/2001, é de que apenas são cabíveis, nos juizados especiais, recursos contra sentenças e decisões interlocutórias cautelares, assim entendidas estas últimas de modo amplo, abarcando, na verdade, também as decisões sobre antecipação de tutela. Não se pode interpretar, portanto, como pretendeu a parte impetrante, a incorribilidade das sentenças terminativas, entendendo, por sua vez, as sentenças definitivas como sendo apenas as que julgam o mérito. Junte-se a isto que, tendo em vista o princípio do juiz natural e disposições legais e provenientes de atos normativos infra-legais, oriundos da Corregedoria de Justiça, diante das sentenças terminativas, a ação poderia ser novamente ajuizada, mas seria distribuída, por dependência, para o mesmo juiz que extinguiu o processo sem julgamento do mérito e, muito provavelmente, voltaria a fazê-lo, criando-se, assim, uma impossibilidade absoluta de duplo grau de jurisdição, que não parece ter sido o objetivo do legislador constituinte ou ordinário, impossibilitando-se que haja a correção de eventuais erros. Assim sendo, a sentença contra a qual se insurge a parte impetrante pode ser objeto de recurso, não havendo, por conseguinte, a necessidade do ajuizamento do presente *mandamus* e, por conseguinte, interesse, como condição da ação.

Isto posto, **VOTO PELA EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM O JULGAMENTO DO MÉRITO**, nos termos da fundamentação, com fulcro no artigo 8º da Lei nº 1533/51.

Rio de Janeiro, 02 de abril de 2003.

**ALUISIO GONÇALVES DE CASTRO MENDES**

Juiz Federal

Presidente da 3ª Turma Recursal

**AÇÃO CIVIL PÚBLICA E SEUS ASPECTOS PROCESSUAIS EM HIPÓTESE DE INTERVENÇÃO DO ESTADO NA PROPRIEDADE PRIVADA.**

O presente trabalho se propõe ao exame de responsabilidades quanto à conservação de bem tombado, tomando em linha de consideração as normas constitucionais e administrativas que disciplinam a matéria, bem como os meios de efetivação de tal forma de intervenção do Estado na propriedade.

Ao longo do exame da matéria fática, são abordadas questões de cunho processual, tais como a legitimidade passiva 'ad causam' da União Federal e do IPHAN, o limite da responsabilidade de cada um deles, bem como da proprietária do bem - MITRA - e as conseqüências pecuniárias de tal responsabilização, todos os aspectos à luz das peculiaridades processuais próprias da Ação Civil Pública, notadamente, quanto às condenações em obrigação de fazer, no que se refere ao desenvolvimento de projeto de recuperação do imóvel degradado, bem como em danos morais e imposição de multa cominatória.

**AÇÃO CIVIL PÚBLICA**

**PROCESSO Nº:** 2001.5110003249-9

**AUTOR(ES):** MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

**RÉU(S):** MITRA DIOCESANA DE DUQUE DE CAXIAS E OUTROS

**JUIZ FEDERAL:** CAROLINE MEDEIROS E SILVA

**S E N T E N Ç A**

**1. RELATÓRIO :**

Vistos, etc.

Trata-se de **AÇÃO CIVIL PÚBLICA**, proposta em face de MITRA DIOCESANA DE DUQUE DE CAXIAS, UNIÃO FEDERAL E IPHAN - Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, visando à condenação dos réus à recuperação de imóvel tombado, bem como condenação do IPHAN em danos morais, além de multa cominatória diária pelo não cumprimento da sentença.

Sustenta o Ministério Público Federal o descaso das autoridades responsáveis pela conservação do imóvel tombado - Casa Grande da Antiga Fazenda São Bento, sito em Duque de Caxias, bem como da própria proprietária do imóvel, a Mitra, a qual teria desenvolvido um projeto de recuperação do bem tombado, após vistoria do IPHAN, o qual constatou estar o indigitado bem em total ruína, sendo que tal projeto, encaminhado àquela autarquia, não teve seguimento, dada a planilha de custos apresentada, sendo posteriormente arquivado o mesmo dentro do IPHAN, motivando a propositura da presente ação.

Invoca, ainda, o art. 13 da lei 7.347/85 e o art. 159 do antigo Código Civil, como base para condenação do IPHAN e da União Federal em danos morais, dada a desídia dos mesmos em fiscalizar e garantir a preservação do bem tombado, gerando prejuízos à sociedade.

Elenca, ainda, o art. 23, III da Constituição Federal, que trata da competência comum dos entes federados para proteção de monumentos; o Decreto-Lei 25/37, que cuida do tombamento de bens de interesse histórico (art. 19); o art. 216, § 1º da Constituição Federal, que prevê a proteção de bens tombados pelo poder público; o Decreto Legislativo 74/77, o qual internalizou a Convenção à Proteção do Patrimônio Mundial, da UNESCO, o qual previu a obrigação de proteger o patrimônio cultural.

Inquérito civil entre às fls. 14/41.

Citada, a União Federal contestou, às fls. 48/52, aduzindo, preliminarmente, a ilegitimidade passiva *ad causam*, posto não ter qualquer obrigação legal na preservação do imóvel tombado, sendo a mesma exclusiva do proprietário do mesmo. No mérito, invoca o art. 167 da Constituição Federal, além da LC 101/2000, o que constituiria impedimento legal ao adimplemento da obrigação de fazer eventualmente imposta pela ação, por falta de previsão, na lei orçamentária, para tal despesa, sendo que o projeto apresentado pela proprietária do imóvel tombado foi aprovado pelo IPHAN, o qual não teve condições de levar a frente o mesmo, posto que o orçamento apresentado envolveria 15 % (quinze por cento) do orçamento da autarquia, sendo que a única forma de implementá-lo seria através de incentivos fiscais, na modalidade de Mecenato.

Junta processo administrativo referente ao projeto mencionado na exordial, às fls. 53/277.

Petição do IPHAN, às fls. 279/281, requerendo nova citação ao argumento de que não fora válido o primeiro mandado (fls. 46).

Decisão às fls. 282, determinando renovação da citação da MITRA, e dando por citado o IPHAN, na medida em que teria sido o mesmo validamente citado na pessoa do procurador lotado naquela autarquia, conforme se deflui do documento de fls. 46.

Petição de fls. 286/287, requerendo nova citação da MITRA ao argumento de que fora o primeiro mandado recebido por procurador sem poderes para tal, o que foi deferido às fls. 315.

Manifestação do MPF, às fls. 292/293, noticiando que, após a propositura da ação, o IPHAN firmara contrato com empresa de engenharia para garantir a recuperação da Capela da Fazenda São Bento, a qual era englobada no pleito original, sendo que o prédio referente à Casa Grande encontrava-se a mingua, em processo contínuo de deterioração, sendo que a providencia tomada pela autarquia reafirma sua assunção quanto a responsabilidade pelos danos incidentes junto ao imóvel.

Em sua peça de bloqueio, às fls. 319/320, a MITRA DIOCESANA DE DUQUE DE CAXIAS, alega que, já foram iniciadas as obras de recuperação do patrimônio, através de implementação de parte do projeto mencionado na exordial, sendo que a diocese da Baixada Fluminense não teria verbas para sua implementação imediata, além de ainda depender da aprovação global do projeto pelo IPHAN, o qual já o aprovou parcialmente, requerendo, por fim, a suspensão do processo por 180 dias, a fim de finalizar negociações com o IPHAN e concretizar a obra iniciada.

Junta fotos, às fls. 321/330, a fim de demonstrar a recuperação de parte do patrimônio através de obras já iniciadas.

Manifestação do MPF, em réplica, às fls. 332/333, na qual refuta a preliminar de ilegitimidade da União, em face do art. 19, § 3º do Decreto-Lei 25/37, o qual prevê para o mesmo o ônus de iniciativa de recuperação do patrimônio em casos de urgência, bem como a responsabilidade do IPHAN caso o proprietário do bem não tenha condições de investir na conservação, sendo que a alegação de limitação orçamentária não exime as partes da obrigação de manter e preservar o patrimônio histórico e artístico nacional.

Instadas a se manifestarem em provas, quedaram-se as partes inertes.

Vieram os autos conclusos para sentença.

É o relatório. Passo a decidir.

## 2. FUNDAMENTAÇÃO:

Quanto à preliminar aventada pela União Federal, relativa à legitimidade passiva 'ad causam', a mesma é determinada pelo interesse jurídico do sujeito apresentado no feito. Em outros termos, pode-se dizer que detém *legitimatío ad causam* todo aquele que seja titular da relação jurídica objeto da controvérsia apresentada no feito.

Nos termos do art. 1º, inciso III, da Lei 7.347/85, o instrumento processual ora articulado tem entre suas atribuições a apuração de responsabilidade por danos provocados "*aos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico*", escopo que foi ampliado na dicção do art. 129, III da Constituição Federal, para alcançar todo e qualquer elemento integrante do patrimônio público e social.

Na medida em que se discute a responsabilidade pela recuperação e manutenção de bens objeto de tombamento por integrarem o patrimônio histórico e artístico nacional, forçoso reconhecer a responsabilidade da União Federal e sua conseqüente legitimidade a partir do art.23, inciso III e art. 24, inciso VII, ambos da Magna Carta, os quais preceituam:

Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:

(...)

III - proteger os documentos, as obras e outros **bens de valor histórico, artístico e cultural**, os monumentos, as paisagens naturais notáveis e os sítios arqueológicos;

(...)

Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:

(...)

VII - **proteção ao patrimônio histórico, cultural, artístico, turístico e paisagístico**;

Por sua vez, o art. 216, § 1º da Constituição Federal determina que caberá ao Poder Público promover e proteger o patrimônio cultural brasileiro incluindo-se no rol exemplificativo de elementos caracterizadores do mesmo, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais, bem como sítios de valor histórico e artístico, conforme redação infra transcrita:

Art. 216. Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem:

(...)

IV - as obras, objetos, documentos, **edificações** e demais espaços destinados às **manifestações artístico-culturais**;

V - os conjuntos urbanos e **sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico**, paleontológico, ecológico e científico.

§ 1º - O Poder Público, com a colaboração da comunidade, **promoverá e protegerá o patrimônio cultural brasileiro**, por meio de inventários, registros, vigilância, **tombamento** e desapropriação, e de outras formas de acautelamento e preservação.

(...)

§ 4º - Os danos e ameaças ao patrimônio cultural serão punidos, na forma da lei.

Assim sendo, tendo a União Federal competência comum e concorrente para legislar sobre proteção de bens de valor histórico, cultural e artístico, sendo ônus do poder público, termo cujo conceito inclui a União Federal, a proteção do patrimônio cultural, o qual engloba sítios de valor histórico e artístico, como no caso do objeto da presente ação, sendo que o mesmo fora tombado, através de ato federal, proveniente de autarquia daquela esfera de organização, o IPHAN, no exercício de sua competência (conforme Decreto 99.492/90 e regimento interno, Decreto 2.807/98), forçoso reconhecer o interesse do poder público federal, representado no caso em testilha, pela União Federal e o IPHAN.

No que tange às condições específicas da ação civil pública, encontram-se todas atendidas notadamente quanto à competência (art. 2º) a matéria objeto da lide (art. 1º, inciso III) a natureza do pedido (art. 3º e 11) e a legitimidade do autor (art. 5º da Lei da ação civil pública e art. 129, III da Constituição Federal) todos da Lei 7.347/85.

Presentes, portanto, as condições para o regular exercício do Direito de ação, bem como os pressupostos necessários à constituição e desenvolvimento válido do processo, passo a análise do *meritum causae*, com julgamento antecipado da lide, nos termos do artigo 330, inciso I do Código de Processo Civil.

Ultrapassadas todas as preliminares, passo a análise do mérito.

O cerne de toda a celeuma formada nesta lide cinge-se em apurar responsabilidades pela conservação e preservação de bem tombado, inserto no conceito de patrimônio cultural brasileiro.

Buscam os dois últimos réus, respectivamente União Federal e IPHAN, transferir a integral responsabilidade pelas obras de conservação do bem tombado ao proprietário do mesmo, sob a alegação de tratar-se de bem privado, sendo o tombamento espécie de restrição parcial da propriedade, de modo a manter o mesmo sob o domínio do particular, não havendo nada que justifique o gasto público.

O Decreto-Lei 25/37, diploma que rege o ato administrativo tombamento, bem como seus efeitos, elenca, a todo momento, obrigações para o proprietário do imóvel tombado, dentre elas, a realização de obras de conservação, restauração e sujeição a fiscalização do órgão técnico, sempre, porém, condicionada a prévia aprovação do IPHAN, conforme se deflui do art. 17, caput, transcrito abaixo:

Art. 17. As coisas tombadas **não poderão**, em caso nenhum ser destruídas, demolidas ou mutiladas, **nem, sem prévia autorização especial do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, ser reparadas, pintadas ou restauradas**, sob pena de multa de cinquenta por cento do dano causado.

Disso se conclui a atuação contínua do Poder Público no que concerne a qualquer ato que implique em conservação do bem, tendo, inclusive o proprietário o dever de comunicar as obras que se façam necessárias, e o poder público, o ônus de realizá-las, consoante dicção do art. 19 do mesmo diploma legal.

Reza o art. 19 do Decreto-Lei 25/37, *in verbis*:

Art. 19. O proprietário de coisa tombada, **que não dispuzer**



de recursos para proceder às obras de conservação e reparação que a mesma requerer, levará ao conhecimento do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional a necessidade das mencionadas obras, sob pena de multa correspondente ao dobro da importância em que fôr avaliado o dano sofrido pela mesma coisa.

§ 1º Recebida a comunicação, e consideradas necessárias as obras, o diretor do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional mandará executá-las, a expensas da União, devendo as mesmas ser iniciadas dentro do prazo de seis meses, ou providenciará para que seja feita a desapropriação da coisa.

§ 2º À falta de qualquer das providências previstas no parágrafo anterior, poderá o proprietário requerer que seja cancelado o tombamento da coisa.

§ 3º Uma vez que verifique haver urgência na realização de obras e conservação ou reparação em qualquer coisa tombada, poderá o Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional tomar a iniciativa de projetá-las e executá-las, a expensas da União, independentemente da comunicação a que alude este artigo, por parte do proprietário.

Nos termos dos documentos juntados aos autos, inclusive processo administrativo por parte do IPHAN, conclui-se que a primeira ré, MITRA DIOCESANA DE DUQUE DE CAXIAS, procedeu nos termos que a lei estipula para o proprietário do imóvel: desenvolveu projeto de recuperação, comunicou ao IPHAN, a fim de sujeitá-lo não apenas a aprovação, mas a colaboração do mesmo, no sentido de garantir recursos para a reforma necessária, as quais seriam feitas às expensas da União Federal, como a própria lei menciona, sem fazer qualquer menção a limitações orçamentárias da autarquia, como quis fazer crer a União em sua peça de bloqueio. Ao revés, prevê o texto legal a possibilidade do órgão técnico intervir, independentemente de prévia comunicação do proprietário, procedendo às obras que se façam necessárias, em casos de urgência.

As fotos apostas às fls. 25/35, datadas de novembro de 1996, e trazidas à colação junto com a inicial, denunciam o grau de urgência das reparações sobre as edificações objeto da presente lide.

Ao invés de proceder tal como prevê a lei, de ofício, a fim de impedir a deterioração *in totum* do patrimônio histórico, artístico e cultural, preferiu a autarquia opor limitações de ordem financeira.

Fato é que parte do patrimônio foi salvo, conforme se demonstra às fls. 321/330 dos autos, recuperando a parte referente à Capela da Fazenda São Bento, cuja conservação também era objeto da presente lide. Quanto à sede da antiga propriedade rural - Casa Grande - o MPF, às fls. 292/293, ratifica que não há qualquer notícia de sua recuperação, sendo que, a considerar-se as fotos de fls. 29, 33 e 34, tem-se mesmo dúvidas sobre sua atual existência, dado o estado de degradação em que se encontravam as fundações das edificações há cerca de seis anos atrás.

A questão oposta pela União Federal em sua peça de bloqueio, quanto à limitação orçamentária para investimentos como o do caso em tela, mostra-se inoportuna e totalmente impertinente não eximindo em absoluto o IPHAN e a própria União de suas responsabilidades, conforme se deflui da lição de PAULO AFFONSO LEME MACHADO, o qual leciona nos seguintes termos:

“ Não só o proprietário da coisa tombada é responsável pela sua conservação e reparação. **Invocável a co-responsabilidade do Poder Público que tenha tombado a coisa**, desde que comprovem dois requisitos: que não tenha sido o proprietário o causador do dano e que a reparação seja necessária.

O tombamento como medida protetora **incorpora o Poder Público na gestão do bem, a ponto de associá-lo nas despesas de sua manutenção**. (...). **O Poder Público não pode escusar-se em fazer ou subvencionar as obras alegando ausência de recursos**. A desnecessidade é a única escusa possível. (...)” (in Direito Ambiental Brasileiro, pág. 875/876, 10ª edição, 2002, editora Malheiros)

Ainda que se tomasse em linha de consideração tal dificuldade financeira oposta, como verossímil, teria a autarquia federal responsável pela fiscalização de tais imóveis, o dever de desenvolver seu próprio projeto de recuperação mais consentâneo com sua realidade econômica, a teor do determinado pelo art. 19, §s 1º e 3º do Decreto-Lei supra transcritos, e não simplesmente abandonar o imóvel ou impor dificuldades ao projeto apresentado pelo proprietário, sem trazer ao caso qualquer tipo de solução, posto que a responsabilidade por viabilizar a conservação de imóveis tombados, em casos onde o proprietário não tenha condições para tal, é da autarquia especializada, o que, aliás, justifica sua própria existência, às expensas da União Federal, não sendo prevista qualquer hipótese de isenção de responsabilidades, nem mesmo diante de dificuldades financeiras opostas pela autarquia, sob pena, inclusive, de se autorizar ao proprietário do bem tombado, diante de sua iminente ruína, o

pedido de revogação do tombamento. A lei de responsabilidade fiscal não pode servir de argumento, de modo algum, para que o poder público se exima de seus deveres constitucionais, tal como a preservação do patrimônio cultural brasileiro (art. 216 da Magna Carta).

Não é outro o entendimento jurisprudencial firmado, conforme se defluiu do extrato do julgado do Egrégio Tribunal Regional Federal da 2ª Região, o qual se passa a transcrever:

PROCESSUAL CIVIL - AGRAVO DE INSTRUMENTO - RESTAURAÇÃO DE IMÓVEL TOMBADO PELO "IPHAN".

I - NÃO DISPONDO O PROPRIETÁRIO DE IMÓVEL TOMBADO PELO PATRIMÔNIO HISTÓRICO DE RECURSOS PARA PROCEDER ÀS OBRAS DE REPARAÇÃO E CONSERVAÇÃO DO BEM, COMO NO PRESENTE CASO, LEVARÁ AO CONHECIMENTO DO SERVIÇO DO PATRIMÔNIO HISTÓRICO, A NECESSIDADE DAS MENCIONADAS OBRAS E O DIRETOR DO SERVIÇO DEVERÁ EXECUTÁ-LAS ÀS EXPENSAS DA UNIÃO, DENTRO DO PRAZO DE SEIS MESES, OU PROVIDENCIARÁ, PARA QUE SEJA FEITA A DESAPROPRIAÇÃO. NA FALTA DESTA PROVIDÊNCIA, PODERÁ O PROPRIETÁRIO REQUERER SEJA FEITO O CANCELAMENTO DO TOMBAMENTO DO BEM (DECRETO-LEI Nº 25/37).

II - AGRAVO PROVIDO, PARA RENOVAR A LIMINAR, QUE COMPELIA O AGRAVANTE A PROMOVER AS OBRAS NO IMÓVEL TOMBADO.

(TRIBUNAL - SEGUNDA REGIÃO  
Classe: AG - AGRAVO DE INSTRUMENTO  
Processo: 9602356324 UF: RJ Órgão Julgador: PRIMEIRA TURMA  
Data da decisão: 23/09/1997 DJ DATA:02/12/1997 PÁGINA: 104237)

Patente, portanto, a responsabilidade do IPHAN e da União Federal: a primeira, pois nos termos da lei tem a obrigação legal de fiscalizar a conservação de bens tombados, inclusive lhe sendo autorizado a atuar de ofício na realização de obras de conservação em casos urgentes; a segunda, por serem as indigitadas obras realizadas às suas expensas, devendo a mesma providenciar os recursos necessários a sua consecução. Quanto a primeira ré, MITRA DIOCESANA DE DUQUE DE CAXIAS, considerando haver a mesma atuado dentro dos lindes impostos pela lei, apresentando projeto de recuperação ao IPHAN, sujeitando-o a sua aprovação, e envidando esforços no sentido de obter recursos, junto ao Poder Público ou outros meios, de modo a já haver garantido a sobrevivência de parte do patrimônio em ruínas, tenho por não configurado qualquer elemento que denuncie a desídia da mesma a justificar sua condenação pecuniária.

Por derradeiro, face a todos os fatos supra narrados e examinados, forçoso igualmente reconhecer o descaso do poder público, em especial da autarquia federal, para com a conservação do patrimônio cultural brasileiro, dever imposto aos réus UNIÃO FEDERAL e IPHAN, em sede constitucional, inclusive a justificar a existência deste último, o qual deveria se dedicar integralmente àquela finalidade superior, de modo a configurar a ocorrência de dano moral perpetrado pela mesma a ensejar sua condenação.

### 3. DISPOSITIVO:

Ante o exposto, JULGO PROCEDENTE EM PARTE O PEDIDO, quanto aos réus IPHAN E UNIÃO FEDERAL, consoante art. 11 da Lei 7.347/85, para condená-los nos seguintes termos:

- Condene o IPHAN a desenvolver projeto de recuperação do remanescente do patrimônio ainda não recuperado, dentro de prazo não superior a 120 dias, contados da intimação da sentença, bem como à execução do mesmo, dentro de prazo não superior a 12 meses, a contar da intimação da presente sentença;
- Condene a UNIÃO FEDERAL a liberar os recursos financeiros que se façam necessários ao custeio do projeto elaborado e sob a responsabilidade do IPHAN, dentro do prazo de seis meses, a contar da apresentação do indigitado projeto;
- Quanto ao pedido de danos morais, condene o IPHAN ao pagamento dos mesmos no valor requerido na exordial, qual seja, R\$ 100.000,00 (cem mil reais) a ser revertido ao fundo previsto no art. 13 da Lei 7.347/85.
- A não observância dos prazos supra estipulados importará em imposição de multa cominatória diária, no valor de R\$ 2.000,00 (dois mil reais) por dia de atraso no cumprimento das obrigações, crédito este a ser revertido em favor do fundo previsto no art. 13 da Lei 7.347/85, nos termos do art. 11, 2ª parte do mesmo diploma legal.

Quanto ao réu MITRA DIOCESANA DE DUQUE DE CAXIAS, JULGO IMPROCEDENTE O PEDIDO, por não haver provas que indiquem sua desídia no trato com o patrimônio cultural sob sua propriedade.

Fixo prazo de 60 (sessenta) dias a contar do trânsito em julgado para que seja iniciado, pelo MPF, a execução das obrigações de fazer e de pagar quantia certa, consoante art. 15 da Lei 7.347/85.

Sem condenação em custas processuais, face ao art. 18 da Lei 7.347/85.

Sem condenação em honorários advocatícios, por estar o Ministério Público Federal no exercício de atribuição constitucional, sendo-lhe vedado a percepção de tais verbas, nos termos do art. 128, § 5º, inciso II, alínea *a* da Constituição Federal.

Publique-se. Registre-se. Intimem-se.

São João de Meriti, 27 de outubro de 2004.

**CAROLINE MEDEIROS E SILVA**

Juíza Federal Substituta no Exercício da  
Titularidade da 4ª Vara de São João de Meriti



Indicação Literária

Indicação  
Literária





## **Ações coletivas no direito comparado e nacional**

**Aluisio Gonçalves de Castro Mendes** - Juiz Federal  
Professor da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ)  
Especialista em Direito pela Universidade de Brasília  
Mestre em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR)  
Mestre em Direito pela Johann Wolfgang Goethe-Universität (Alemanha)  
Doutor em Direito pela Universidade do Paraná (UFPR)  
Pós-doutorando em Direito pela Universidade de Regensburg (Alemanha)  
Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP)  
Membro do Instituto Ibero-Americano de Direito Processual  
Membro da Comissão de Elaboração do Projeto de Código Modelo para Processos Coletivos  
Membro da Deutsche-Brasilianische Juristenvereinigung  
Membro da International Association of Procedural Law

### **Resenha do livro elaborada pelos Professores José Carlos Barbosa Moreira e Leonardo Greco**

Recomenda-se, antes de mais, pela boa sistemática. Das três partes em que se divide, a primeira intitula-se, algo modestamente, “uma tentativa de definição para as ações coletivas e o papel da tutela coletiva”; merece relevo, aí, o capítulo dedicado ao “papel das ações coletivas no contexto sócio-jurídico do mundo contemporâneo”. Ocupa-se do direito comparado a segunda parte; é notável, nela, a riqueza dos dados coligidos pelo autor, que abrangem grande número de ordenamentos, inclusive o Código Modelo de Processo Civil do Instituto Ibero-Americano de Direito Processual e as diretivas da União Européia. Cabe ressaltar o cuidado que teve Aluisio de consultar diretamente as principais fontes, em vez de contentar-se com referências de segunda mão, e bem assim o de enfeixar numa “síntese” as conclusões a que o levou a pesquisa comparatística, fugindo ao vexo, tão comum, de apenas expor, separadamente, as características de cada um dos ordenamentos, sem verdadeira comparação.

A terceira parte é consagrada ao estudo do direito brasileiro. Aí se encontram um capítulo sobre a evolução histórica da matéria, outro relativo aos conceitos de interesses ou direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos - de acordo

com a tríple classificação entre nós adotada -, outros ainda acerca das questões atinentes à competência, à legitimação para agir, à litispendência e à coisa julgada. À semelhança do que fizera quanto ao direito comparado, aqui também o autor enuncia, à guisa do fecho, uma "síntese" com as conclusões a que chegou.

Rica e atualizada é a bibliografia, clara a exposição, nítida a atitude que toma Aluisio diante das várias e importantes questões hermenêuticas ventiladas. Não pretendo resumi-las aqui, e menos ainda enunciar minha opinião pessoal sobre cada uma delas. Prefácios devem ser breves e abster-se da pretensão de concorrer com a obra prefaciada. Quem julga ter muito o que dizer sobre o assunto produzirá, de preferência, livro ou artigo de sua própria lavra. Ao prefaciador compete chamar para o trabalho prefaciado a atenção do provável leitor. Só com esse propósito, mas com grande satisfação, e na certeza de que não causarei decepção aos que me derem crédito, é que aceitei o honroso convite do autor - fruto de antiga amizade - para escrever as presentes linhas.

### **José Carlos Barbosa Moreira**

Desembargador aposentado do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro  
Professor Titular da Faculdade de Direito da UERJ

A sistematização processual das ações coletivas está muito longe de ter alcançado configuração definitiva, exigindo a definição de novos paradigmas que compatibilizem o amplo acesso à Justiça, com as garantias fundamentais do processo justo e com a exigência de participação democrática na formação de decisões cuja eficácia extravasa situações jurídicas estritamente bilaterais, para atingir um grupo indeterminado de pessoas. A pesquisa de Direito Comparado feita por Aluisio Gonçalves de Castro Mendes nesta obra fornece um arsenal de informações preciosas para a reflexão teórica a respeito das nossas ações coletivas. A excelente bibliografia pesquisada, a segurança na exposição de questões intrincadas de sistemas jurídicos heterogêneos, assim como a consistência e solidez da análise das correspondentes questões no Direito brasileiro, revelam verdadeiro e rigoroso espírito científico, que torna imprescindível a leitura da sua obra, que recomendo.

### **Leonardo Greco**

Professor Titular da UFRJ

Índices

**Índices**

- I - Juízes
- II - Assuntos



## II - Juízes

Dr. Alberto Nogueira Júnior .....	129
Dr. Alfredo França Neto .....	177
Dr. Aluisio Gonçalves de Castro Mendes .....	19, 195
Dr. <sup>a</sup> Bianca Stamato Fernandes .....	165
Dr. <sup>a</sup> Caroline Medeiros e Silva .....	201
Dr. Cássio Murilo Monteiro Granzinoli .....	49
Dr. Edward Carlyle Silva .....	63
Dr. Fabrício Fernandes de Castro .....	157
Dr. <sup>a</sup> Fernanda Duarte Lopes Lucas da Silva .....	185
Dr. Marcelo Pereira da Silva .....	89
Dr. Roy Reis Friede .....	123



# A

### **AÇÃO CIVIL PÚBLICA**

- Associação dos Antigos Alunos da Escola de Comunicação do Rio de Janeiro - União Federal - Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ) - Ensino superior - Patrimônio público - Defesa - Valor histórico - Registro civil - Marca - Usurpação - Procedente ..... 165

- Ministério Público Federal (MPF) - Mitra Diocesana de Duque de Caxias - União Federal - Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional (IPHAN) - Tombamento - Patrimônio histórico - Dano moral - Patrimônio cultural - Procedente em parte .... 201

### **AÇÃO COLETIVA**

- Código de Processo Civil (CPC) - Direito do consumidor - Código de Defesa e Proteção do Consumidor (CDC) - América Latina - Legitimidade - Tutela antecipada - Prova documental - Direito individual homogêneo ..... 19

- Tutela jurisdicional - Juizado especial cível - Procedimento sumário - Tutela antecipada - Ação monitória - Obrigação de fazer - Obrigação de não-fazer ..... 89

### **AÇÃO MONITÓRIA**

- Tutela jurisdicional - Juizado especial cível - Procedimento sumário - Tutela antecipada - Ação coletiva - Obrigação de fazer - Obrigação de não-fazer ..... 89

### **AÇÃO ORDINÁRIA**

- Improbidade administrativa - Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ) - Juiz federal - Concurso público - Ministério Público (MP) - Carência da ação - Interesse jurídico - Fundamentação jurídica - Réu - Título (Concurso público) - Inquérito civil - Mandado de segurança - Procedimento administrativo - Condição de procedibilidade - Nulidade - Inépcia da inicial - Contraditório - Ampla defesa - Extinção da ação - Sem julgamento do mérito ..... 129

### **AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE (ADIN)**

- Mandado de segurança - Sindicato da Indústria de Artefatos de Papel, Papelão e Cortiça do Estado do Rio de Janeiro - Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais (IBAMA) - Taxa de controle e fiscalização ambiental - Sanção - Multa - Crédito tributário - Ilegitimidade - Competência - Legalidade - Poder de polícia - Fiscalização - Capacidade contributiva - Bitributação - Constitucionalidade - Poluição - Meio ambiente - Improcedente ..... 177

### **ADIN**

-Vide: Ação direta de inconstitucionalidade (ADIN)

## **ALEMANHA**

- Prescrição - Direito processual civil - Código Civil - Direito subjetivo - Lide - Direito material - Tutela antecipada - Pretensão - Processo judicial ..... 63

## **AMÉRICA LATINA**

- Código de Processo Civil (CPC) - Direito do consumidor - Código de Defesa e Proteção do Consumidor (CDC) - Ação coletiva - Legitimidade - Tutela antecipada - Prova documental - Direito individual homogêneo ..... 19

## **AMPLA DEFESA**

- Improbidade administrativa - Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ) - Juiz federal - Concurso público - Ministério Público (MP) - Carência da ação - Interesse jurídico - Fundamentação jurídica - Réu - Título (Concurso público) - Ação ordinária - Inquérito civil - Mandado de segurança - Procedimento administrativo - Condição de procedibilidade - Nulidade - Inépcia da inicial - Contraditório - Extinção da ação - Sem julgamento do mérito ..... 129

## **ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA**

- Princípio da segurança jurídica - Princípio da efetividade - Linguagem forense - Princípio da instrumentalidade de processo - Legitimidade - Jurisdição - Direito processual civil - Poder Judiciário - Poder Executivo - Eficiência (Serviço público) ..... 49

## **ASSOCIAÇÃO DOS ANTIGOS ALUNOS DA ESCOLA DE COMUNICAÇÃO DO RIO DE JANEIRO**

- Ação civil pública - União Federal - Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ) - Ensino superior - Patrimônio público - Defesa - Valor histórico - Registro civil - Marca - Usurpação - Procedente ..... 165

## **ATO JUDICIAL**

- Competência - Mandado de segurança - Juiz federal - Juizados especiais - Turma Recursal - Sem julgamento do mérito ..... 195

## **ATO JURÍDICO**

- Competência - Justiça Federal - Mandado de segurança - Tribunal Regional do Trabalho (TRT) - Tribunal Regional Eleitoral (TRE) - Contribuição previdenciária - Cobrança - Inconstitucionalidade - Emenda Constitucional n. 41 - Constituição Federal - Lei Orgânica da Magistratura Nacional (LOMAN) - Causa de pedir - Princípio da ação imediata da lei - Efeito vinculante - Procedente em parte ..... 157

# **B**

## **BITRIBUTAÇÃO**

- Mandado de segurança - Sindicato da Indústria de Artefatos de Papel, Papelão e Cortiça do Estado do Rio de Janeiro - Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais (IBAMA) - Taxa de controle e fiscalização ambiental - Sanção - Multa



- Crédito tributário - Ilegitimidade - Competência - Legalidade - Poder de polícia - Fiscalização - Capacidade contributiva - Constitucionalidade - Poluição - Meio ambiente - Ação direta de inconstitucionalidade (ADIN) - Improcedente ..... 177

## C

### **CAPACIDADE CONTRIBUTIVA**

- Mandado de segurança - Sindicato da Indústria de Artefatos de Papel, Papelão e Cortiça do Estado do Rio de Janeiro - Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais (IBAMA) - Taxa de controle e fiscalização ambiental - Sanção - Multa - Crédito tributário - Ilegitimidade - Competência - Legalidade - Poder de polícia - Fiscalização - Bitributação - Constitucionalidade - Poluição - Meio ambiente - Ação direta de inconstitucionalidade (ADIN) - Improcedente ..... 177

### **CARÊNCIA DA AÇÃO**

- Improbidade administrativa - Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ) - Juiz federal - Concurso público - Ministério Público (MP) - Interesse jurídico - Fundamentação jurídica - Réu - Título (Concurso público) - Ação ordinária - Inquérito civil - Mandado de segurança - Procedimento administrativo - Condição de procedibilidade - Nulidade - Inépcia da inicial - Contraditório - Ampla defesa - Extinção da ação - Sem julgamento do mérito ..... 129

### **CAUSA DE PEDIR**

- Competência - Justiça Federal - Mandado de segurança - Ato jurídico - Tribunal Regional do Trabalho (TRT) - Tribunal Regional Eleitoral (TRE) - Contribuição previdenciária - Cobrança - Inconstitucionalidade - Emenda Constitucional n. 41 - Constituição Federal - Lei Orgânica da Magistratura Nacional (LOMAN) - Princípio da ação imediata da lei - Efeito vinculante - Procedente em parte ..... 157

### **CDC**

- Vide: Código de Defesa e Proteção do Consumidor (CDC)

### **CELERIDADE PROCESSUAL**

- Tutela antecipada - Isonomia - Princípio constitucional - Réu - Código de Processo Civil (CPC) - Tutela jurisdicional - Reforma parcial - Duplo grau de jurisdição ..... 123

### **COBRANÇA**

- Competência - Justiça Federal - Mandado de segurança - Ato jurídico - Tribunal Regional do Trabalho (TRT) - Tribunal Regional Eleitoral (TRE) - Contribuição previdenciária - Inconstitucionalidade - Emenda Constitucional n. 41 - Constituição Federal - Lei Orgânica da Magistratura Nacional (LOMAN) - Causa de pedir - Princípio da ação imediata da lei - Efeito vinculante - Procedente em parte ..... 157

## **CÓDIGO CIVIL**

- Prescrição - Direito processual civil - Alemanha - Direito subjetivo - Lide - Direito material - Tutela antecipada - Pretensão - Processo judicial ..... 63

## **CÓDIGO DE DEFESA E PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR (CDC)**

- Código de Processo Civil (CPC) - Direito do consumidor - Ação coletiva - América Latina - Legitimidade - Tutela antecipada - Prova documental - Direito individual homogêneo . 19

## **CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL (CPC)**

- Direito do consumidor - Código de Defesa e Proteção do Consumidor (CDC) - Ação coletiva - América Latina - Legitimidade - Tutela antecipada - Prova documental - Direito individual homogêneo ..... 19

- Tutela antecipada - Isonomia - Princípio constitucional - Réu - Celeridade processual - Tutela jurisdicional - Reforma parcial - Duplo grau de jurisdição ..... 123

## **COMPETÊNCIA**

- Justiça Federal - Mandado de segurança - Ato jurídico - Tribunal Regional do Trabalho (TRT) - Tribunal Regional Eleitoral (TRE) - Contribuição previdenciária - Cobrança - Inconstitucionalidade - Emenda Constitucional n. 41 - Constituição Federal - Lei Orgânica da Magistratura Nacional (LOMAN) - Causa de pedir - Princípio da ação imediata da lei - Efeito vinculante - Procedente em parte ..... 157

- Mandado de segurança - Sindicato da Indústria de Artefatos de Papel, Papelão e Cortiça do Estado do Rio de Janeiro - Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais (IBAMA) - Taxa de controle e fiscalização ambiental - Sanção - Multa - Crédito tributário - Ilegitimidade - Legalidade - Poder de polícia - Fiscalização - Capacidade contributiva - Bitributação - Constitucionalidade - Poluição - Meio ambiente - Ação direta de inconstitucionalidade (ADIN) - Improcedente ..... 177

- Mandado de segurança - Ato judicial - Juiz federal - Juizados especiais - Turma Recursal - Sem julgamento do mérito ..... 195

## **CONCURSO PÚBLICO**

- Improbidade administrativa - Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ) - Juiz federal - Carência da ação - Interesse jurídico - Ministério Público (MP) - Fundamentação jurídica - Réu - Título (Concurso público) - Ação ordinária - Inquérito civil - Mandado de segurança - Procedimento administrativo - Condição de procedibilidade - Nulidade - Inépcia da inicial - Contraditório - Ampla defesa - Extinção da ação - Sem julgamento do mérito ..... 129

## **CONDIÇÃO DE PROCEDIBILIDADE**

- Improbidade administrativa - Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ) - Juiz federal - Concurso público - Ministério Público (MP) - Carência da ação - Interesse jurídico - Fundamentação jurídica - Réu - Título (Concurso público) - Ação ordinária -

Inquérito civil - Mandado de segurança - Procedimento administrativo - Nulidade - Inépcia da inicial - Contraditório - Ampla defesa - Extinção da ação - Sem julgamento do mérito ..... 129

### **CONSTITUCIONALIDADE**

- Mandado de segurança - Sindicato da Indústria de Artefatos de Papel, Papelão e Cortiça do Estado do Rio de Janeiro - Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais (IBAMA) - Taxa de controle e fiscalização ambiental - Sanção - Multa - Crédito tributário - Ilegitimidade - Competência - Legalidade - Poder de polícia - Fiscalização - Capacidade contributiva - Bitributação - Poluição - Meio ambiente - Ação direta de inconstitucionalidade (ADIN) - Improcedente ..... 177

### **CONSTITUIÇÃO FEDERAL**

- Competência - Justiça Federal - Mandado de segurança - Ato jurídico - Tribunal Regional do Trabalho (TRT) - Tribunal Regional Eleitoral (TRE) - Contribuição previdenciária - Cobrança - Inconstitucionalidade - Emenda Constitucional n. 41 - Lei Orgânica da Magistratura Nacional (LOMAN) - Causa de pedir - Princípio da ação imediata da lei - Efeito vinculante - Procedente em parte ..... 157

### **CONTRADITÓRIO**

- Improbidade administrativa - Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ) - Juiz federal - Concurso público - Ministério Público (MP) - Carência da ação - Interesse jurídico - Fundamentação jurídica - Réu - Título (Concurso público) - Ação ordinária - Inquérito civil - Mandado de segurança - Procedimento administrativo - Condição de procedibilidade - Nulidade - Inépcia da inicial - Ampla defesa - Extinção da ação - Sem julgamento do mérito ..... 129

### **CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA**

- Competência - Justiça Federal - Mandado de segurança - Ato jurídico - Tribunal Regional do Trabalho (TRT) - Tribunal Regional Eleitoral (TRE) - Cobrança - Inconstitucionalidade - Emenda Constitucional n. 41 - Constituição Federal - Lei Orgânica da Magistratura Nacional (LOMAN) - Causa de pedir - Princípio da ação imediata da lei - Efeito vinculante - Procedente em parte ..... 157

### **CPC**

- Vide: Código de Processo Civil (CPC)

### **CRÉDITO TRIBUTÁRIO**

- Mandado de segurança - Sindicato da Indústria de Artefatos de Papel, Papelão e Cortiça do Estado do Rio de Janeiro - Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais (IBAMA) - Taxa de controle e fiscalização ambiental - Sanção - Multa - Ilegitimidade - Competência - Legalidade - Poder de polícia - Fiscalização - Capacidade contributiva - Bitributação - Constitucionalidade - Poluição - Meio ambiente - Ação direta de inconstitucionalidade (ADIN) - Improcedente ..... 177

# D

## **DECISÃO INTERLOCUTÓRIA**

- Execução fiscal - Princípios gerais do processo - Processo de execução - Penhora - Percentual - Princípio da instrumentalidade de processo - Tutela jurisdicional - Procedente ..... 185

## **DEFESA**

- Ação civil pública - Associação dos Antigos Alunos da Escola de Comunicação do Rio de Janeiro - União Federal - Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ) - Ensino superior - Patrimônio público - Valor histórico - Registro civil - Marca - Usurpação - Procedente ..... 165

## **DIREITO DO CONSUMIDOR**

- Código de Processo Civil (CPC) - Código de Defesa e Proteção do Consumidor (CDC) - Ação coletiva - América Latina - Legitimidade - Tutela antecipada - Prova documental - Direito individual homogêneo ..... 19

## **DIREITO INDIVIDUAL HOMOGÊNEO**

- Código de Processo Civil (CPC) - Direito do consumidor - Código de Defesa e Proteção do Consumidor (CDC) - Ação coletiva - América Latina - Legitimidade - Tutela antecipada - Prova documental ..... 19

## **DIREITO MATERIAL**

- Prescrição - Direito processual civil - Código Civil - Alemanha - Direito subjetivo - Lide - Tutela antecipada - Pretensão - Processo judicial ..... 63

## **DIREITO PROCESSUAL CIVIL**

- Prescrição - Código Civil - Alemanha - Direito subjetivo - Lide - Direito material - Tutela antecipada - Pretensão - Processo judicial ..... 63

- Princípio da segurança jurídica - Princípio da efetividade - Assistência judiciária - Linguagem forense - Princípio da instrumentalidade de processo - Legitimidade - Jurisdição - Poder Judiciário - Poder Executivo - Eficiência (Serviço público) ..... 49

## **DIREITO SUBJETIVO**

- Prescrição - Direito processual civil - Código Civil - Alemanha - Lide - Direito material - Tutela antecipada - Pretensão - Processo judicial ..... 63

## **DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO**

- Tutela antecipada - Isonomia - Princípio constitucional - Réu - Celeridade processual - Código de Processo Civil (CPC) - Tutela jurisdicional - Reforma parcial ..... 123

# E

## **EFEITO VINCULANTE**

- Competência - Justiça Federal - Mandado de segurança - Ato jurídico - Tribunal Regional do Trabalho (TRT) - Tribunal Regional Eleitoral (TRE) - Contribuição previdenciária - Cobrança - Inconstitucionalidade - Emenda Constitucional n. 41 - Constituição Federal - Lei Orgânica da Magistratura Nacional (LOMAN) - Causa de pedir - Princípio da ação imediata da lei - Procedente em parte ..... 157

## **EFICIÊNCIA (SERVIÇO PÚBLICO)**

- Princípio da segurança jurídica - Princípio da efetividade - Assistência judiciária - Linguagem forense - Princípio da instrumentalidade de processo - Legitimidade - Jurisdição - Direito processual civil - Poder Judiciário - Poder Executivo ..... 49

## **EMENDA CONSTITUCIONAL N.º 41**

- Competência - Justiça Federal - Mandado de segurança - Ato jurídico - Tribunal Regional do Trabalho (TRT) - Tribunal Regional Eleitoral (TRE) - Constituição Federal - Contribuição previdenciária - Cobrança - Inconstitucionalidade - Lei Orgânica da Magistratura Nacional (LOMAN) - Causa de pedir - Princípio da ação imediata da lei - Efeito vinculante - Procedente em parte ..... 157

## **EXECUÇÃO FISCAL**

- Decisão interlocutória - Princípios gerais do processo - Processo de execução - Penhora - Percentual - Princípio da instrumentalidade de processo - Tutela jurisdicional - Procedente ..... 185

## **EXTINÇÃO DA AÇÃO**

- Improbidade administrativa - Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ) - Juiz federal - Concurso público - Ministério Público (MP) - Carência da ação - Interesse jurídico - Fundamentação jurídica - Réu - Título (Concurso público) - Ação ordinária - Inquérito civil - Mandado de segurança - Procedimento administrativo - Condição de procedibilidade - Nulidade - Inépcia da inicial - Contraditório - Ampla defesa - Sem julgamento do mérito ..... 129

# F

## **FISCALIZAÇÃO**

- Mandado de segurança - Sindicato da Indústria de Artefatos de Papel, Papelão e Cortiça do Estado do Rio de Janeiro - Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais (IBAMA) - Taxa de controle e fiscalização ambiental - Sanção - Multa - Crédito tributário - Ilegitimidade - Competência - Legalidade - Poder de polícia - Capacidade contributiva - Bitributação - Constitucionalidade - Poluição - Meio ambiente - Ação direta de inconstitucionalidade (ADIN) - Improcedente ..... 177

## **FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA**

- Improbidade administrativa - Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ) - Juiz federal - Concurso público - Ministério Público (MP) - Carência da ação - Interesse jurídico - Réu - Título (Concurso público) - Ação ordinária - Inquérito civil - Mandado de segurança - Procedimento administrativo - Condição de procedibilidade - Nulidade - Inépcia da inicial - Contraditório - Ampla defesa - Extinção da ação - Sem julgamento do mérito ..... 129



## **IBAMA**

- Vide: Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais (IBAMA)

## **ILEGITIMIDADE**

- Mandado de segurança - Sindicato da Indústria de Artefatos de Papel, Papelão e Cortiça do Estado do Rio de Janeiro - Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais (IBAMA) - Taxa de controle e fiscalização ambiental - Sanção - Multa - Crédito tributário - Competência - Legalidade - Poder de polícia - Fiscalização - Capacidade contributiva - Bitributação - Constitucionalidade - Poluição - Meio ambiente - Ação direta de inconstitucionalidade (ADIN) - Improcedente ..... 177

## **IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA**

- Ministério Público (MP) - Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ) - Juiz federal - Concurso público - Carência da ação - Interesse jurídico - Fundamentação jurídica - Réu - Título (Concurso público) - Ação ordinária - Inquérito civil - Mandado de segurança - Procedimento administrativo - Condição de procedibilidade - Nulidade - Inépcia da inicial - Contraditório - Ampla defesa - Extinção da ação - Sem julgamento do mérito ..... 129

## **INCONSTITUCIONALIDADE**

- Competência - Justiça Federal - Mandado de segurança - Ato jurídico - Tribunal Regional do Trabalho (TRT) - Tribunal Regional Eleitoral (TRE) - Contribuição previdenciária - Cobrança - Emenda Constitucional n. 41 - Constituição Federal - Lei Orgânica da Magistratura Nacional (LOMAN) - Causa de pedir - Princípio da ação imediata da lei - Efeito vinculante - Procedente em parte ..... 157

## **INÉPCIA DA INICIAL**

- Improbidade administrativa - Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ) - Juiz federal - Concurso público - Ministério Público (MP) - Carência da ação - Interesse jurídico - Fundamentação jurídica - Réu - Título (Concurso público) - Ação ordinária - Inquérito civil - Mandado de segurança - Procedimento administrativo - Condição de procedibilidade - Nulidade - Contraditório - Ampla defesa - Extinção da ação - Sem julgamento do mérito ..... 129

## **INQUÉRITO CIVIL**

- Improbidade administrativa - Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ) - Juiz federal - Concurso público - Ministério Público (MP) - Carência da ação - Interesse jurídico - Fundamentação jurídica - Réu - Título (Concurso público) - Ação ordinária - Mandado de segurança - Procedimento administrativo - Condição de procedibilidade - Nulidade - Inépcia da inicial - Contraditório - Ampla defesa - Extinção da ação - Sem julgamento do mérito ..... 129

## **INSTITUTO BRASILEIRO DO MEIO AMBIENTE E DOS RECURSOS NATURAIS (IBAMA)**

- Mandado de segurança - Sindicato da Indústria de Artefatos de Papel, Papelão e Cortiça do Estado do Rio de Janeiro - Taxa de controle e fiscalização ambiental - Sanção - Multa - Crédito tributário - Ilegitimidade - Competência - Legalidade - Poder de polícia - Fiscalização - Capacidade contributiva - Bitributação - Constitucionalidade - Poluição - Meio ambiente - Ação direta de inconstitucionalidade (ADIN) - Improcedente ..... 177

## **INSTITUTO DO PATRIMÔNIO HISTÓRICO E ARTÍSTICO NACIONAL (IPHAN)**

- Ação civil pública - Ministério Público Federal (MPF) - Mitra Diocesana de Duque de Caxias - União Federal - Tombamento - Patrimônio histórico - Dano moral - Patrimônio cultural - Procedente em parte ..... 201

## **INTERESSE JURÍDICO**

- Improbidade administrativa - Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ) - Juiz federal - Concurso público - Ministério Público (MP) - Carência da ação - Fundamentação jurídica - Réu - Título (Concurso público) - Ação ordinária - Inquérito civil - Mandado de segurança - Procedimento administrativo - Condição de procedibilidade - Nulidade - Inépcia da inicial - Contraditório - Ampla defesa - Extinção da ação - Sem julgamento do mérito ..... 129

## **IPHAN**

- Vide: Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional (IPHAN)

## **ISONOMIA**

- Tutela antecipada - Princípio constitucional - Réu - Celeridade processual - Código de Processo Civil (CPC) - Tutela jurisdicional - Reforma parcial - Duplo grau de jurisdição ..... 123

# **J**

## **JUIZ FEDERAL**

- Competência - Mandado de segurança - Ato judicial - Juiz federal - Juizados especiais - Turma Recursal - Sem julgamento do mérito ..... 195

- Improbidade administrativa - Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ) - Concurso público - Carência da ação - Interesse jurídico - Ministério Público (MP) - Fundamentação jurídica - Réu - Título (Concurso público) - Ação ordinária - Inquérito civil - Mandado de segurança - Procedimento administrativo - Condição de procedibilidade - Nulidade - Inépcia da inicial - Contraditório - Ampla defesa - Extinção da ação - Sem julgamento do mérito ..... 129

### **JUIZADO ESPECIAL CÍVEL**

- Tutela jurisdicional - Procedimento sumário - Tutela antecipada - Ação coletiva - Ação monitória - Obrigação de fazer - Obrigação de não-fazer ..... 89

### **JUIZADOS ESPECIAIS**

- Competência - Mandado de segurança - Ato judicial - Juiz federal - Turma Recursal - Sem julgamento do mérito ..... 195

### **JURISDIÇÃO**

- Princípio da segurança jurídica - Princípio da efetividade - Assistência judiciária - Linguagem forense - Princípio da instrumentalidade de processo - Legitimidade - Direito processual civil - Poder Judiciário - Poder Executivo - Eficiência (Serviço público) ..... 49

### **JUSTIÇA FEDERAL**

- Competência - Mandado de segurança - Ato jurídico - Tribunal Regional do Trabalho (TRT) - Tribunal Regional Eleitoral (TRE) - Contribuição previdenciária - Cobrança - Inconstitucionalidade - Emenda Constitucional n. 41 - Constituição Federal - Lei Orgânica da Magistratura Nacional (LOMAN) - Causa de pedir - Princípio da ação imediata da lei - Efeito vinculante - Procedente em parte ..... 157

## **L**

### **LEGALIDADE**

- Mandado de segurança - Sindicato da Indústria de Artefatos de Papel, Papelão e Cortiça do Estado do Rio de Janeiro - Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais (IBAMA) - Taxa de controle e fiscalização ambiental - Sanção - Multa - Crédito tributário - Ilegitimidade - Competência - Poder de polícia - Fiscalização - Capacidade contributiva - Bitributação - Constitucionalidade - Poluição - Meio ambiente - Ação direta de inconstitucionalidade (ADIN) - Improcedente ..... 177

### **LEGITIMIDADE**

- Código de Processo Civil (CPC) - Direito do consumidor - Código de Defesa e Proteção do Consumidor (CDC) - Ação coletiva - América Latina - Tutela antecipada - Prova documental - Direito individual homogêneo ..... 19

- Princípio da segurança jurídica - Princípio da efetividade - Assistência judiciária - Linguagem forense - Princípio da instrumentalidade de processo - Jurisdição - Direito processual civil - Poder Judiciário - Poder Executivo - Eficiência (Serviço público) ..... 49



## **LEI ORGÂNICA DA MAGISTRATURA FEDERAL (LOMAN)**

- Competência - Justiça Federal - Mandado de segurança - Ato jurídico - Tribunal Regional do Trabalho (TRT) - Tribunal Regional Eleitoral (TRE) - Contribuição previdenciária - Cobrança - Inconstitucionalidade - Emenda Constitucional n. 41 - Constituição Federal - Causa de pedir - Princípio da ação imediata da lei - Efeito vinculante - Procedente em parte ..... 157

## **LIDE**

- Prescrição - Direito processual civil - Código Civil - Alemanha - Direito subjetivo - Direito material - Tutela antecipada - Pretensão - Processo judicial ..... 63

## **LINGUAGEM FORENSE**

- Princípio da segurança jurídica - Princípio da efetividade - Assistência judiciária - Princípio da instrumentalidade de processo - Legitimidade - Jurisdição - Direito processual civil - Poder Judiciário - Poder Executivo - Eficiência (Serviço público) ..... 49

## **LOMAN**

- Vide: Lei Orgânica da Magistratura Federal (LOMAN)

# **M**

## **MANDADO DE SEGURANÇA**

- Competência - Ato judicial - Juiz federal - Juizados especiais - Turma Recursal - Sem julgamento do mérito ..... 195

- Competência - Justiça Federal - Ato jurídico - Tribunal Regional do Trabalho (TRT) - Tribunal Regional Eleitoral (TRE) - Contribuição previdenciária - Cobrança - Inconstitucionalidade - Emenda Constitucional n. 41 - Constituição Federal - Lei Orgânica da Magistratura Nacional (LOMAN) - Causa de pedir - Princípio da ação imediata da lei - Efeito vinculante - Procedente em parte ..... 157

- Improbidade administrativa - Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ) - Juiz federal - Concurso público - Ministério Público (MP) - Carência da ação - Interesse jurídico - Fundamentação jurídica - Réu - Título (Concurso público) - Ação ordinária - Inquérito civil - Procedimento administrativo - Condição de procedibilidade - Nulidade - Inépcia da inicial - Contraditório - Ampla defesa - Extinção da ação - Sem julgamento do mérito ..... 129

- Sindicato da Indústria de Artefatos de Papel, Papelão e Cortiça do Estado do Rio de Janeiro - Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais (IBAMA) - Taxa de controle e fiscalização ambiental - Sanção - Multa - Crédito tributário - Ilegitimidade - Competência - Legalidade - Poder de polícia - Fiscalização - Capacidade contributiva - Bitributação - Constitucionalidade - Poluição - Meio ambiente - Ação direta de inconstitucionalidade (ADIN) - Improcedente ..... 177

## **MEIO AMBIENTE**

- Mandado de segurança - Sindicato da Indústria de Artefatos de Papel, Papelão e Cortiça do Estado do Rio de Janeiro - Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais (IBAMA) - Taxa de controle e fiscalização ambiental - Sanção - Multa - Crédito tributário - Ilegitimidade - Competência - Legalidade - Poder de polícia - Fiscalização - Capacidade contributiva - Bitributação - Constitucionalidade - Poluição - Ação direta de inconstitucionalidade (ADIN) - Improcedente ..... 177

## **MINISTÉRIO PÚBLICO (MP)**

- Improbidade administrativa - Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ) - Juiz federal - Concurso público - Carência da ação - Interesse jurídico - Fundamentação jurídica - Réu - Título (Concurso público) - Ação ordinária - Inquérito civil - Mandado de segurança - Procedimento administrativo - Condição de procedibilidade - Nulidade - Inépcia da inicial - Contraditório - Ampla defesa - Extinção da ação - Sem julgamento do mérito ..... 129

## **MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL (MPF)**

- Ação civil pública - Mitra Diocesana de Duque de Caxias - União Federal - Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional (IPHAN) - Tombamento - Patrimônio histórico - Dano moral - Patrimônio cultural - Procedente em parte ..... 201

## **MITRA DIOCESANA DE DUQUE DE CAXIAS**

- Ação civil pública - Ministério Público Federal (MPF) - União Federal - Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional (IPHAN) - Tombamento - Patrimônio histórico - Dano moral - Patrimônio cultural - Procedente em parte ..... 201

## **MP**

- Vide: Ministério Público (MP)

## **MPF**

- Vide: Ministério Público Federal (MPF)

## **MULTA**

- Mandado de segurança - Sindicato da Indústria de Artefatos de Papel, Papelão e Cortiça do Estado do Rio de Janeiro - Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais (IBAMA) - Taxa de controle e fiscalização ambiental - Sanção - Crédito tributário - Ilegitimidade - Competência - Legalidade - Poder de polícia - Fiscalização - Capacidade contributiva - Bitributação - Constitucionalidade - Poluição - Meio ambiente - Ação direta de inconstitucionalidade (ADIN) - Improcedente ..... 177

# **N**

## **NULIDADE**

- Improbidade administrativa - Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ) - Juiz federal - Concurso público - Ministério Público (MP) - Carência da ação - Interesse jurídico - Fundamentação jurídica - Réu - Título (Concurso público) - Ação ordinária -

Inquérito civil - Mandado de segurança - Procedimento administrativo - Condição de procedibilidade - Inépcia da inicial - Contraditório - Ampla defesa - Extinção da ação - Sem julgamento do mérito ..... 129

## O

### **OBRIGAÇÃO DE FAZER**

- Tutela jurisdicional - Juizado especial cível - Procedimento sumário - Tutela antecipada - Ação coletiva - Ação monitória - Obrigação de não-fazer ..... 89

### **OBRIGAÇÃO DE NÃO-FAZER**

- Tutela jurisdicional - Juizado especial cível - Procedimento sumário - Tutela antecipada - Ação coletiva - Ação monitória - Obrigação de fazer ..... 89

## P

### **PATRIMÔNIO CULTURAL**

- Ação civil pública - Ministério Público Federal (MPF) - Mitra Diocesana de Duque de Caxias - União Federal - Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional (IPHAN) - Tombamento - Patrimônio histórico - Dano moral - Procedente em parte ..... 201

### **PATRIMÔNIO HISTÓRICO**

- Ação civil pública - Ministério Público Federal (MPF) - Mitra Diocesana de Duque de Caxias - União Federal - Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional (IPHAN) - Tombamento - Dano moral - Patrimônio cultural - Procedente em parte ..... 201

### **PATRIMÔNIO PÚBLICO**

- Ação civil pública - Associação dos Antigos Alunos da Escola de Comunicação do Rio de Janeiro - União Federal - Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ) - Ensino superior - Defesa - Valor histórico - Registro civil - Marca - Usurpação - Procedente .... 165

### **PENHORA**

- Decisão interlocutória - Execução fiscal - Princípios gerais do processo - Processo de execução - Percentual - Princípio da instrumentalidade de processo - Tutela jurisdicional - Procedente ..... 185

### **PERCENTUAL**

- Decisão interlocutória - Execução fiscal - Princípios gerais do processo - Processo de execução - Penhora - Princípio da instrumentalidade de processo - Tutela jurisdicional - Procedente ..... 185

### **PODER DE POLÍCIA**

- Mandado de segurança - Sindicato da Indústria de Artefatos de Papel, Papelão e Cortiça do Estado do Rio de Janeiro - Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos

Recursos Naturais (IBAMA) - Taxa de controle e fiscalização ambiental - Sanção - Multa - Crédito tributário - Ilegitimidade - Competência - Legalidade - Fiscalização - Capacidade contributiva - Bitributação - Constitucionalidade - Poluição - Meio ambiente - Ação direta de inconstitucionalidade (ADIN) - Improcedente ..... 177

### **PODER EXECUTIVO**

- Princípio da segurança jurídica - Princípio da efetividade - Assistência judiciária - Linguagem forense - Princípio da instrumentalidade de processo - Legitimidade - Jurisdição - Direito processual civil - Poder Judiciário - Eficiência (Serviço público) ..... 49

### **PODER JUDICIÁRIO**

- Princípio da segurança jurídica - Princípio da efetividade - Assistência judiciária - Linguagem forense - Princípio da instrumentalidade de processo - Legitimidade - Jurisdição - Direito processual civil - Poder Executivo - Eficiência (Serviço público) ..... 49

### **POLUIÇÃO**

- Mandado de segurança - Sindicato da Indústria de Artefatos de Papel, Papelão e Cortiça do Estado do Rio de Janeiro - Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais (IBAMA) - Taxa de controle e fiscalização ambiental - Sanção - Multa - Crédito tributário - Ilegitimidade - Competência - Legalidade - Poder de polícia - Fiscalização - Capacidade contributiva - Bitributação - Constitucionalidade - Meio ambiente - Ação direta de inconstitucionalidade (ADIN) - Improcedente ..... 177

### **PRESCRIÇÃO**

- Direito processual civil - Código Civil - Alemanha - Direito subjetivo - Lide - Direito material - Tutela antecipada - Pretensão - Processo judicial ..... 63

### **PRETENSÃO**

- Prescrição - Direito processual civil - Código Civil - Alemanha - Direito subjetivo - Lide - Direito material - Tutela antecipada - Processo judicial ..... 63

### **PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL**

- Tutela antecipada - Isonomia - Réu - Celeridade processual - Código de Processo Civil (CPC) - Tutela jurisdicional - Reforma parcial - Duplo grau de jurisdição ..... 123

### **PRINCÍPIO DA AÇÃO IMEDIATA DA LEI**

- Competência - Justiça Federal - Mandado de segurança - Ato jurídico - Tribunal Regional do Trabalho (TRT) - Tribunal Regional Eleitoral (TRE) - Contribuição previdenciária - Cobrança - Inconstitucionalidade - Emenda Constitucional n. 41 - Constituição Federal - Lei Orgânica da Magistratura Nacional (LOMAN) - Causa de pedir - Efeito vinculante - Procedente em parte ..... 157

### **PRINCÍPIO DA EFETIVIDADE**

- Princípio da segurança jurídica - Assistência judiciária - Linguagem forense - Princípio da instrumentalidade de processo - Legitimidade - Jurisdição - Direito processual civil - Poder Judiciário - Poder Executivo - Eficiência (Serviço público) ..... 49

## **PRINCÍPIO DA INSTRUMENTALIDADE DE PROCESSO**

- Decisão interlocutória - Execução fiscal - Princípios gerais do processo - Processo de execução - Penhora - Percentual - Tutela jurisdicional - Procedente ..... 185

- Princípio da segurança jurídica - Princípio da efetividade - Assistência judiciária - Linguagem forense - Legitimidade - Jurisdição - Direito processual civil - Poder Judiciário - Poder Executivo - Eficiência (Serviço público) ..... 49

## **PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA**

- Princípio da efetividade - Assistência judiciária - Linguagem forense - Princípio da instrumentalidade de processo - Legitimidade - Jurisdição - Direito processual civil - Poder Judiciário - Poder Executivo - Eficiência (Serviço público) ..... 49

## **PRINCÍPIOS GERAIS DO PROCESSO**

- Decisão interlocutória - Execução fiscal - Processo de execução - Penhora - Percentual - Princípio da instrumentalidade de processo - Tutela jurisdicional - Procedente .. 185

## **PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO**

- Improbidade administrativa - Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ) - Juiz federal - Concurso público - Ministério Público (MP) - Carência da ação - Interesse jurídico - Fundamentação jurídica - Réu - Título (Concurso público) - Ação ordinária - Inquérito civil - Mandado de segurança - Condição de procedibilidade - Nulidade - Inépcia da inicial - Contraditório - Ampla defesa - Extinção da ação - Sem julgamento do mérito ..... 129

## **PROCEDIMENTO SUMÁRIO**

- Tutela jurisdicional - Juizado especial cível - Tutela antecipada - Ação coletiva - Ação monitória - Obrigação de fazer - Obrigação de não-fazer ..... 89

## **PROCESSO DE EXECUÇÃO**

- Decisão interlocutória - Execução fiscal - Princípios gerais do processo - Penhora - Percentual - Princípio da instrumentalidade de processo - Tutela jurisdicional - Procedente ..... 185

## **PROCESSO JUDICIAL**

- Prescrição - Direito processual civil - Código Civil - Alemanha - Direito subjetivo - Lide - Direito material - Tutela antecipada - Pretensão ..... 63

## **PROVA DOCUMENTAL**

- Código de Processo Civil (CPC) - Direito do consumidor - Código de Defesa e Proteção do Consumidor (CDC) - Ação coletiva - América Latina - Legitimidade - Tutela antecipada - Direito individual homogêneo ..... 19

# R

## REFORMA PARCIAL

- Tutela antecipada - Isonomia - Princípio constitucional - Réu - Celeridade processual  
- Código de Processo Civil (CPC) - Tutela jurisdicional - Duplo grau de jurisdição ... 123

## REGISTRO CIVIL

- Ação civil pública - Associação dos Antigos Alunos da Escola de Comunicação do Rio de Janeiro - União Federal - Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ) - Ensino superior  
- Patrimônio público - Defesa - Valor histórico - Marca - Usurpação - Procedente .... 165

## RÉU

- Improbidade administrativa - Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ) - Juiz federal - Concurso público - Ministério Público (MP) - Carência da ação - Interesse jurídico - Fundamentação jurídica - Título (Concurso público) - Ação ordinária - Inquérito civil - Mandado de segurança - Procedimento administrativo - Condição de procedibilidade - Nulidade - Inépcia da inicial - Contraditório - Ampla defesa - Extinção da ação - Sem julgamento do mérito ..... 129

- Tutela antecipada - Isonomia - Princípio constitucional - Celeridade processual - Código de Processo Civil (CPC) - Tutela jurisdicional - Reforma parcial - Duplo grau de jurisdição ..... 123

# S

## SANÇÃO

- Mandado de segurança - Sindicato da Indústria de Artefatos de Papel, Papelão e Cortiça do Estado do Rio de Janeiro - Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais (IBAMA) - Taxa de controle e fiscalização ambiental - Multa - Crédito tributário - Ilegitimidade - Competência - Legalidade - Poder de polícia - Fiscalização - Capacidade contributiva - Bitributação - Constitucionalidade - Poluição - Meio ambiente - Ação direta de inconstitucionalidade (ADIN) - Improcedente ..... 177

## SINDICATO DA INDÚSTRIA DE ARTEFATOS DE PAPEL, PAPELÃO E CORTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

- Mandado de segurança - Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais (IBAMA) - Taxa de controle e fiscalização ambiental - Sanção - Multa - Crédito tributário - Ilegitimidade - Competência - Legalidade - Poder de polícia - Fiscalização - Capacidade contributiva - Bitributação - Constitucionalidade - Poluição - Meio ambiente - Ação direta de inconstitucionalidade (ADIN) - Improcedente ..... 177

# T

## **TAXA DE CONTROLE E FISCALIZAÇÃO AMBIENTAL**

- Mandado de segurança - Sindicato da Indústria de Artefatos de Papel, Papelão e Cortiça do Estado do Rio de Janeiro - Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais (IBAMA) - Sanção - Multa - Crédito tributário - Ilegitimidade - Competência - Legalidade - Poder de polícia - Fiscalização - Capacidade contributiva - Bitributação - Constitucionalidade - Poluição - Meio ambiente - Ação direta de inconstitucionalidade (ADIN) - Improcedente ..... 177

## **TÍTULO (CONCURSO PÚBLICO)**

- Improbidade administrativa - Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ) - Juiz federal - Concurso público - Ministério Público (MP) - Carência da ação - Interesse jurídico - Fundamentação jurídica - Réu - Ação ordinária - Inquérito civil - Mandado de segurança - Procedimento administrativo - Condição de procedibilidade - Nulidade - Inépcia da inicial - Contraditório - Ampla defesa - Extinção da ação - Sem julgamento do mérito ..... 129

## **TRE**

-Vide: Tribunal Regional Eleitoral (TRE)

## **TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO (TRT)**

- Competência - Justiça Federal - Mandado de segurança - Ato jurídico - Tribunal Regional Eleitoral (TRE) - Contribuição previdenciária - Cobrança - Inconstitucionalidade - Emenda Constitucional n. 41 - Constituição Federal - Lei Orgânica da Magistratura Nacional (LOMAN) - Causa de pedir - Princípio da ação imediata da lei - Efeito vinculante - Procedente em parte ..... 157

## **TRIBUNAL REGIONAL ELEITORAL (TRE)**

- Competência - Justiça Federal - Mandado de segurança - Ato jurídico - Tribunal Regional do Trabalho (TRT) - Contribuição previdenciária - Cobrança - Inconstitucionalidade - Emenda Constitucional n. 41 - Constituição Federal - Lei Orgânica da Magistratura Nacional (LOMAN) - Causa de pedir - Princípio da ação imediata da lei - Efeito vinculante - Procedente em parte ..... 157

## **TRT**

- Vide: Tribunal Regional do Trabalho (TRT)

## **TURMA RECURSAL**

- Competência - Mandado de segurança - Ato judicial - Juiz federal - Juizados especiais - Sem julgamento do mérito ..... 195

## **TUTELA ANTECIPADA**

- Código de Processo Civil (CPC) - Direito do consumidor - Código de Defesa e Proteção do Consumidor (CDC) - Ação coletiva - América Latina - Legitimidade - Prova documental - Direito individual homogêneo ..... 19

- Isonomia - Princípio constitucional - Réu - Celeridade processual - Código de Processo Civil (CPC) - Tutela jurisdicional - Reforma parcial - Duplo grau de jurisdição ..... 123

- Prescrição - Direito processual civil - Código Civil - Alemanha - Direito subjetivo - Lide - Direito material - Pretensão - Processo judicial ..... 63

- Tutela jurisdicional - Juizado especial cível - Procedimento sumário - Ação coletiva - Ação monitória - Obrigação de fazer - Obrigação de não-fazer ..... 89

## **TUTELA JURISDICIONAL**

- Decisão interlocutória - Execução fiscal - Princípios gerais do processo - Processo de execução - Penhora - Percentual - Princípio da instrumentalidade de processo - Procedente ..... 185

- Juizado especial cível - Procedimento sumário - Tutela antecipada - Ação coletiva - Ação monitória - Obrigação de fazer - Obrigação de não-fazer ..... 89

- Tutela antecipada - Isonomia - Princípio constitucional - Réu - Celeridade processual - Código de Processo Civil (CPC) - Reforma parcial - Duplo grau de jurisdição ..... 123

# **U**

## **UFRJ**

- Vide: Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ)

## **UNIÃO FEDERAL**

- Ação civil pública - Associação dos Antigos Alunos da Escola de Comunicação do Rio de Janeiro - Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ) - Ensino superior - Patrimônio público - Defesa - Valor histórico - Registro civil - Marca - Usurpação - Procedente ..... 165

- Ação civil pública - Ministério Público Federal (MPF) - Mitra Diocesana de Duque de Caxias - Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional (IPHAN) - Tombamento - Patrimônio histórico - Dano moral - Patrimônio cultural - Procedente em parte .... 201

## **USURPAÇÃO**

- Ação civil pública - Associação dos Antigos Alunos da Escola de Comunicação do Rio de Janeiro - União Federal - Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ) - Ensino superior - Patrimônio público - Defesa - Valor histórico - Registro civil - Marca - Procedente ..... 165



## **UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO (UFRJ)**

- Ação civil pública - Associação dos Antigos Alunos da Escola de Comunicação do Rio de Janeiro - União Federal - Ensino superior - Patrimônio público - Defesa - Valor histórico - Registro civil - Marca - Usurpação - Procedente ..... 165

- Improbidade administrativa - Juiz federal - Concurso público - Ministério Público (MP) - Carência da ação - Interesse jurídico - Fundamentação jurídica - Réu - Título (Concurso público) - Ação ordinária - Inquérito civil - Mandado de segurança - Procedimento administrativo - Condição de procedibilidade - Nulidade - Inépcia da inicial - Contraditório - Ampla defesa - Extinção da ação - Sem julgamento do mérito ..... 129

# **V**

## **VALOR HISTÓRICO**

- Ação civil pública - Associação dos Antigos Alunos da Escola de Comunicação do Rio de Janeiro - União Federal - Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ) - Ensino superior - Patrimônio público - Defesa - Registro civil - Marca - Usurpação - Procedente ..... 165



# **PODER JUDICIÁRIO**

**TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL - 2ª REGIÃO**

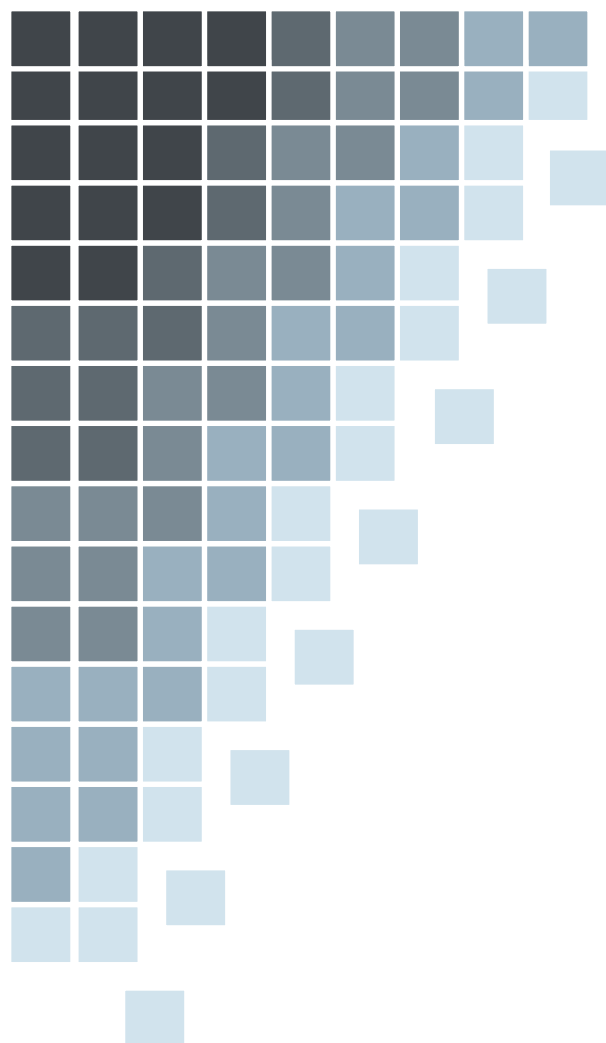
Rua do Acre, 80 - Centro - Rio de Janeiro

**JUSTIÇA FEDERAL DE 1ª INSTÂNCIA**

**Seção Judiciária do Rio de Janeiro**

Av. Rio Branco, 243 - Centro - Rio de Janeiro





A Sede da Seção Judiciária do Rio de Janeiro está localizada na capital do Estado, em uma área de fundamental importância cultural, próxima a prédios históricos tais como o Teatro Municipal, a Biblioteca Nacional, o Museu de Belas Artes e o Centro Cultural da Justiça Federal. Nela funcionam a Direção do Foro, setores administrativos e Varas Federais Cíveis.

A Cidade do Rio de Janeiro, segundo o Censo IBGE de 2000, possui uma área de 1.261 quilômetros quadrados de extensão e uma população 5.857.904 habitantes, o que corresponde a cerca de 40% da população do estado, a qual é atendida nesta localidade. A jurisdição abrange ainda os municípios de Barra do Paraí, Engº Paulo de Frontin, Itaguaí, Mendes, Miguel Pereira, Paracambi, Paty de Alferes, Pirai, Rio das Flores, Seropédica, Valença e Vassouras, no âmbito de 1ª instância.



Sede na Avenida Rio Branco/  
Seção Judiciária do Rio de Janeiro